



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE
ET DE L'EMPLOI

MINISTÈRE
DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS
ET DE LA FONCTION PUBLIQUE

COMMISSION DES MARCHÉS PUBLICS DE L'ÉTAT

CMPE



RAPPORT D'ACTIVITÉ 2008



La Commission des Marchés Publics de l'Etat s'est réunie le 8 avril 2009, sous la présidence de M. Bernard CIEUTAT, et a approuvé le présent rapport d'activité.

Etaient présents en séance

- | | |
|----------------------------|---|
| ▶ Mme Anne FROMENT-MEURICE | Vice-présidente de la CMPE |
| ▶ Mme Catherine BERGEAL | Directrice des affaires juridiques |
| ▶ M. Eric EBERSTEIN | Représentant le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes |
| ▶ Mme Catherine DELORT | Chef du bureau du conseil aux acheteurs publics à la DAJ |
| ▶ M. Benoît DINGREMONT | Chef du bureau de la réglementation générale à la DAJ |
| ▶ M. Serge DOUMAIN | Chef du bureau de la prospective et des affaires techniques à la DAJ |
| ▶ Mme Sabine SOLOVIEFF | Adjointe au rapporteur général de la CMPE |
| ▶ Mme Monique FRANÇOIS | Chargée d'études auprès du président de la CMPE |
| ▶ M. Gilles MARTIN | Représentant les services du Premier ministre |
| ▶ Mme Martine RAMOND | Représentant le ministre de l'éducation nationale |
| ▶ Melle Samira TOUITI | Représentant le ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité |
| ▶ M. Philippe DUMAS | Représentant le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi |
| ▶ M. Michel POLLEZ | Représentant le ministre des affaires étrangères et européennes |
| ▶ M. Olivier NICOLARDOT | Représentant le ministre de l'agriculture et de la pêche |
| ▶ M. Patrick LEVASSEUR | Représentant le ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche |
| ▶ M. Jean-Luc SOURDOIS | Représentant le ministre de la défense |

Absents excusés

- | | |
|-------------------------------|--|
| ▶ Mme Michèle HOURT-SCHNEIDER | Sous-directrice de la commande publique à la DAJ |
| ▶ M. Bruno PARENT | Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du MINEIE |
| ▶ M. Marc DURAND-VIEL | Vice-président de la CMPE |
| ▶ M. Michel DURRAFOURG | Représentant le ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative |
| ▶ M. Eric GISSLER | Représentant le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique |
| ▶ M. Rémi DUCHENE | Représentant le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales |
| ▶ M. Régis TALON | Représentant le ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire |
| ▶ M. François RENVOISE | Représentant le ministre du logement et de la ville |
| ▶ Mme Gilda DE SMET | Adjointe au secrétaire technique – Secteur Informatique et télécommunications |

Assistaient également à la séance

- | | |
|-------------------------------|---|
| ▶ M. Philippe BLONDEL | Secrétaire technique – Secteur Bâtiment et génie civil |
| ▶ Mme Marie-Joseph PELLEGRINI | Adjointe au secrétaire technique – Secteur Bâtiment et génie civil |
| ▶ Mme Régine MOUTON | Secrétaire technique – Secteur Approvisionnements généraux |
| ▶ M. Charles MINIER | Adjoint au secrétaire technique – secteur Approvisionnements généraux |
| ▶ Melle Marie-Aude BROSSAY | Secrétaire technique – Secteur Armement et électronique |

SOMMAIRE

| | |
|--|-----------|
| ENVIRONNEMENT REGLEMENTAIRE ET JURISPRUDENTIEL | 6 |
| I. FONCTIONNEMENT DE LA CMPE | 11 |
| A. MISSION ET CHAMP DE COMPETENCE | 11 |
| B. COMPOSITION DE LA COMMISSION | 12 |
| a) La présidence | 12 |
| b) Les membres permanents | 13 |
| c) Les personnes qualifiées | 13 |
| d) Le représentant du ministre | 13 |
| C. MODALITES DE SAISINE | 14 |
| a) Saisine obligatoire | 14 |
| b) Saisine facultative | 14 |
| c) Procédure d'accompagnement | 14 |
| d) Communication des rapports de présentation | 15 |
| D. PROCEDURES DE TRAVAIL | 15 |
| a) Les moyens | 15 |
| Le secrétariat | 15 |
| Les rapporteurs | 16 |
| b) Les méthodes de travail | 16 |
| Lettres d'observations | 16 |
| Avis | 17 |
| Lettres au ministre | 17 |
| Contacts informels avec les services | 17 |
| E. ACTIONS DE COMMUNICATION ET DE FORMATION | 17 |
| a) Le site internet | 17 |
| b) Formation des acheteurs publics | 18 |
| c) Entretiens avec les responsables des services acheteurs | 18 |
| d) Visites des délégations étrangères | 18 |
| II. DONNEES STATISTIQUES | 19 |
| A. Nombre et montant des dossiers reçus | 19 |
| B. Répartition par type de prestations | 20 |
| C. Répartition selon les modalités de saisine | 20 |
| D. Répartition selon les modalités de traitement | 21 |
| E. Répartition par type de procédure | 22 |
| F. Répartition par ministère | 23 |
| G. Répartition selon la forme des contrats | 24 |
| H. Répartition selon la durée des marchés | 25 |

SOMMAIRE

| | |
|---|-----------|
| III. LES CONSEILS DE LA CMPE | 26 |
| A. LES MARCHES PUBLICS ET LA MODERNISATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE | 26 |
| a) Définition du besoin et connaissance du contexte concurrentiel | 27 |
| b) Allotissement et mesures en faveur des PME | 27 |
| c) Externalisation et groupement de commandes | 29 |
| d) Développement durable | 31 |
| e) Nouveaux marchés et marchés spécifiques | 34 |
| B. RECHERCHE DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE | 35 |
| a) Définition de l'objet du marché | 35 |
| b) Forme des contrats | 37 |
| c) Critères de jugement des offres | 41 |
| d) Conditions financières | 42 |
| C. SECURITE JURIDIQUE DES CONTRATS | 46 |
| a) Choix de la procédure | 46 |
| b) Déroulement de la procédure | 53 |
| c) Documents contractuels | 59 |
| IV. ENSEIGNEMENTS TIRES DES RAPPORTS DE PRESENTATION | 63 |
| A – DEROULEMENT DES PROCEDURES | 63 |
| B – CONCURRENCE | 63 |
| C – JUGEMENT DES OFFRES | 64 |
| a) Pondération des critères | 64 |
| b) Notation des offres | 64 |
| D – NEGOCIATION | 65 |
| E – PRIX OBTENUS | 66 |
| F – SUITES DONNEES AUX OBSERVATIONS DE LA COMMISSION | 66 |
| CONCLUSIONS | 67 |
| ANNEXES | 68 |
| TABLEAUX STATISTIQUES | 80 |

SIGLES ET ABBREVIATIONS UTILISES DANS CE RAPPORT

| | |
|-----------------|---|
| BOAMP | : Bulletin officiel des annonces des marchés publics |
| CCAG | : Cahier des clauses administratives générales |
| CCAP | : Cahier des clauses administratives particulières |
| CCAG-PI | : Cahier des clauses administratives générales des marchés de prestations intellectuelles |
| CCAG-MI | : Cahier des clauses administratives générales des marchés industriels |
| CCAG-FCS | : Cahier des clauses administratives générales des marchés de fournitures courantes et services |
| CCI | : Chambre de commerce et d'industrie |
| CCTP | : Cahier des clauses techniques particulières |
| CE | : Conseil d'Etat |
| CJCE | : Cour de justice des communautés européennes |
| CMP | : Code des marchés publics |
| CMPE | : Commission des marchés publics de l'Etat |
| DAJ | : Direction des affaires juridiques |
| DCE | : Dossier de consultation des entreprises |
| EPST | : Etablissement public à caractère scientifique et technologique |
| HT | : Hors taxes |
| HQE | : Haute qualité environnementale |
| INSEE | : Institut national de la statistique et des études économiques |
| JOUE | : Journal officiel de l'union européenne |
| MCO | : Maintien en condition opérationnelle |
| M€ | : Millions d'euros |
| Md€ | : Milliards d'euros |
| MINEFE | : Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi |
| OIT | : Organisation internationale du travail |
| PME | : Petites et moyennes entreprises |
| TA | : Tribunal administratif |
| TTC | : Toutes taxes comprises |
| UGAP | : Union des groupements d'achats publics |

SECTEURS D'ACTIVITE DE LA CMPE

| | |
|-----------|--------------------------------------|
| AE | : Armement et électronique |
| AG | : Approvisionnements généraux |
| BG | : Bâtiment et génie civil |
| IT | : Informatique et télécommunications |

AVANT PROPOS

La commission des marchés publics de l'Etat (CMPE) a poursuivi en 2008, auprès des services de l'Etat, la mission de conseil et d'assistance pour la préparation et la passation de leurs marchés qui lui avait été confiée en 2004, puis confirmée en 2006 dans le cadre de la réforme du code des marchés publics.

Son activité a été du même ordre que celle constatée au cours des années précédentes : 644 dossiers transmis en 2006, 667 en 2007, 640 en 2008.

Jusqu'en décembre 2008, le contexte réglementaire dans lequel agit la commission n'a pas été sensiblement modifié. Quelques retouches ont été apportées à la réglementation nationale et européenne : mise à jour des seuils déterminant les procédures de passation, précisions apportées sur les groupements de commande, réduction des délais de paiements, mesures en faveur des PME. Des modifications plus substantielles sont issues des décrets du 17 décembre et du 19 décembre 2008 : relèvement des seuils des procédures formalisées, suppression de la commission d'appel d'offres pour les marchés de l'Etat, modification du régime des avances....

En ce qui concerne la commission, l'obligation de la saisir a été supprimée et sa mission de conseil a été étendue aux collectivités territoriales selon des modalités qui seront prochainement fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Son rôle, essentiellement pédagogique, est donc confirmé : les pouvoirs adjudicateurs avaient déjà toute liberté de suivre ses conseils ; ils ont désormais celle de les solliciter.

L'action de la CMPE a pour but d'aider les services acheteurs à utiliser au mieux les deniers publics dans le cadre des orientations définies par le gouvernement et dans le respect des normes juridiques. La commission est attentive aux évolutions de la commande publique : prise en compte du développement durable, externalisation et groupement de commandes, ouverture à la concurrence de nouveaux marchés (transports ferroviaires, énergie, distribution du courrier).

La commission doit répondre au souci exprimé par les acheteurs publics de bénéficier de conseils leur permettant de passer et d'exécuter leurs marchés dans les conditions économiques et juridiques les meilleures possibles. Telle est son ambition.

Bernard CIEUTAT
Président de la CMPE

Environnement réglementaire et jurisprudentiel

Le code des marchés publics (CMP) a été modifié à plusieurs reprises au cours de l'année 2008. Ces modifications sont issues des textes suivants :

- Le décret n°2008-206 du 29 février 2008 modifiant le code des marchés publics. Ce décret modifie l'article 7 du code de marchés publics en ce qui concerne l'étendue du rôle du service coordonnateur lorsque plusieurs services ont décidé de coordonner la passation de leurs marchés ou accords-cadres. Il modifie aussi l'article 102 du même code.
- Les décrets n° 2008-243 et n°2008-244 du 7 mars 2008 relatifs au code du travail.
- Le décret n° 2008-407 du 28 avril 2008, modifiant l'article 98 du code des marchés publics. Ce décret ramène à 30 jours les délais de paiement des marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et autres que les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées.
- Le décret n° 2008-585 du 19 juin 2008 adaptant à Mayotte certaines dispositions du code des marchés publics.
- Le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant certaines dispositions du code des marchés publics ;
- Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en place du plan de relance dans les marchés publics.

Ce dernier décret apporte notamment les modifications suivantes :

- suppression de la double enveloppe pour les appels d'offres ouverts ;
- suppression des commissions d'appels d'offres pour les marchés de l'Etat ;
- saisine facultative de la CMPE pour les marchés de l'Etat quel qu'en soit leur montant et extension de son rôle d'assistance aux collectivités territoriales ;
- le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 concernant le relèvement de certains seuils du code des marchés publics.

Par ailleurs, la circulaire du Premier ministre du 19 décembre 2008, relative au plan de relance de l'économie - augmentation des avances sur les marchés publics de l'Etat en 2009 - donne comme instruction à l'Etat et à ses établissements publics de prévoir un minimum de 20 % au lieu des 5 % prévus par le CMP.

La jurisprudence a également été particulièrement riche. Certains arrêts, dont la liste est loin d'être exhaustive méritent d'être signalés. Quelques grands thèmes peuvent être distingués :

Champ d'application du code des marchés publics et des directives

- **Application territoriale**

- **Conseil d'Etat - 4 juillet 2008 - Colas Djibouti – n° 316028**

Un contrat signé et exécuté hors du territoire de l'Union européenne n'est pas, sauf volonté contraire de la personne publique, un marché public.

- **Limite marché/ concession**

- ▶ **CJCE - 13 novembre 2008 – affaire C-434/07 –Italie - confirmant la jurisprudence - CJCE - 18 juillet 2007 – Italie – affaire C-382/05**

En matière de marché de travaux et de services, seuls sont qualifiés de concessions les contrats dans lesquels le titulaire assume le risque économique de l'entreprise.

- **Limite marché/ subvention**

- **Conseil d'Etat - 28 mars 2008 - La Réunion – n° 284412**

Une subvention versée en contrepartie de prestations s'analyse comme un prix ; la transaction dans laquelle elle s'insère s'analyse en conséquence comme un marché.

- **Limite marché/prestation « in house »**

- ▶ **CJCE – 17 juillet 2008 – Italia – affaire C-371/05**

L'appel à la concurrence, conformément aux directives relatives à la passation des marchés publics, n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, lorsque deux conditions sont remplies : d'une part, l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, doit exercer sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et, d'autre part, cette entité doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la détiennent.

Le contractant doit toutefois appliquer le CMP ou l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 pour répondre à ses besoins propres.

- **Limite marché / avenant**

- ▶ **CJCE - 19 juin 2008 - PREESETEXT NACHRICHTENAGENTUR - affaire C-454/06**

La Cour estime qu'un avenant suffit et qu'un nouveau marché n'est pas nécessaire dans le cas où le prestataire initial transfère les prestations à un autre prestataire tout en continuant à en assumer la responsabilité ainsi que dans le cas d'adaptations de prix minimales et justifiées par des circonstances extérieures (conversion en euros ; réduction minimale pour arrondir ; substitution d'indices des prix prévus dans le contrat initial).

- **Cas particuliers**

- ▶ **CJCE - 15 mai 2008 - Italie 6 – affaires C-147/06 et C-1848/06**

Sous les seuils, certaines obligations de concurrence et de non-discrimination demeurent en application du traité instituant la Communauté européenne, notamment pour certains marchés qui revêtent un « intérêt transfrontalier certain »

- ▶ **CJCE - 21 février 2008 – Italie - affaire C-412/04**

Dans un marché à objet composite associant des services et des travaux, le montant des travaux ne saurait constituer le critère exclusif d'application des règles communautaires. Seule l'analyse de l'ensemble du marché permet d'en déterminer l'objet principal.

- ▶ **CJCE - 10 avril 2008 - Autriche – affaire C-393/06**

Les mêmes entités peuvent relever de la directive travaux, fournitures, services ou de la directive secteurs selon les cas.

- ▶ **CJCE - 8 avril 2008 - Italie – affaire C-337/05 et CJCE - 2 octobre 2008 - Italie – affaire C-157/06**

Quand un marché est destiné à des besoins à la fois militaires et civils, il est soumis à concurrence communautaire.

Définition des besoins et allotissement

- **Conseil d'Etat - 8 août 2008 - Région Bourgogne - n° 307143**

Une claire définition des besoins est un préalable obligatoire à la passation d'un marché. Cette définition ne doit pas être renvoyée à une procédure ultérieure, par exemple la notification d'une tranche conditionnelle.

- **Conseil d'Etat - 5 décembre 2008 - CU de Dunkerque- n° 310380**

Il n'est pas possible de renvoyer à la phase d'exécution du marché la détermination d'un volume significatif de prestations complémentaires.

- **Tribunal administratif de Lyon - 7 avril 2008 – PIZZORNO - n° 0801795**

Rappel de l'obligation d'allotir posée par l'article 10 du CMP.

Marchés à bons de commandes

- **Conseil d'Etat - 24 octobre 2008 - UGAP - n° 314499**

Les marchés à bons de commandes doivent être regardés comme des accords-cadres au sens des directives communautaires relatives aux marchés publics.

■ **Conseil d'Etat - 24 octobre 2008 - Communauté d'agglomération de l'Artois – n°313600**

S'il est possible de passer un marché à bons de commandes sans minimum ni maximum, il est nécessaire d'indiquer la quantité et l'étendue globale, à titre indicatif et prévisionnel

■ **Conseil d'Etat - 24 octobre 2008 – UGAP – n°314499**

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir un minimum en valeur ou en quantité sans fixer de maximum et inversement

Avis d'appel à la concurrence

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur des questions relatives à des rubriques précises de l'avis d'appel public à la concurrence.

■ **6 janvier 2008 - Syndicat mixte de Vendômois – n° 281113**

La mention « financement et paiement par la personne publique » est insuffisante. Il convient d'indiquer les ressources que l'administration entend mobiliser pour payer le titulaire du marché.

■ **8 février 2008 - Département de l'Essonne – n° 300275**

Concernant les délais de recours, il est inutile de remplir les deux rubriques VI-4.2 et VI-4.3. L'une des deux suffit mais, en cas de renseignement de la rubrique IV-4.2, les informations doivent être exactes.

■ **8 août 2008 - Commune de Marseille – n° 312370**

Il n'est pas obligatoire de remplir simultanément la rubrique « durée » et la rubrique « délai d'exécution ».

■ **3 octobre 2008 – SMIRGEOMES – n° 305420**

La rubrique concernant l'accord AMP doit être obligatoirement renseignée et correctement remplie, mais en cas de référé précontractuel, l'intérêt à agir du requérant doit être avéré.

Jugement des candidatures

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur certaines modalités de jugements des candidatures.

■ **26 mars 2008 – COURLY – n° 303779**

Il n'est possible de demander aux candidats des pièces permettant d'apprécier leurs garanties professionnelles, techniques et financières que dans la limite des documents mentionnés dans l'arrêté du 26 janvier 2004 alors en vigueur.

■ **8 août 2008 - Centre hospitalier Edmond Garcin – n° 309652**

Le critère « qualités architecturales et techniques des références produites au vu du dossier fourni » est acceptable pour la sélection des candidatures de maîtrise d'œuvre.

- **8 août 2008 - Commune de Nanterre – n° 309136**
- **8 août 2008 - Centre hospitalier Edmond Garcin – n° 309652**
- **8 août 2008 - Région Bourgogne – n° 307143**

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'exiger des candidats des niveaux minimum de capacités professionnelles, techniques, et financières mais doit s'assurer que les entreprises retenues ont les capacités nécessaires à la bonne exécution du marché.

- **9 novembre 2008 - Société EL ALE – n° 292256**

Une candidature peut être rejetée en raison de problèmes répétés rencontrés lors de l'exécution de plusieurs marchés (livraison en retard, non respect des spécifications du marché...) au motif que ces problèmes traduisent une insuffisance de garanties professionnelles. Mais, dès lors que la société apporte la preuve de ces garanties, sa candidature peut à nouveau être admise.

Jugement des offres

- ▶ **CJCE - 24 janvier 2008 – Italie – affaire C-532/06**

L'expérience, les effectifs et les équipements des candidats constituent des critères de sélection qualitative et non des critères d'attribution.

- **Conseil d'Etat - 9 mai 2008 - Ministère de la justice – n° 308911**

Le maître de l'ouvrage a le droit d'exiger des candidats que les détails de prix qu'il a demandés soient remplis.

- **Conseil d'Etat - 7 novembre 2008 - SA Hexagone – n° 292570**

La commission d'appel d'offres est libre d'apprécier les erreurs non intentionnelles des candidats (remise dans la première enveloppe des pièces devant figurer dans l'enveloppe contenant les offres).

- **Cour administrative de Lyon - 27 mars 2008 – SIEA – n° Ø7LYØ117Ø**

La combinaison des critères entre eux ne doit pas être une source de confusion lors du jugement des offres.

Attribution du marché

- **Conseil d'Etat – 9 mai 2008 – AMOTMJ – n° 308911**

Dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre un projet qui ne respecte pas un élément important du programme de l'opération doit être rejeté.

- **TA de Paris - 10 mars 2008 - Société Algeco – n° 0803314/6-5**

Doit être rejetée l'offre d'un candidat qui modifie de façon substantielle les documents constitutifs du marché (en l'espèce : mémoire technique substitué au CCTP ; modification de plusieurs délais ; plafonnement des pénalités ; suppression du délai de garantie).

I. FONCTIONNEMENT DE LA CMPE

Le fonctionnement de la commission n'a pas connu de modifications réglementaires.

L'année 2008 a toutefois été marquée par le changement de présidence, le président et l'un des deux vice-présidents n'ayant pas souhaité le renouvellement de leur mandat. Des modifications sont également intervenues dans les secrétariats techniques : départ de deux secrétaires et d'un adjoint.

A. Mission et champ de compétence

La mission de la CMPE était définie, au cours de l'année 2008, par l'article 129 du CMP et par l'article 1^{er} du décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007 pris pour son application. Celui-ci prévoit que la commission est chargée de fournir aux services de l'Etat et de ses établissements autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial une assistance pour l'élaboration et la passation de leurs marchés ou de leurs accords-cadres, que ces services ou ces établissements publics interviennent en tant que pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

Elle doit être obligatoirement saisie de tout marché ou accord-cadre régi par le code des marchés publics ou par le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 dudit code concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense, dont le montant est supérieur à 6 M€.

Doivent en outre être soumis à la CMPE :

- ✓ Les projets d'avenants qui rendent les marchés ou accords-cadres auxquels ils se rapportent passibles d'un examen en commission ;
- ✓ les marchés d'études ou de maîtrise d'œuvre qui se rattachent aux marchés ou accords-cadres susceptibles, du fait de leur montant, d'être soumis à l'obligation de transmission ; il s'agit essentiellement des marchés de définition, de maîtrise d'œuvre, d'études ou d'assistance à maîtrise d'ouvrage qui contribuent à la préparation des marchés principaux auxquels ils se rapportent ; le fait d'avoir envoyé en amont à la CMPE un marché d'étude ou de définition ne saurait dispenser les services acheteurs de transmettre les marchés passés dans le cadre du même programme ;
- ✓ les marchés complémentaires et les marchés qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles du marché initial ou de l'accord-cadre, mentionnés aux 4°, 5° et 6° du II de l'article 35 et aux 5°, 6° et 7° du II de l'article 144 du code des marchés publics qui rendent les marchés ou accords-cadres auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la commission.

Les modalités de calcul du seuil de saisine sont précisées dans l'instruction DAJ/CMPE/2007.

La commission peut être utilement consultée pour d'autres projets de marchés.

Même si les marchés et accords-cadre non soumis au CMP visés à l'article 3 du CMP, et notamment ceux visés à l'article 3.7 (marchés nécessitant des mesures particulières de sécurité), ne relèvent pas formellement de la compétence de la commission, il est possible de considérer que s'agissant de marchés publics et accords-cadres au sens de l'article 1^{er} du CMP, la commission a vocation à fournir une assistance pour ces contrats. En outre, la transmission à la CMPE est de nature à prévenir les risques juridiques inhérents à l'utilisation d'une procédure qui doit rester exceptionnelle et dûment justifiée.

C'est ainsi que, pour un marché de déménagement d'archives jugées sensibles, la commission a considéré que le caractère secret ne concernait que les documents eux-mêmes, alors que le service avait fait valoir qu'il n'était pas souhaitable que les informations relatives à l'implantation géographique d'un des lieux de stockage fassent l'objet d'une publicité. Elle a donc estimé que le recours à l'article 3.7 n'était pas justifié au cas d'espèce, les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics pouvant être conciliées avec les impératifs de sécurité propres au marché.

La commission est également compétente, au titre de l'article 3-II du décret du 16 janvier 2007, pour donner un avis sur toute difficulté particulière rencontrée lors de la préparation ou de la passation d'un marché ou d'un accord-cadre, à tous les stades de la procédure d'attribution et quel que soit leur montant. Ainsi, la commission a été saisie d'un projet d'accord-cadre d'un montant de 400 000 € ayant pour objet la réalisation d'une mission de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé. Il s'agissait d'un dossier de principe, la procédure de l'accord-cadre étant susceptible d'être utilisée par d'autres acheteurs. Cette saisine a permis à la commission de valider les modalités de passation et les pièces contractuelles de l'accord-cadre et des marchés subséquents.

De même, consultée préalablement à l'envoi d'un dossier sensible en matière de sécurité et de confidentialité, la commission a émis des conseils sur la procédure à suivre et le contenu du CCTP. Les conseils ayant été suivis, le dossier n'a ensuite donné lieu qu'à peu d'observations.

La commission a en effet un rôle de conseil et d'assistance qui intervient en amont de la procédure et non une mission de contrôle. Ses recommandations sont susceptibles d'éviter des contentieux mais n'ont aucun caractère contraignant ; les acheteurs sont libres des suites à leur donner.

B. Composition de la commission

La commission comprend les membres suivants :

a) La présidence

La commission est présidée par un président de chambre honoraire à la Cour des comptes, assisté de deux vice-présidents, magistrats du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes. Ils sont désignés par le ministre chargé de l'économie et des finances pour une durée de trois ans, renouvelable une fois.

b) Les membres permanents

Trois d'entre eux appartiennent au ministère chargé de l'économie :

- le rapporteur général de la commission ou son représentant, qui a pour mission de veiller à l'harmonisation des avis et observations émis par les différents secteurs de la CMPE ;
- le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie ou son représentant, gardien des principes juridiques qui régissent la commande publique ;
- le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant, qui informe la commission de l'état de la concurrence dans le secteur concerné par le projet de marché examiné et veille à ce que les conditions de passation permettent le libre accès des entreprises à la commande publique.

c) Les personnes qualifiées

Ces personnalités sont désignées par les ministres chargés de l'intérieur, de la défense, de l'éducation, de la justice, de l'équipement, de la santé, de l'agriculture et de l'écologie, en raison de leurs compétences en matière de marchés publics.

Pour l'examen de chaque dossier, deux d'entre elles sont choisies par le Président, sur la liste ainsi établie, en fonction de la nature du marché en cause.

La participation de ces personnes qui sont généralement des responsables de services achats et qui sont ainsi en mesure d'informer la commission à la lumière de leur expérience, est particulièrement importante.

d) Le représentant du ministre

Il s'agit généralement d'un spécialiste des achats publics, désigné par son ministre de tutelle pour le représenter lors de l'examen de dossiers émanant de son département ministériel. Choisis le plus souvent parmi les membres des corps de contrôle ou parmi les responsables de services transversaux, ces représentants sont en mesure d'apporter un éclairage sur les orientations de la politique d'achat du ministère. Ils n'ont pas, pour autant, vocation à défendre systématiquement la position du service, la commission étant une instance de conseil.

Le niveau et la qualité des participants permettent des échanges fructueux. En outre, la composition interministérielle de cette instance, qui assure une représentation équilibrée entre les agents du ministère chargé de l'économie et ceux appartenant à d'autres départements ministériels, le statut du Président, la nature de la mission impartie, font qu'elle intervient en toute indépendance, dans un climat de confiance, auprès des services acheteurs afin de les aider à réaliser leurs achats dans les meilleures conditions possibles.

C. Modalités de saisine

Plusieurs modalités de saisine sont prévues.

a) Saisine obligatoire

Tout projet de marché relevant de la compétence de la commission doit obligatoirement lui être soumis avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ou le lancement de la consultation, et ce, quelle que soit la procédure retenue, appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, marché négocié. Le dossier, dont la composition est précisée dans l'instruction DAJ/CMPE/2007, doit comporter une note de présentation, les avis de publicité, le règlement de la consultation et les projets de documents contractuels.

Il convient qu'un soin particulier soit apporté à la rédaction de la note de présentation, notamment en ce qui concerne les points suivants : définition du besoin, contexte concurrentiel, allotissement, justification de la procédure d'attribution, prise en compte du développement durable.

Lorsque par erreur ou négligence, les dossiers relevant de la saisine obligatoire sont transmis après l'envoi des avis de publicité ou le lancement de la consultation, ces dossiers sont renvoyés au service accompagnés d'une lettre appelant l'attention du signataire du marché sur les conséquences d'un manquement susceptible de conduire à l'annulation du contrat.

En cas d'hésitation sur la conduite à tenir, notamment en cas de doute sur le montant du marché ou de l'accord-cadre, la commission ne peut qu'inviter les services acheteurs à faire usage de la procédure prévue à l'article 3.II du décret du 16 janvier 2007 précité qui prévoit que « quel qu'en soit le montant, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut saisir la commission des marchés publics de l'Etat d'une demande d'avis concernant une difficulté particulière rencontrée lors de la préparation ou de la passation d'un marché ou d'un accord-cadre ».

b) Saisine facultative

La saisine facultative de la commission telle que définie dans le décret précité peut se révéler utile lors de la préparation d'un marché ou d'un avenant, ou avant leur notification, en cas de doute sur la régularité de la procédure ou la convenance du prix.

Elle a lieu sur la base d'un dossier comportant, comme pour la saisine obligatoire, une note de présentation exposant de façon précise les questions posées, ainsi que les pièces nécessaires à la compréhension des problèmes abordés.

c) Procédure d'accompagnement

Quel que soit le mode de saisine – obligatoire ou facultative – la commission, en accord avec le service acheteur ou à la demande de celui-ci, peut mettre en oeuvre la mesure d'accompagnement prévue à l'article 4.II du décret n° 2007-16 du 16 janvier 2007. Le service peut être ainsi conseillé tout au long de la procédure d'attribution du marché ou de l'accord-cadre lorsque celui-ci présente un intérêt particulier en raison des enjeux économiques et financiers, de la complexité du montage contractuel ou de difficultés particulières. L'accompagnement est particulièrement utilisé pour les marchés négociés.

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur adresse à la commission, selon les modalités prévues lors de la mise en œuvre de la procédure d'accompagnement, copie des pièces du marché éventuellement modifiées ainsi que des procès-verbaux retraçant les éléments de choix des candidatures et des offres. La commission peut alors avoir connaissance de la prise en compte de ses observations (généralement suivies) et, le cas échéant, formuler d'autres recommandations.

Ainsi, pour un marché de maîtrise d'œuvre, la commission a constaté une évolution particulièrement significative du programme de l'opération, les modifications répondant pleinement aux préoccupations exprimées lors de l'examen initial du dossier. Elle a noté également que le règlement de la consultation et les pièces contractuelles avaient pris en compte l'essentiel des observations formulées.

d) Communication des rapports de présentation

Les services sont tenus, au titre de l'article 4.IV du décret du 16 janvier 2007 précité, de transmettre à la CMPE les rapports de présentation mentionnés à l'article 79 du CMP.

Au cours des années 2007 et 2008, 287 rapports concernant les dossiers transmis à la commission en 2007 ont été communiqués (soit 43 %). Ces chiffres ne permettent pas de savoir si ce taux correspond aux marchés réellement notifiés ; en effet les services peuvent avoir omis de se conformer à cette obligation nouvelle. Les enseignements tirés de ces rapports figurent au chapitre IV.

D. Procédures de travail

a) Les moyens

▣ Le secrétariat

La CMPE dispose d'un secrétariat doté de 15 personnes et de la collaboration occasionnelle d'une vingtaine de rapporteurs.

Le secrétariat est organisé en quatre secteurs : armement-électronique, approvisionnements généraux, bâtiment et génie civil, informatique et télécommunications, composés d'agents expérimentés en matière de marchés publics issus de divers ministères (finances, équipement, défense).

Chacun de ces secteurs comporte un ou deux agents de catégorie A. Ils examinent les dossiers et les proposent éventuellement au Président pour un examen par la commission. Ils sont chargés d'assurer la préparation, l'organisation et le secrétariat des séances. Ils rédigent les projets d'avis et notes d'observations. Ils participent, si nécessaire, à l'accompagnement des dossiers jusqu'à la signature du contrat. Ils constituent la « cheville ouvrière » de la commission. Plusieurs d'entre eux ont acquis, en raison de leurs responsabilités antérieures, une compétence dans le domaine des marchés des collectivités territoriales, indépendamment de leur expérience des marchés de l'Etat.

La gestion administrative du secrétariat et la coordination des travaux est placée sous la responsabilité du rapporteur général de la CMPE, assisté de deux cadres A, un cadre B, et 4 cadres C. Le rapporteur général et son équipe assurent notamment l'enregistrement et le traitement statistique des dossiers, le suivi et l'exploitation des renseignements contenus dans les rapports de présentation, la constitution et la mise à jour d'une base de données juridiques, la gestion des rapporteurs.

▣ Les rapporteurs

Conformément à l'article 6 du décret relatif à la CMPE, la commission bénéficie de la collaboration de rapporteurs chargés d'étudier les dossiers et de les présenter en séance de la commission. Ils assurent dans certains cas l'accompagnement des dossiers. Ils sont choisis parmi les corps de contrôle ou d'inspection, ou parmi des fonctionnaires de catégorie A, en activité ou en retraite, en raison de leur expérience des marchés publics. Ils participent ainsi à l'efficacité de la commission.

Au total, cette équipe légère a traité, au cours de l'année plus de 600 dossiers dont 47 en séance et 3 en accompagnement.

b) Les méthodes de travail

Les dossiers transmis à la commission font d'abord l'objet d'un enregistrement dont les données sont destinées à une exploitation statistique. Ils sont ensuite répartis entre les quatre secteurs en fonction de l'objet du marché. Après un examen approfondi par le secrétaire technique et son adjoint, le dossier est proposé au Président pour un examen en séance, ou donne lieu à une lettre d'observations signée du Président ou d'un vice-président.

Les délais d'intervention de la CMPE sont impératifs, puisqu'ils sont fixés par l'article 4 du décret du 16 janvier 2007. La commission dispose de 7 jours francs à compter de la date d'accusé de réception du dossier pour décider ou non de la sélection et de 30 jours francs à compter de la date de réception du dossier pour émettre un avis ou formuler une lettre d'observations. Les documents transmis au titre de la procédure d'accompagnement doivent également être examinés dans un délai de 7 jours. Ces délais sont toujours respectés étant précisé que les lettres d'observations (qui représentent 53% des interventions de la CMPE) sont généralement transmises dans un laps de temps très inférieur. Le délai d'examen est systématiquement réduit lorsque les services demandent que leurs dossiers soient traités en urgence.

Le temps d'intervention de la CMPE est à mettre en parallèle avec la durée totale d'une procédure (de l'ordre de 6 mois à un an) et le retard pris en cas d'annulation du marché suite à un référé précontractuel.

▣ Lettres d'observations

Les lettres d'observations concernent les dossiers qui ne présentent pas de problèmes de fond et pour lesquels une discussion en séance plénière ne s'avère pas nécessaire. Les remarques portent principalement sur les documents de la consultation (avis d'appel public à la concurrence, règlement de la consultation) ou les documents contractuels.

Les acheteurs disposent ainsi de conseils écrits leur permettant de rectifier les erreurs et les insuffisances et d'éviter, autant que faire se peut, les risques d'annulation, ce qui justifie un regard particulièrement attentif de la commission sur la rédaction des avis de publicité.

▣ **Avis**

Les dossiers les plus complexes, ceux pour lesquels sont soulevées des questions de principe ou dont le montant est exceptionnellement élevé font l'objet d'un examen en séance et d'un avis de la commission, transmis au service acheteur dans les jours suivant la réunion.

▣ **Lettres au ministre**

Le Président dispose de la faculté d'informer les ministres des difficultés rencontrées par leurs services lors de la passation des marchés de leur département ou des manquements constatés. Cette possibilité n'a pas été utilisée en 2008.

▣ **Contacts informels avec les services**

En marge des modalités d'intervention formelles prévues par le décret du 16 janvier 2007, l'assistance aux acheteurs publics peut prendre la forme d'échanges téléphoniques, et, de plus en plus fréquemment, de réunions. Celles-ci interviennent souvent très en amont, avant le lancement des procédures, afin de mieux appréhender les problèmes posés par des marchés nouveaux ou particulièrement complexes et de dégager les solutions les plus adéquates.

Quant aux échanges téléphoniques ou par messagerie électronique, il convient d'en noter l'importance, ceux-ci se substituant même parfois à des lettres d'observations formalisées qui peuvent alors être réservées aux observations les plus importantes.

E. Actions de communication et de formation

La mission d'assistance de la CMPE passe également par des actions de communication et de formation.

a) Le site internet

Cet outil de communication répond à l'adresse suivante :

www.minefe.gouv.fr/themes/commande_publicque/marches_publics

Il participe également à la mission de conseil assurée par la CMPE.

Figurent sur ce site non seulement les rapports d'activité qui synthétisent les avis et observations formulés par la commission tout au long de l'année, mais également des fiches pratiques et, sous la rubrique « Recommandations », mise à jour périodiquement, quelques conseils tirés des avis et lettres d'observations émis pendant la période considérée.

b) Formation des acheteurs publics

Dans son rapport 2006, la commission avait observé que, pour effectuer leurs achats de façon efficace, il était indispensable que les services concernés disposent d'agents motivés et bénéficiant d'une formation adaptée.

Soucieuse de participer à cette formation, elle a accueilli en 2008 deux stagiaires venant du ministère de la défense. Il s'agissait d'acheteurs qui recherchaient l'opportunité d'étendre leurs connaissances en matière d'achat public par l'étude des dossiers transmis à la CMPE et la participation aux séances de la commission.

Par ailleurs, le projet de prendre part à la formation des acheteurs publics dans le cadre de l'Institut de la gestion publique et du développement économique (IGPDE) envisagé en 2007 est en passe d'aboutir. Une journée de formation construite à partir d'un cas pratique tiré des dossiers transmis à la CMPE et rendu anonyme devrait figurer dans le catalogue de cet organisme.

c) Entretiens avec les responsables des services acheteurs

Plusieurs responsables de services acheteurs ont souhaité rencontrer le président de la commission pour l'entretenir des modes de fonctionnement de leurs services et des difficultés rencontrées sur des dossiers particuliers.

Ces échanges, intervenant dans un climat de confiance, ne peuvent qu'associer plus étroitement la CMPE à la réalisation d'un achat public de qualité.

d) Visites des délégations étrangères

Les visites de délégations étrangères, en usage les années précédentes, se sont poursuivies en 2008. Ainsi la commission a reçu une délégation russe, une délégation chilienne, une délégation indonésienne et une délégation coréenne, venues s'informer sur la mission et le fonctionnement de la CMPE.

II. DONNEES STATISTIQUES

A. Nombre et montant des dossiers reçus

En 2008, la commission a reçu 640 dossiers pour un montant de 19,8 milliards d'euros hors taxes. L'année précédente, elle avait reçu 667 dossiers pour un montant de 21 milliards d'euros HT. Ces dossiers comportent 2154 lots, ce qui représente potentiellement 2154 marchés. En 2008, 40 dossiers d'un montant supérieur à 100 M€ HT représentent à eux seuls un total de 11 Md€, soit 56 % du montant total des projets de marchés transmis. Le nombre et le montant des dossiers reçus varient selon les secteurs d'activité.

| SECTEURS | Nombre de dossiers | Pourcentage | Montant (en M€ HT) | Pourcentage |
|-----------------------------------|--------------------|--------------|--------------------|--------------|
| Armement – électronique | 134 | 21 | 7 169 | 36 |
| Approvisionnements généraux | 146 | 23 | 6 563 | 33 |
| Bâtiment – génie civil | 263 | 41 | 2 099 | 11 |
| Informatique - télécommunications | 97 | 15 | 3 958 | 20 |
| TOTAL | 640 | 100 % | 19 789 M€ | 100 % |

Le montant des projets, résultant d'estimations initiales, ne traduit qu'approximativement celui des achats qui seront effectués. En outre, 221 dossiers concernent des marchés à bons de commande pour lesquels le montant maximum est pris en compte. Les marchés à tranches conditionnelles, pour lesquels la totalité du montant des tranches est prise en compte dans la présente partie II, sont au nombre de 209.

Le constat globalement effectué est celui d'une baisse de 3,3 % du nombre des dossiers transmis à la CMPE (640 contre 667 en 2007) et d'une diminution corrélative du montant global (passant de 21 à 19,8 milliards d'euros soit 5,5 %).

Cette évolution a des effets différents selon les secteurs d'activité :

- l'activité du secteur informatique-télécommunications est en baisse sensible en nombre (il avait reçu 136 dossiers l'année précédente pour un montant de 3,7 Md€ en 2007) mais en hausse en montant ;
- le secteur approvisionnements généraux a connu une augmentation significative du nombre de dossiers pour un montant équivalent (124 dossiers pour 6,5 Md€ en 2007) ;
- le secteur armement, pour sa part, a vu une baisse marquée du nombre et du montant des marchés ;
- en revanche, le secteur bâtiment et génie civil est en croissance par rapport à l'année 2007.

| DOSSIERS REÇUS EN 2008 ET 2007 | Nombre | | Montant | |
|-----------------------------------|------------|------------|------------------|------------------|
| | 2008 | 2007 | 2008 | 2007 |
| Armement - électronique | 134 | 155 | 7 169 | 9 225 |
| Approvisionnements | 146 | 124 | 6 563 | 6 466 |
| Bâtiment - génie civil | 263 | 252 | 2 099 | 1 838 |
| Informatique - télécommunications | 97 | 136 | 3 958 | 3 721 |
| TOTAL | 640 | 667 | 19 789 M€ | 21 250 M€ |

B. Répartition par type de prestations

Les achats examinés par la CMPE se répartissent entre les prestations suivantes :

| NATURE DES MARCHÉS | Nombre de dossiers | Pourcentage | Montant (en M€ HT) | Pourcentage |
|-----------------------------|--------------------|--------------|--------------------|--------------|
| Travaux | 177 | 27,6 | 2 024 | 10,2 |
| Services | 192 | 30 | 8 437 | 42,6 |
| Fournitures | 174 | 27,2 | 8 757 | 44,3 |
| Prestations intellectuelles | 97 | 15,2 | 571 | 2,9 |
| TOTAL | 640 | 100 % | 19 789 M€ | 100 % |

En nombre de dossiers, la répartition est comparable à celle qui était constatée en 2007. En revanche, si le montant des marchés de travaux et de services augmente par rapport à l'année précédente, le montant des marchés de fournitures est en baisse.

C. Répartition selon les modalités de saisine

En 2008, la commission a été saisie de 625 dossiers en saisine obligatoire, en application de l'article 3.I du décret du 16 janvier 2007 (ce qui représente 98 % des dossiers transmis) et de 15 dossiers en saisine facultative (2 % des dossiers). Les saisines facultatives concernent surtout les secteurs approvisionnements généraux et bâtiment.

| SECTEURS | SAISINE OBLIGATOIRE (nombre de dossiers) | SAISINE FACULTATIVE (nombre de dossiers) |
|-----------------------------------|--|--|
| Armement - électronique | 134 | 0 |
| Approvisionnements | 140 | 6 |
| Bâtiment – génie civil | 255 | 8 |
| Informatique - télécommunications | 96 | 1 |
| TOTAL (640 dossiers) | 625 | 15 |

La saisine obligatoire porte à la fois sur des dossiers dont le montant est supérieur à 6 M€ HT et sur des contrats d'études ou de maîtrise d'œuvre d'un montant inférieur à ce seuil mais se rattachant à des marchés d'un montant supérieur à 6 M€ HT. De ce fait, la répartition des marchés selon le montant ne recoupe pas exactement le partage effectué selon le mode de saisine.

| SECTEURS | MARCHÉS DE PLUS DE 6 M€ (nombre de dossiers) | MARCHÉS DE MOINS DE 6 M€ (nombre de dossiers) |
|-----------------------------------|--|---|
| Armement - électronique | 122 | 12 |
| Approvisionnements | 133 | 13 |
| Bâtiment – génie civil | 104 | 159 |
| Informatique - télécommunications | 87 | 10 |
| TOTAL (640 dossiers) | 446 | 194 |

En 2008, la commission a reçu, par le biais de la saisine facultative, quatre projets relevant des exceptions visées à l'article 3-7° du CMP (« marchés exigeant le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige »).

D. Répartition selon les modalités de traitement

Sur l'ensemble de l'année, 47 dossiers (soit 7,3 % du total) ont été sélectionnés pour un examen en séance. Ce taux de sélection était de 7,5 % en 2007. Avec l'accord du service acheteur, 3 dossiers ont bénéficié de la mesure d'accompagnement prévue à l'article 4.II du décret du 16 janvier 2007. Sur les 593 dossiers traités hors séance, 340 ont donné lieu à des observations et recommandations. Les autres ont fait l'objet d'une lettre indiquant qu'ils n'appelaient pas de remarques particulières, les observations et recommandations ayant souvent été faites lors d'entretiens téléphoniques avec les services.

| SECTEURS | Dossiers sélectionnés | Décisions d'accompagnement | Lettres d'observations |
|------------------------------------|--------------------------|-------------------------------|---------------------------|
| Armement-électronique | 14 | 1 | 67 |
| Approvisionnements | 17 | 0 | 128 |
| Bâtiment – génie civil | 7 | 1 | 74 |
| Informatique-télécommunications | 9 | 1 | 71 |
| TOTAL PARTIEL : 390 sur 640 | 47 | 3 | 340 |

E. Répartition par type de procédure

En 2008, la CMPE a reçu huit dossiers présentés par des entités adjudicatrices régies par la seconde partie du code des marchés, pour un montant de 125 M€. Il s'agit essentiellement de projets de marchés présentés par la direction générale de l'aviation civile et par les chambres de commerce et d'industrie (CCI) pour les achats concernant des ports ou des aéroports. Cependant, lorsque les CCI passent des commandes concernant la formation professionnelle, elles n'agissent pas en tant qu'opérateurs de réseaux mais comme établissements publics administratifs et sont, de ce fait, soumises à la première partie du code des marchés.

Comme en 2007, la procédure la plus largement utilisée est l'appel d'offres, qui représente 63 % du nombre des dossiers pour un montant de 11 Md€.

| SECTEURS | APPEL D'OFFRES (nombre de dossiers) | MARCHÉS NÉGOCIÉS * (nombre de dossiers) | AUTRES PROCÉDURES (nombre de dossiers) |
|-----------------------------------|---|---|--|
| Armement - électronique | 13 | 120 | 1 |
| Approvisionnements | 119 | 13 | 14 |
| Bâtiment – génie civil | 209 | 14 | 40 |
| Informatique - télécommunications | 62 | 28 | 6 |
| TOTAL GENERAL (640) | 404 | 175 | 61 |

* y compris marchés relevant du décret défense et achats des entités adjudicatrices

Les marchés négociés, en nombre équivalent à celui de l'année précédente, font 27 % du nombre des dossiers (67 % d'entre eux relevant du décret défense). En montant, ce pourcentage s'élève à 32,8 % (soit 6,5 Md€). La procédure de dialogue compétitif a été moins utilisée puisque la commission a reçu 4 dossiers contre 15 en 2007. D'autre part, la CMPE a reçu un dossier concernant un système d'acquisition dynamique.

| SECTEURS | APPEL D'OFFRES (montant en M€) | MARCHÉS NÉGOCIÉS* (montant en M€) | AUTRES PROCÉDURES (montant en M€) |
|-----------------------------------|--------------------------------------|---|---|
| Armement - électronique | 769 | 6 378 | 22 |
| Approvisionnements | 5 642 | 207 | 714 |
| Bâtiment - génie-civil | 1 839 | 17 | 233 |
| Informatique - télécommunications | 2 778 | 953 | 228 |
| TOTAL GENERAL (19 789 M€) | 11 037 M€ | 7 555 M€ | 1 197 M€ |

* y compris marchés relevant du décret défense et achats des entités adjudicatrices

F. Répartition par ministère

Le ministère de la défense a transmis 35 % des dossiers reçus, représentant plus de la moitié du montant total de 19,8 M€. Il est suivi par le ministère de l'écologie et le ministère de l'enseignement supérieur. Au total, ces trois ministères acheteurs ont représenté 67,6 % du nombre et 63 % du montant des dossiers transmis (430 projets pour 12,3 Md€).

| DÉPARTEMENT | Nombre de dossiers | Pourcentage | Montant (en M€ HT) | Pourcentage |
|--|--------------------|--------------|--------------------|--------------|
| Défense | 221 | 35 | 10 254 | 52 |
| Ecologie, énergie durable et aménagement du territoire | 154 | 24 | 1 507 | 8 |
| Enseignement supérieur et recherche | 55 | 8,6 | 529 | 3 |
| Institutions et autorités indépendantes | 34 | 5 | 2 055 | 10 |
| Intérieur, outre-mer et collectivités territoriales | 32 | 5 | 1 015 | 5 |
| Justice | 30 | 5 | 1 971 | 10 |
| Santé, jeunesse, sports et vie associative | 29 | 5 | 463 | 2 |
| Economie, industrie, emploi | 21 | 3 | 821 | 4 |
| Budget, comptes et fonction publique | 19 | 3 | 747 | 3,8 |
| Education nationale | 14 | 2,2 | 77 | 0,4 |
| Culture et communication | 13 | 2 | 213 | 1,1 |
| Travail, relations sociales, famille et solidarité | 5 | 0,8 | 49 | 0,2 |
| Premier ministre | 5 | 0,8 | 22 | 0,1 |
| Agriculture et pêche | 4 | 0,6 | 31 | 0,2 |
| Affaires étrangères et européennes | 4 | 0,6 | 34 | 0,2 |
| TOTAL PARTIEL | 640 | 100 % | 19 789 M€ | 100 % |

Il est rappelé que, pour leurs marchés ayant une finalité de recherche, les établissements publics scientifiques et techniques (EPST) échappent au code des marchés et, par voie de conséquence, ne bénéficient pas des conseils de la CMPE.

G. Répartition selon la forme des contrats

Lorsque la nature du besoin est telle qu'il est difficile pour l'acheteur de définir, dès la passation du contrat, la quantité à satisfaire, l'acheteur a recours à un marché à bons de commande ou à un marché à tranches conditionnelles. C'est ainsi qu'en 2008 les marchés à bons de commande ont représenté 34 % des dossiers soumis à la commission et 39 % de leur montant). Ces chiffres étaient respectivement de 30 % et de 40 % en 2007.

Marchés à bons de commande

| SECTEURS | Nombre de dossiers | Proportion | Montant (en M€ HT) | Proportion |
|-----------------------------------|--------------------|-------------|--------------------|-----------------------|
| Armement - électronique | 23 | 4 % | 1 237 | 6 % |
| Approvisionnements | 118 | 18 % | 4 567 | 23 % |
| Bâtiment – génie civil | 17 | 2 % | 262 | 1 % |
| Informatique - télécommunications | 63 | 10 % | 1 750 | 9 % |
| TOTAL PARTIEL | 221 sur 640 | 34 % | 7 815 M€ | 39 % de 19 Md€ |

Marchés à tranches conditionnelles

De leur côté, les marchés à tranches conditionnelles représentent 33 % des dossiers transmis en nombre et 41 % en montant, en baisse par rapport à 2007 (35 % en nombre et 48 % en montant).

| SECTEURS | Nombre de dossiers | Proportion | Montant (en M€ HT) | Proportion |
|-----------------------------------|--------------------|-------------|--------------------|-----------------------|
| Armement | 88 | 14 % | 5 005 | 25 % |
| Approvisionnements | 8 | 1 % | 1 683 | 8,5 % |
| Bâtiment – génie civil | 102 | 16 % | 959 | 4,8 % |
| Informatique - télécommunications | 11 | 2 % | 410 | 2 % |
| TOTAL PARTIEL | 209 sur 640 | 33 % | 8 057 M€ | 41 % de 21 Md€ |

Par ailleurs, il y a eu moins d'accords-cadres qu'en 2007 (29 dossiers contre 41 dossiers) et seulement 3 avenants.

H. Répartition selon la durée des marchés

La durée moyenne des marchés est la même qu'en 2007 (3,4 années) et les dossiers reçus en 2008 se répartissent de la manière suivante :

| DURÉE DES MARCHÉS | Nombre de dossiers | Pourcentage | Montant (en M€ HT) | Pourcentage |
|-------------------|--------------------|--------------|--------------------|--------------|
| 8 ans et plus | 23 | 4 | 3 256 | 16 |
| 5 à 7 ans | 98 | 15 | 3 781 | 19 |
| 3 à 4 ans | 294 | 46 | 10 141 | 52 |
| 2 ans et moins | 225 | 35 | 2 611 | 13 |
| TOTAL | 640 | 100 % | 19 789 M€ | 100 % |

Les pourcentages correspondant au nombre de dossiers répartis selon la durée des marchés sont identiques à ceux constatés en 2007. Concernant la répartition en montant, on constate une augmentation des tranches « 8 ans et plus » et « 3 à 4 ans » et une baisse sensible du montant de la tranche « 5 à 7 ans ».

III. LES CONSEILS DE LA CMPE

A. Les marchés publics et la modernisation de la commande publique

a) Définition du besoin et connaissance du contexte concurrentiel

L'obligation de définir la nature et l'étendue du besoin à satisfaire résulte des dispositions de l'article 5 du CMP mais ce n'est pas simplement une exigence juridique. En effet, d'une définition précise du besoin, dépendent l'efficacité économique de l'achat et la bonne utilisation des deniers publics.

La commission y est particulièrement attentive. Certes, elle n'est pas juge de l'opportunité de la dépense, mais elle invite les services à vérifier que l'achat envisagé est en mesure de satisfaire les attentes de l'utilisateur et à se poser, préalablement, les questions suivantes :

- pourquoi ? Les services sont invités à vérifier que les compétences internes sont insuffisantes pour réaliser les prestations ou à s'assurer que celles-ci ou une partie d'entre elles ne sont pas déjà réalisées au titre d'un autre contrat ;
- où ? Le lieu d'exécution n'est pas sans incidence sur les conditions de concurrence ;
- quand ? L'intérêt de l'étalement des commandes dans le temps doit être analysé, surtout s'il s'agit de matériels évolutifs ;
- combien ? Pour les accords-cadres ou les marchés à bons de commande, il est recommandé de fixer un minimum et un maximum à partir de l'état des consommations constatées sur les exercices précédents et des évolutions envisagées pour les exercices futurs afin de ne pas inciter les concurrents à renchérir leurs offres en raison d'une absence d'engagement de la part de l'administration ;
- quel niveau de qualité ? Une bonne définition du besoin permet d'éviter des achats de prestations inutiles ou ayant des caractéristiques techniques inappropriées ;
- selon quelles modalités ? La définition du besoin commande le choix de la procédure de passation du marché et l'architecture contractuelle.

Pour procéder à une définition correcte des besoins, il convient d'identifier les finalités et les objectifs du projet et d'en fixer le périmètre.

S'agissant des marchés de travaux, la définition du besoin se traduit par l'élaboration d'un programme aussi précis et exhaustif que possible. Ainsi, pour le réaménagement d'un musée, la commission a déploré l'absence, dans le dossier qui lui était présenté, d'un projet scientifique et culturel qui seul aurait permis une démarche cohérente d'aménagement.

La commission appelle également l'attention des services acheteurs sur la nécessité d'avoir une bonne connaissance des fournisseurs et du paysage économique concerné par le marché qu'ils s'appêtent à lancer. En effet, préalablement à chaque achat, ils doivent être en mesure d'apprécier le niveau réel de concurrence et la réponse commerciale envisageable.

Les acheteurs disposent de différents moyens pour acquérir cette connaissance : exploitation des résultats des marchés précédents, échanges avec d'autres acheteurs, participation à des salons professionnels, consultation de la presse, des sites internet spécialisés et, si nécessaire, consultation des services de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sur les conditions de concurrence dans le secteur d'activité dans lequel se situe le marché examiné.

Toutefois, la commission constate trop souvent que les acheteurs ont peu de connaissances sur les entreprises susceptibles de se porter candidates. Les renseignements sur l'état de la concurrence, qui doivent figurer dans les notes de présentation accompagnant les dossiers présentés à la CMPE, en témoignent souvent par leur insuffisance.

Or, des conditions dans lesquelles est susceptible de s'exercer la concurrence dépend, pour partie, le mode de dévolution à retenir pour la passation des marchés, notamment les modalités de l'allotissement qui, elles-mêmes, conditionnent l'accès des PME à la commande publique.

b) Allotissement et mesures en faveur des PME

▣ Allotissement

L'article 10 du CMP pose le principe de l'allotissement afin d'ouvrir l'accès le plus large possible à la commande publique, quelle que soit la taille des entreprises. Cette démarche présente des avantages à la fois pour l'acheteur public et pour les opérateurs économiques :

- pour l'acheteur public : l'élargissement de la concurrence à des entreprises compétitives ;
- pour les entreprises : la possibilité de traiter directement avec le client public, dans les conditions qui peuvent s'avérer plus favorables qu'en tant que sous-traitants.

L'allotissement s'impose, sauf si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations, ou encore lorsque le service n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage ou de coordination. L'absence d'allotissement doit être justifiée dans la note de présentation accompagnant le dossier transmis à la CMPE, car elle peut conduire à l'annulation du contrat. En effet le Tribunal administratif de Lyon, dans une ordonnance du 7 avril 2008 (Société Groupe Pizzorno Environnement), a précisé que la dévolution des travaux ne peut se faire sous forme de marché unique que si le pouvoir adjudicateur peut justifier qu'il remplit au moins une des trois conditions dérogatoires mentionnées dans l'article 10 du CMP. Cette obligation reste valable pour les marchés passés selon la procédure adaptée sur le fondement de l'article 30 (cf. Tribunal administratif de Lille 3 juillet 2008 Huglo Lepage).

Le surcoût induit par la gestion de plusieurs marchés, parfois invoqué, n'est pas considéré comme un argument suffisant. Ainsi, pour un marché de carburants dont l'absence d'allotissement était motivée par la gestion administrative et financière centralisée de cartes accréditives, la commission a invité le service à étudier la possibilité d'un allotissement géographique.

De même, pour un marché de maintien en condition opérationnelle de matériels faisant suite à plusieurs marchés et pour lequel le service avait fait valoir qu'un regroupement des contrats permettrait une réduction des coûts pour l'Etat, la commission a considéré qu'aucune information n'était fournie sur le paysage économique et que rien ne prouvait qu'un allotissement ne permettrait pas une meilleure concurrence. Elle a donc recommandé au service de mieux justifier le mode de dévolution choisi.

Concernant un marché de soutien multitechnique et multiservice, la commission a relevé que le regroupement des prestations aura pour effet d'écarter nombre d'entreprises susceptibles de réaliser les prestations au bénéfice d'entreprises spécialisées en « facility management ». Elle a donc recommandé au service de s'assurer que le regroupement des prestations en un marché unique était justifié. Le service a été invité également à veiller à écarter des critères de choix susceptibles, sur ce type de marché, de favoriser l'entreprise qui assure actuellement les prestations et possède donc une très bonne connaissance des bâtiments à maintenir.

▣ Groupements momentanés d'entreprises

Les opérateurs économiques ont la possibilité de se grouper dans les conditions prévues à l'article 51 du CMP afin d'accéder directement à la commande publique, et non en sous-traitance.

Deux formes de groupement sont envisageables : groupement solidaire ou groupement conjoint. Il est conseillé aux services de procéder à une réflexion préalable sur le mode de dévolution choisi. La commission a rappelé que lorsque chacune des entreprises dispose de la technicité requise mais n'a pas la capacité pour répondre à la totalité du marché, elles peuvent former un groupement solidaire. La contrepartie de la solidarité est que chacun des membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché. Il doit donc pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires et pouvoir exécuter ou faire exécuter les prestations au prix fixé dans le marché. La responsabilité de chacun des membres du groupement solidaire pourra ensuite être recherchée au titre des garanties prévues dans le contrat.

Si les prestations sont diversifiées et relèvent de corps d'état différents, nécessitant un savoir-faire particulier, il est préférable de recourir à un groupement conjoint au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations susceptibles de lui être affectées. Dans ce cas le mandataire peut être solidaire de l'ensemble des membres du groupement. Cette condition est essentielle pour les marchés de travaux car la solidarité permet d'assurer au maître de l'ouvrage que, quelle que soit la défaillance de l'un de cotraitants dans l'exécution de ses obligations, le marché sera exécuté.

Le fait de préférer un groupement solidaire peut avoir pour conséquence de décourager les petites et moyennes entreprises, dans la mesure où chaque entreprise est engagée financièrement pour l'ensemble, et de restreindre la concurrence. Il convient donc de s'interroger sur la meilleure formule à retenir en fonction de l'objet du marché et de la possibilité d'identifier divers types de prestations. Il est obligatoire d'indiquer, dans les avis de publicité, la forme de groupement qui sera requise lors de la signature du marché.

c) Externalisation et groupement de commandes

Le souci de réduire les coûts de fonctionnement de l'administration et d'en accroître l'efficacité se traduit, notamment, par la mutualisation des achats et par l'externalisation de certaines activités exercées par l'administration.

■ La mutualisation des achats

Elle a pour but de maîtriser les dépenses en permettant aux entreprises de faire des offres plus intéressantes compte tenu du volume des achats. Les groupements de commandes peuvent être réalisés dans le cadre des articles 7, 8 et 9 du CMP qui concernent respectivement la coordination des achats au sein d'un même pouvoir adjudicateur, les groupements de commande entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs et les centrales d'achat.

▶ Coordination des achats au sein d'un même pouvoir adjudicateur

Les dispositions de l'article 7 du CMP ont été modifiées par le décret n° 2008-206 du 29 février 2008. Celui-ci prévoit que les services qui coordonnent la passation de leurs marchés ou accords-cadres peuvent décider que l'un d'entre eux sera chargé :

- soit de signer et de notifier le marché ou l'accord-cadre, chaque service, pour ce qui le concerne, s'assurant de sa bonne exécution ;
- soit de signer le marché ou l'accord-cadre, de le notifier et de l'exécuter au nom de l'ensemble des services.

Les services qui coordonnent la passation de leurs marchés ou accords-cadres peuvent décider que la commission d'appel d'offres compétente pour les marchés ou les accords-cadres coordonnés est celle du service coordonnateur.

La commission recommande que le rôle du service coordonnateur soit clairement défini avant le lancement de la procédure. Ainsi a-t-elle regretté, lors de l'examen d'un dossier, que les attributions du service coordonnateur n'aient fait l'objet d'aucune instruction ministérielle ni même d'un quelconque échange de lettres entre les ministères concernés.

▶ Groupement de commandes entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs

La mutualisation des commandes entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs s'effectue selon les dispositions de l'article 8 du CMP.

La commission a examiné plusieurs marchés passés par des groupements constitués par des ministères et des établissements publics. Elle a rappelé que ce dispositif de commandes implique la passation d'une convention entre les divers membres dont la liste doit être arrêtée au moment de la constitution du groupement et ne peut être modifiée.

▶ Centrale d'achat

La mutualisation des achats est faite également par l'intermédiaire d'une centrale d'achat. Les acheteurs publics peuvent s'adresser soit directement à l'établissement, soit constituer avec la centrale d'achat un groupement de commandes dans les conditions prévues à l'article 8 du CMP, soit encore conclure un contrat de commandes.

Les marchés passés par la centrale d'achat, soit directement, soit dans le cadre d'un groupement de commandes, soit en vertu d'un contrat de commande conclu entre l'Etat et l'établissement sont soumis à l'ensemble des dispositions du code des marchés publics.

La mutualisation des commandes ne dispense pas chacun des participants de définir avec précision son besoin avant le lancement de la consultation. Ainsi, pour un groupement de commandes de carburants comportant trois lots, la commission a attiré l'attention du service coordonnateur sur la nécessité de répartir les montants minimum et maximum de chaque lot entre les différents ministères habilités à passer les marchés subséquents.

De même, cette démarche ne doit pas aller à l'encontre des dispositions de l'article 10 concernant l'allotissement. Il serait regrettable que la mutualisation de l'achat public ait pour effet de réduire la concurrence et d'empêcher les PME d'accéder à la commande publique.

La mutualisation des achats a été mise en œuvre, notamment, pour des achats de fournitures (micro-ordinateurs, matériels de bureaux, carburants) ou de services (gardiennage, nettoyage de locaux, services de téléphonie) pour lesquels un effet de masse peut être raisonnablement attendu. La commission a pu constater des résultats satisfaisants sur des marchés de nettoyage passés par un département ministériel. Ainsi la conclusion des contrats à l'échelon régional a généré, entre 2005 et 2007, une économie globale de l'ordre de 15 à 25 %. Selon le service, ce gain ne résultait pas seulement de la massification des surfaces mais également de la standardisation du CCTP définissant de façon détaillée les prestations, ainsi que d'une durée ferme de 3 ans.

▣ Externalisation

C'est également le souci de réduire les frais de fonctionnement, de faire face à une diminution des effectifs et d'avoir une meilleure visibilité des dépenses qui conduit à externaliser certaines tâches.

L'externalisation concerne souvent l'entretien et la maintenance d'immeubles, le maintien en condition opérationnelle de matériels militaires, la maintenance de systèmes informatiques ou la fourniture de services divers.

Ainsi le souci de réserver les équipes de l'administration à la réalisation d'un nouveau projet a conduit à externaliser la maintenance d'une application informatique. Pour un marché de billetterie de transport ferroviaire et maritime, le service a fait valoir que ce projet s'inscrivait dans un contexte de rationalisation budgétaire et visait à assurer une meilleure maîtrise des engagements de crédits.

Le recours à l'externalisation pour l'entretien du patrimoine industriel et immobilier d'une base militaire a été justifié par le manque de moyens en personnel pour assurer l'exécution des différentes prestations et le souci d'avoir une vision globale des coûts d'entretien et de maintenance.

L'externalisation est couramment utilisée pour le maintien en condition opérationnelle des matériels militaires ou l'approvisionnement et la gestion des pièces de rechange qui leur sont destinées.

L'ensemble du processus de maintenance (réparations, fourniture des pièces détachées, gestion des stocks) est alors confié à un « maître d'œuvre » unique qui s'engage sur des délais et des conditions de mise à disposition du matériel. L'objectif est de réduire les coûts de réparation et d'approvisionnement, d'améliorer la fiabilité des matériels et d'optimiser le niveau des stocks, avec un engagement des industriels sur la disponibilité des matériels. Ces marchés complexes visent à obtenir des gains de productivité. Ils sont généralement conclus pour une longue durée (de 5 ans à 10 ans). Aussi faut-il que soient appréciées les conséquences du report de la charge budgétaire et que son coût soit en rapport avec les avantages attendus. Les services sont donc invités à s'interroger sur l'intérêt économique de tels marchés par rapport aux marchés classiques, notamment en regard des conditions de concurrence et de l'accès des PME à la commande publique. Il est à noter que, pour les marchés relevant du décret « défense », l'autorité signataire du marché peut introduire dans le cahier des charges des exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants (également appelé « plan d'acquisition ») et vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci sont choisis par le titulaire du marché.

d) Développement durable

▣ Mesures environnementales

La mise en œuvre de la charte de l'environnement de 2004, intégrée depuis lors dans le préambule de la Constitution, s'impose aux acheteurs publics. L'article 6 de la charte prévoit que les politiques publiques doivent contribuer au développement durable et concilier à la fois le développement économique et le progrès social. Dans une lettre du 4 février 2008 adressée au président de la commission, le ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables a rappelé que le Gouvernement a pris l'engagement d'intégrer les objectifs de développement durable dans l'ensemble de ses actions et que le levier de la commande publique doit être systématiquement utilisé pour favoriser le développement de modes de production permettant de répondre à ces objectifs.

Les pouvoirs adjudicateurs sont donc invités à justifier leur choix sur la base d'un calcul économique où le prix du marché est complété par le coût global d'utilisation de la prestation faisant l'objet du marché. A cet effet il est essentiel que le développement durable soit intégré le plus en amont possible, dès la phase de détermination des besoins à satisfaire (cf. article 5 du CMP).

La commission veille à ce que les préoccupations visant à assurer la protection de l'environnement et l'équité sociale soient prises en compte dans les dossiers qu'elle examine et invite les services à utiliser les possibilités offertes par le CMP dans ses articles 6 (spécifications techniques), 14 (conditions d'exécution), 15 (marchés réservés), 45-II (renseignements à fournir par les candidats), 53-I.1 et 53-IV (jugement des offres). Ces préoccupations peuvent être intégrées aux différents stades de la procédure : définition du besoin, sélection des candidats, choix des offres, spécifications techniques.

La prise en compte des préoccupations environnementales au stade de la définition du besoin est particulièrement importante pour les marchés de construction ou d'entretien de bâtiment. Il est essentiel que les objectifs soient clairement fixés dès la phase de programmation et intégrés dans le marché de maîtrise d'œuvre.

Il est possible alors d'arrêter certaines mesures permettant de réaliser des bâtiments répondant aux exigences HQE (Haute Qualité Environnementale) et de déterminer ainsi la durée des produits en adéquation avec la durée souhaitée des bâtiments, garantir une adaptabilité de l'ouvrage dans le temps, étudier la demande énergétique et le recours aux énergies renouvelables, assurer dans les meilleures conditions possibles la gestion et la qualité de l'eau, gérer les déchets et la qualité sanitaire des espaces. C'est ainsi que lors de l'examen d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réhabilitation d'un immeuble, pour lequel le maître d'ouvrage accordait une grande importance à la notion de coût global, la commission a recommandé que le programme de l'opération traduise une plus grande ambition en matière de développement durable que celle qui était proposée, en fixant des objectifs chiffrés et en mettant en place un dispositif d'évaluation desdits objectifs. Elle a également suggéré au représentant du pouvoir adjudicateur de s'entourer d'un assistant à la maîtrise d'ouvrage en matière de HQE.

Les préoccupations environnementales peuvent également intervenir au stade des candidatures. Il est souvent demandé aux entreprises d'indiquer si elles sont certifiées ISO 14 000 ou si elles sont engagées sur une démarche de certification. La commission recommande dans ce cas d'inviter les candidats à décrire dans leur dossier de candidature les moyens mis en œuvre pour assurer une politique de qualité prenant en compte le développement durable ou de produire les certificats ou les documents équivalents idoines, en s'assurant qu'une telle exigence ne limitera pas la concurrence et qu'elle est justifiée par la nature des prestations. Les préoccupations environnementales doivent, en effet, être liées directement à l'objet du marché.

Le plus souvent le développement durable est pris en compte soit dans les critères de jugement des offres (critère généralement valorisé autour de 10%), soit dans les exigences techniques.

Les modalités d'intégration des préoccupations environnementales doivent tenir compte des conditions de concurrence et du niveau d'exigence souhaitée par l'acheteur public. S'il existe une offre importante, il est opportun d'intégrer ces préoccupations dans les spécifications techniques. Si au contraire la concurrence est faible, il est préférable de les intégrer dans les critères de jugement des offres. Si l'acheteur public a des exigences impératives, il doit les indiquer dans le CCTP ; s'il souhaite seulement un niveau de performance environnementale ceci peut se traduire par un critère de jugement des offres, étant observé qu'un tel critère est parfois difficile à apprécier.

Deux exemples peuvent être tirés des marchés de restauration collective.

Pour le premier, le développement durable était pris en compte dans les conditions d'exécution (exigence de produits issus de l'agriculture biologique, tri sélectif des déchets, utilisation de produits répondant aux exigences de l'écolabel concerné). Par ailleurs il était demandé de réserver un poste à des personnes éligibles aux dispositifs d'insertion professionnelle.

Pour l'autre, il l'était au niveau du jugement des offres. Les candidats étaient invités à développer dans leurs offres les points suivants : choix de produits d'entretien respectueux de l'environnement, utilisation de process de cuisson, de nettoyage, d'entretien ou autres permettant de minimiser les consommations de fluides, politique de gestion des emballages et des déchets, utilisation des fournitures en matériaux recyclés ou éco-responsables, politique d'utilisation de produits de saison ou dont le lieu de production est proche du lieu de consommation ou tout autre point que les candidats jugeraient utile en matière de développement durable. La commission a suggéré au service de revoir la présentation de ce critère en le pondérant en sous-critères et d'introduire dans les conditions d'exécution des exigences telles que l'utilisation de produits d'entretien répondant aux exigences de l'écolabel européen, le tri sélectif des déchets, l'utilisation de produits issus de l'agriculture biologique selon une périodicité prévue dans le marché.

De même pour un marché de fourniture de mobilier, il a paru plus opportun d'intégrer dans le CCTP des obligations telles que l'absence d'utilisation de métaux lourds, l'utilisation d'emballages recyclables, la fourniture de pièces détachées pendant une certaine durée, l'origine des bois. Enfin, pour des marchés de maintenance de matériel, la commission a recommandé de spécifier dans les contrats les modalités de traitement et d'évacuation des déchets et de vérifier, au moment du paiement, les pièces justifiant de cette élimination.

Ainsi la commission a souvent conseillé aux acheteurs soucieux de répondre à l'objectif de développement durable d'introduire dans les cahiers des charges l'ensemble des dispositions que les entreprises peuvent respecter sans modifier substantiellement leur manière de travailler. Une telle exigence constitue en effet le véritable moyen de les prendre en compte car lorsque le développement durable fait l'objet d'un critère faiblement pondéré, rien ne garantit que les objectifs puissent être atteints dans le marché.

■ Mesures sociales

La commission a constaté, au vu des dossiers qui lui sont transmis, qu'à la différence des clauses environnementales, les clauses sociales sont encore trop peu usitées dans les marchés publics, et ce, malgré la sensibilisation des acheteurs aux enjeux que représente la commande publique dans la mise en œuvre de politiques liées à l'emploi. Pour les dossiers où il était prévu d'exiger des titulaires de réserver un minimum de postes à des personnes éligibles aux dispositifs d'insertion professionnelle, la commission a recommandé de décrire avec précision dans le marché les modalités de contrôle des dispositions concernant le recours à ces personnes afin d'assurer l'efficacité du dispositif.

Par ailleurs, la commission a appelé l'attention des acheteurs publics sur les mesures concernant la protection de la main-d'œuvre et les conditions de travail, notamment pour des prestations réalisées à l'étranger. Ainsi pour plusieurs marchés de fabrication de vêtements, la commission a recommandé de viser dans le contrat certaines conventions de l'OIT ratifiées par la France en indiquant que les obligations qui s'imposent au titulaire sont celles prévues par les lois et règlements relatifs à la protection de la main d'œuvre et aux conditions de travail du pays où cette main d'œuvre est employée ; elle a observé que les titulaires sont également tenus au respect des huit conventions fondamentales de l'OIT lorsque celles-ci ne sont pas intégrées dans les lois et règlements du pays où cette main-d'œuvre est employée.

Toutefois, dans l'état actuel des textes, seul l'article 14 du CMP constitue une base certaine pour imposer le respect des conventions de l'OIT. Il est donc souhaitable d'introduire ces dispositions dans le cahier des charges. La commission a précisé que ces marchés pourraient aussi stipuler que le titulaire doit, sur simple demande, fournir au pouvoir adjudicateur tous les renseignements sur le processus de production permettant de démontrer que le titulaire s'impose et impose à ses sous-traitants le respect de ces obligations.

e) Nouveaux marchés et marchés spécifiques

▣ Marchés de transport ferroviaire

La loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports prévoyait l'ouverture du fret international à la concurrence à compter du 31 mars 2006. Cette ouverture à la concurrence résulte de la volonté de l'Union européenne de moderniser le fret afin qu'il regagne des parts de marché sur les transports routiers.

Toutes les sociétés françaises ou européennes ayant le statut d'entreprises ferroviaires ont la possibilité d'accéder au réseau ferré national à condition d'obtenir :

- une licence délivrée par le ministère chargé des transports ;
- un certificat de sécurité correspondant à la ligne ferroviaire qu'il souhaite exploiter ;
- un créneau (appelé sillon).

Actuellement seules huit entreprises ferroviaires sont agréées pour circuler sur le réseau ferré national. Mais force est de constater que seule la SNCF est présente.

Ayant à examiner un projet de transport de produits pétroliers sur la partie du réseau ferré de France desservant les dépôts du pouvoir adjudicateur, la commission a observé que, même si le marché était peu concurrentiel - seule la SNCF semblait capable techniquement de répondre aux besoins exprimés par le service - le choix de ce dernier de procéder à un appel d'offres ouvert avec publicité européenne était opportun. En effet, cette publicité pouvait permettre d'informer les opérateurs susceptibles de demander un jour une extension des lignes utilisables. La commission a également conseillé au service de limiter la durée du marché dans la perspective d'une ouverture de celui-ci à la concurrence.

▣ Marchés de transport du courrier

Conformément aux dispositions de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, le marché postal est partiellement ouvert à la concurrence depuis le 1^{er} janvier 2006. Le transport des plis excédant 50 grammes ne relève plus du monopole de la Poste et doit donc être mis en concurrence. Toutefois la concurrence ne peut véritablement jouer que sur la distribution de courriers ne nécessitant pas l'accès aux boîtes aux lettres.

La commission a constaté que le titulaire reste la Poste dans la très grande majorité des cas malgré des allotissements visant à favoriser la concurrence.

Parfois, les pouvoirs adjudicateurs sont contraints de déclarer les appels d'offres infructueux dans la mesure où les candidats n'hésitent pas à modifier les clauses du marché telles que la révision des prix, les pénalités de retard, les délais d'exécution. Le plus souvent, la seule possibilité s'ouvrant aux services reste le contrat avec la Poste, négocié après appel d'offres infructueux ou après appel d'offres n'ayant donné lieu qu'à une seule proposition.

■ **Marchés de prélèvements et d'analyses des eaux**

Il appartient aux préfets de département d'organiser le contrôle sanitaire des eaux. Les prélèvements et analyses sont effectués, après mise en concurrence, par des laboratoires agréés par le ministère chargé de la santé.

En application des articles L.1321-5, L.13332-6 et L.1332-9 du code de la santé publique, les coûts des analyses ne sont pas assumés par le préfet mais par les personnes publiques ou privées responsables de la production et de la distribution de l'eau. Le titulaire du marché doit donc recouvrer les sommes relatives aux prestations auprès de la personne publique ou privée responsable.

La commission s'est particulièrement interrogée sur les obligations respectives du représentant de l'Etat et des personnes chargées du paiement des prestations ainsi que sur le contenu du contrat en matière de paiement.

B. Recherche de l'efficacité économique

a) Définition de l'objet du marché

La définition de l'objet du marché se traduit par des spécifications techniques dans les conditions prévues à l'article 6 du CMP. Le pouvoir adjudicateur détermine les prestations à réaliser soit en définissant de façon précise des exigences fermes, soit en fixant un niveau de performances à atteindre.

L'acheteur public doit veiller à ce que ces exigences ne soient pas surdimensionnées par rapport à son besoin et aux entreprises susceptibles de les réaliser. Par ailleurs, la qualité et la précision du cahier des charges sont essentielles à une bonne compréhension de la part des candidats potentiels et à l'exercice de la concurrence.

La définition des spécifications techniques n'exclut pas de prévoir des variantes, laissées à l'initiative des candidats, à condition que les dispositions de l'article 50 soient respectées et que les exigences minimales soient fixées dans les documents de la consultation, exigences minimales qui ne peuvent être traduites seulement par des orientations générales. L'ouverture des variantes doit permettre d'obtenir des propositions financières plus intéressantes ou des propositions techniques plus performantes, notamment en matière d'innovation ou de développement durable. Cette possibilité ne doit donc pas être négligée.

La commission est plus réservée sur l'introduction, à la demande du pouvoir adjudicateur, de prestations complémentaires, communément appelées options, non prévues explicitement par le code. La commission considère toutefois qu'en matière de travaux, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de proposer des offres pour des prestations complémentaires ou alternatives, par rapport à la solution de base, sous réserve que ces prestations soient de faible montant et prises en compte dans le jugement des offres.

Les prestations doivent être, en règle générale, entièrement définies avant le lancement de la consultation. C'est la raison pour laquelle la commission est attentive aux postes « provisions » figurant dans certains marchés, destinés à couvrir des prestations imprévisibles. Les provisions sont expressément admises par l'article 12 du décret « défense » sous réserve que les conditions des prix soient fixées dans l'acte d'engagement, qu'elles soient justifiées et qu'elles ne dépassent pas 15% du montant total du marché. La commission les déconseille pour les marchés relevant du CMP, dans la mesure où aucun texte réglementaire ne les prévoit. Elle recommande, de préférence, d'insérer dans les contrats des postes à bons de commande sur bordereaux de prix pour les prestations que le pouvoir adjudicateur n'est pas certain de commander.

S'agissant des marchés à bons de commande de prestations de service, la commission a rappelé à de nombreuses reprises la nécessité de définir, de manière aussi précise que possible, des unités d'œuvre afin de permettre aux candidats de donner des prix, sans qu'il soit nécessaire de demander de devis préalablement à la commande. En effet, il n'appartient pas aux candidats de définir eux-mêmes les prestations qu'ils proposent. Ainsi, pour un marché de service d'agences de voyages, la commission a recommandé au pouvoir adjudicateur de procéder à une analyse très précise de ses besoins à partir des informations tirées du marché précédent de manière à indiquer toutes les prestations demandées aux candidats et de supprimer dans l'ensemble des documents de la consultation toutes les dispositions les invitant clairement à proposer des services non décrits dans le CCTP.

Concernant les prestations donnant lieu à l'établissement d'un catalogue par les fournisseurs potentiels, il est rappelé que *« l'acheteur doit préciser de manière suffisamment complète et compréhensible pour les candidats potentiels, les fournitures faisant l'objet du marché et ne pas se contenter de renvoyer globalement aux catalogues des fournisseurs... Tout au plus pourrait-il être fait référence à certaines rubriques ou certaines subdivisions du catalogue lorsque celles-ci s'ajustent bien à la demande formulée par l'acheteur public dans son dossier de consultation »* (Réponse ministérielle n° 12718 du 18 avril 2008). Ainsi, pour un marché de fournitures de pièces de rechange nécessaires à l'entretien de véhicules d'une marque déterminée, la commission a recommandé d'établir, sur la base des commandes faites dans l'année écoulée, un bordereau de prix comportant la liste des fournitures commandées annuellement par le service, d'en indiquer les quantités prévisionnelles en demandant aux entreprises de mentionner le prix catalogue et la remise sur ce prix. Alors seulement les propositions des différents candidats pourraient être comparées dans des conditions de stricte égalité. Elle a observé qu'il est possible également de prévoir des prix dégressifs en fonction du nombre de commandes.

b) Forme des contrats

La forme retenue pour l'établissement des contrats n'est pas étrangère à la remise d'offres économiquement avantageuses.

▣ Accords-cadres

Ces contrats ont pour objet de définir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée (4 ans maximum sauf dans des cas dûment justifiés par leur objet ou par des investissements amortissables sur une durée supérieure).

Ils peuvent être conclus avec un seul ou plusieurs titulaires, avec ou sans maximum.

Les marchés subséquents passés en application d'un accord-cadre précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre, étant observé qu'il ne peut être apporté de modifications substantielles aux termes fixés par l'accord-cadre.

Outre la planification des achats, l'accord-cadre présente de multiples avantages :

- ✓ un acheteur peut effectuer des achats à caractère répétitif en organisant une seule procédure complète de mise en concurrence des fournisseurs potentiels ;
- ✓ plusieurs acheteurs ayant des besoins similaires peuvent se grouper pour désigner, au terme d'une procédure unique, un ou plusieurs fournisseurs tout en conservant leur autonomie lors de l'attribution et du suivi de l'exécution des marchés proprement dits. Les acheteurs peuvent ainsi réduire fortement le coût de leurs procédures d'achat, obtenir des prix plus intéressants grâce à l'effet-volume ;
- ✓ la conclusion d'un accord-cadre permet par sa souplesse une forte réactivité. Un pouvoir adjudicateur peut notamment conclure un marché dans un délai très court lorsque des besoins ont un caractère aléatoire mais que leur nature est connue (réparations, matériels pour faire face à des catastrophes naturelles...) ;
- ✓ il permet de mieux prendre en compte les évolutions technologiques affectant les produits ou les services concernés ;
- ✓ il induit un comportement économique sain dans la mesure où, dans certains cas, il repose sur une remise en concurrence à chaque apparition du besoin.

Au cours de l'année 2008 la CMPE a examiné 29 dossiers d'accords-cadres. Il s'agissait principalement d'achats de prestations informatiques, de fournitures ou de services pour lesquels cette forme de contrat était adaptée.

Concernant les travaux de bâtiment et de génie civil, ils ne sont envisageables que pour des prestations répétitives bien identifiées, ce qui est exceptionnel. La commission a toutefois été saisie d'un projet d'accord-cadre pour la construction d'une centaine de bâtiments standard pour les besoins des armées dont la conception sera assurée de façon unique et centralisée, les études spécifiques au plan local étant limitées aux adaptations liées, notamment, à la nature du terrain d'implantation.

Ce choix du service avait pour objectif d'apporter de la souplesse et de la réactivité dans le processus d'achat et de répondre à un souci de gains économiques, de déconcentration des commandes et de gestion des incertitudes sur les quantités à commander. La commission a considéré que le dossier répondait dans son ensemble à ses recommandations pour ce type de marché, notamment en ce qui concerne l'adaptation des dispositions de l'accord-cadre lors de la passation des marchés subséquents. Par ailleurs elle a constaté que cet accord-cadre concernait uniquement la construction de bâtiments et ne comportait aucune prestation de conception.

Plus généralement les accords-cadres ont suscité un certain nombre d'observations portant sur :

- les modalités de la procédure d'attribution et les participants à l'accord-cadre ;
- le contenu des accords-cadres et des marchés subséquents ;
- la durée.

L'article 76 du CMP dispose que les accords-cadres sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues dans ce code. Ainsi pour un accord-cadre attribué après un appel d'offres ouvert, la commission a rappelé que les dispositions de l'article 45 du code concernant la sélection des candidatures et celles de l'article 53 concernant le choix des offres s'appliquent à cette procédure.

L'accord-cadre ne peut en aucun cas être assimilé à un système de référencement et constitue un système « fermé ». Tel que défini dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et dans le code des marchés publics il s'agit d'un contrat passé entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs désignés dans l'accord-cadre et des opérateurs économiques.

Les marchés fondés sur un accord-cadre sont conclus entre ces mêmes contractants. Un accord-cadre qui ne mentionne pas les pouvoirs adjudicateurs susceptibles de passer des marchés subséquents n'est donc pas acceptable. La commission observe en effet que l'accord-cadre est destiné à permettre une relation économique exclusive entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques attributaires, le service ne pouvant consulter que les entreprises titulaires de l'accord-cadre, et celles-ci s'engageant à répondre à toutes les consultations lancées dans ce cadre.

L'accord-cadre ne peut être utilisé pour choisir des candidats si le service n'a pas achevé la phase de détermination des besoins telle que prévue à l'article 5 du CMP. La commission a constaté que, dans ce cas, il n'est pas possible pour les acheteurs d'élaborer un accord-cadre permettant aux candidats de transmettre une offre car celle-ci serait susceptible d'être substantiellement modifiée lors de la passation des marchés subséquents.

La sélection des offres doit donc permettre au service de ne retenir que les offres techniques et financières qui répondent à ses besoins. Cette étape paraît indispensable pour préserver les intérêts de l'acheteur. En outre, il est recommandé de prévoir expressément dans les accords-cadres l'engagement des titulaires à répondre aux marchés subséquents et de préciser les modalités des sanctions applicables en cas de non respect de ces obligations.

S'agissant de la conclusion des marchés subséquents, l'article 76 du CMP indique qu'ils sont passés soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité annoncée dans l'accord-cadre. La commission a précisé qu'il convenait de choisir l'une ou l'autre des possibilités. Lorsqu'ils donnent lieu à remise en compétition, les modalités et les critères de jugement des offres doivent être prévus dans l'accord-cadre. Ils ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui ont prévalu lors du choix des titulaires de l'accord-cadre. Ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'un accord-cadre dispose que les marchés subséquents soient attribués sur la base de critères spécifiques permettant notamment de privilégier le critère délai, s'il est nécessaire de répondre à une situation d'urgence.

Ces marchés peuvent être soit des marchés ordinaires à quantité fixe, soit des marchés à tranches conditionnelles (dans la mesure où le contenu des tranches est porté à la connaissance des titulaires), soit encore des marchés à bons de commande.

La commission a rappelé aux services la nécessité de veiller avec soin, lors de la rédaction des documents contractuels, à l'articulation entre les clauses de l'accord-cadre et celles des marchés subséquents. Ainsi les CCAG ne doivent pas être mentionnés dans les pièces constitutives d'un accord-cadre car ils ne s'appliquent qu'aux marchés. De même, il est inutile de prévoir dans l'accord-cadre un article relatif aux modalités de règlement dans la mesure où aucun paiement n'est effectué au titre de l'accord-cadre. Les dispositions concernant le nantissement ou la cession de créance doivent également figurer dans les marchés subséquents et non dans l'accord-cadre surtout si celui-ci est conclu sans minimum ni maximum, ce qui est fréquemment le cas.

Concernant la durée respective des accords-cadres et des marchés subséquents, la commission considère que l'exécution des marchés subséquents peut dépasser, dans certains cas, la durée de validité de l'accord-cadre. Il convient de veiller toutefois que de telles pratiques ne remettent pas en cause des conditions de saine concurrence.

▣ **Marchés à bons de commande**

Lorsque qu'il est impossible de déterminer avec certitude l'étendue du besoin l'acheteur public peut recourir aux marchés à bons de commande conclus, selon les cas, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Selon les termes de l'article 77 du CMP (dans sa version de 2006) ces marchés peuvent prévoir un minimum et un maximum ou être conclus sans minimum ni maximum. Se référant à un ordonnance du 6 mars 2008 – Tribunal administratif de Melun – Affaire UGAP/Société BRESCIA, la commission avait précisé que, si un marché à bons de commande devait avoir un montant minimum, il convenait également de prévoir un montant maximum.

Cette jurisprudence n'a pas été confirmée par le conseil d'Etat qui a jugé que l'article 77 du CMP ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur prévoit un minimum en valeur ou en quantité sans fixer de maximum et inversement (CE n° 04499 du 24 octobre 2008 UGAP). Le problème juridique est désormais résolu par la modification apportée à l'article 77 par le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 qui stipule que le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore de conclure un marché sans minimum ni maximum.

Ces nouvelles dispositions, qui sont susceptibles d'accroître l'incertitude qui affecte les marchés à bons de commande, ne dispensent pas l'acheteur public d'évaluer au plus juste son besoin. L'absence d'engagement de l'administration ne peut que conduire les opérateurs économiques à majorer leurs prix. Or, la commission a constaté un nombre croissant de dossiers ne comportant pas de minimum sans que les services soient en mesure de justifier cette absence. Elle a donc régulièrement recommandé de prévoir dans les marchés à bons de commande un minimum et un maximum réalistes, la réduction de la marge d'incertitude permettant de maîtriser la dépense et de rendre l'achat efficace.

Comme pour les accords-cadres, la durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Si la durée est supérieure, le service doit être en mesure d'estimer le temps d'amortissement nécessaire aux prestations objet du marché. Ayant à examiner un marché de maintenance d'applications informatiques d'une durée initiale de deux ans, reconductible dans la limite de 5 ans, la commission a considéré qu'il serait difficile en cas de contentieux de démontrer que l'exécution du marché nécessite des investissements amortissables sur plus de quatre ans, dès lors que le titulaire n'a aucune garantie de poursuivre l'exécution des prestations au-delà de deux ans. Elle a donc recommandé au service, soit de passer un marché pour une durée globale de quatre ans, soit, sous réserve de justifier de la nécessité d'investissements amortissables sur une période supérieure à quatre ans, et seulement dans cette hypothèse, d'envisager un marché de cinq ans.

A la différence des accords-cadres, en cas de multi-attribution, les bons de commande ne donnent pas lieu à remise en concurrence. Ils sont répartis entre les titulaires selon des règles fixées au marché. Par ailleurs, l'émission des bons de commande doit se faire sur la base des prix figurant au marché, sans aucune démarche s'apparentant à une négociation entre le titulaire et le service acheteur, et donc donner lieu à un devis, et sans qu'il soit possible d'apporter de modifications, même minimales, aux caractéristiques des prestations fixées dans le marché.

■ **Marchés à tranches conditionnelles**

Lorsque pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme et l'étendue des besoins ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché à tranches conditionnelles.

Ce type de marché permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'ensemble de l'opération. La personne publique est ainsi engagée sur la tranche ferme, le fournisseur sur l'ensemble du marché. Cet engagement peut être limité dans le temps s'il est expressément prévu un délai pour l'affermissement des tranches.

Se pose alors la question de l'indemnité d'attente ou de dédit. Le versement ou non d'une indemnité d'attente ou de dédit doit tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché.

Ainsi pour un marché négocié de longue durée, la commission a observé que le fractionnement annuel et l'absence d'indemnités en cas de non affermissement d'une des tranches conditionnelles n'étaient pas de nature à favoriser une économie optimale des deniers publics. Elle a recommandé à l'autorité compétente d'allouer à cette affaire un niveau de financement permettant un engagement sur une durée suffisante pour obtenir de l'industriel, lors de la négociation, des économies significatives.

Il convient d'éviter que le découpage en tranches arrêté lors de la consultation soit modifié en cours de procédure. Toute modification, même s'il s'agit d'une négociation, et si tous les concurrents en sont informés, pourrait être considérée comme une modification substantielle des conditions d'exécution du marché.

c) Critères de jugement des offres

Le code des marchés publics pose comme principe le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Celui-ci se fonde sur un ou plusieurs critères.

L'obligation de les pondérer répond au besoin de transparence mais doit permettre également de préciser les attentes de l'acheteur public qui peut être soucieux soit de privilégier le prix des prestations à réaliser, soit leur qualité. La liste des critères n'est pas limitative mais les plus couramment utilisés sont, outre le prix et la valeur technique, les performances en matière d'environnement, le coût global d'utilisation, le caractère esthétique, le délai d'exécution. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché, objectifs, opérationnels et non discriminatoires. L'importance donnée à chacun d'entre eux dépend de la nature du marché, des circonstances de l'achat et des priorités de l'acheteur public. Elle doit donc être appréciée au cas par cas.

La commission a souvent constaté que les services multiplient le nombre de critères ou sous-critères autres que le prix. Une telle démarche conduit à leur accorder un poids considérable qui n'est pas nécessairement justifié par les caractéristiques de l'achat. De plus, elle laisse souvent à l'acheteur une liberté trop large pour le jugement des offres. Par ailleurs, la commission a constaté que dans de nombreux cas les critères choisis ont pour effet de faire compléter les conditions contractuelles d'exécution par les propositions des entreprises sur des éléments qui pourraient de manière plus efficace être décrits dans le cahier des charges.

Pour s'assurer que le poids donné à chacun des critères est justifié, la commission recommande de procéder à une simulation des résultats qui peut être obtenue après pondération et avec le procédé de notation qui sera utilisé, afin de vérifier si le nombre de critères, la pondération de chacun et la méthode de notation ne lui font pas courir le risque de devoir choisir une offre qui ne correspondrait pas à ses attentes. Une telle démarche permet à l'acheteur de s'assurer que l'offre retenue est économiquement la plus avantageuse.

■ Critère prix

Le poids donné au critère prix ne doit pas être sous-estimé. La commission le rappelle régulièrement. Il devrait être prépondérant pour les produits de consommation courante, ceux dont les caractéristiques sont plus ou moins standard, ou lorsque les prestations sont suffisamment définies dans le cahier des charges. Ainsi, pour un accord-cadre concernant l'achat de cartouches dont les spécifications techniques étaient clairement établies, la commission a observé que le poids donné au critère prix (30 %) était trop faible. Le prix peut être dans certains cas l'unique critère de sélection. Il en est ainsi pour les produits pétroliers.

▣ Critère valeur technique

L'importance donnée à la valeur technique doit tenir compte de la nature et de la complexité des prestations à réaliser. Il faut donc veiller à ne pas la surévaluer pour ne pas se trouver dans l'obligation d'accepter les offres inutilement coûteuses par rapport au besoin exprimé. Le poids donné au critère valeur technique doit pouvoir être justifié par le fait que l'offre retenue est avantageuse en raison de sa qualité, même si elle est plus chère.

▣ Délai d'exécution

Le délai est généralement fixé dans les documents de la consultation. Un tel critère n'est opportun que si le service acheteur peut tirer avantage d'un temps de réalisation plus court que le minimum nécessaire et si cet avantage peut être apprécié. En outre, l'introduction d'un tel critère devrait conduire l'acheteur à prévoir dans le CCAP des pénalités susceptibles de dissuader le titulaire de ne pas respecter le délai sur lequel il s'est engagé et qui a pu lui permettre d'obtenir le marché, même à un coût plus élevé que ses concurrents. Dans le cas d'un dossier concernant une opération d'infrastructure, la commission s'est interrogée sur la manière dont le service se protégerait contre des propositions de délais manifestement trop réduits. Le service a indiqué qu'il tiendrait compte de cette observation et qu'il introduirait dans les modalités de jugement de ce critère un dispositif visant à exclure les offres présentant ce risque.

▣ Critère environnemental

L'introduction d'un critère environnemental doit tenir compte de l'état de la concurrence. Si un nombre suffisant d'entreprises est susceptible de répondre, il est préférable d'introduire ces préoccupations dans les spécifications techniques, ce qui permet de les prendre véritablement en compte. Par ailleurs, un critère de développement durable faiblement pondéré ne garantit pas que les objectifs souhaités soient atteints.

d) Conditions financières

Une offre économiquement avantageuse dépend non seulement des conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence ou de l'efficacité d'une négociation mais également de la forme du prix retenu, des conditions dans lesquelles il évolue sur la durée du marché, ainsi que des modalités de règlement du contrat.

▣ Etablissement du prix

Une concurrence efficace résulte d'une bonne définition de la prestation à réaliser, de la connaissance du paysage économique concerné et d'un nombre approprié de candidats admis à soumissionner. En outre, pour apprécier les résultats à leur juste mesure, il est indispensable que le pouvoir adjudicateur ait une idée précise du prix des prestations analogues à celles du marché en cause. En l'absence de concurrence, et lorsque les marchés ont pour objet des prestations très spécifiques, il est recommandé de procéder à des analyses de prix et de prévoir des contrôles de coût de revient.

▣ **Forme des prix**

Les marchés sont généralement conclus à prix définitif. Toutefois, certains marchés peuvent être passés à prix provisoires dans les conditions prévues à l'article 19 du CMP. Il s'agit principalement des marchés de maîtrise d'œuvre relevant du décret n°93-1228 du 29 novembre 1993. Peuvent également être conclus à prix provisoire les marchés relevant du décret « défense » lorsque les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter ne sont pas connus au moment de la négociation.

La commission a rappelé que les taux horaires ou les taux journaliers rémunérant des prestations au temps passé ne sauraient à eux seuls constituer un prix.

▣ **Appréciation du prix à coût global**

Dans de nombreux cas le prix d'acquisition d'une prestation ne constitue pas un critère suffisant d'appréciation, en particulier lorsqu'il s'agit d'un ouvrage, d'un équipement ou d'un matériel pour lesquels viendront s'ajouter des frais d'utilisation (entretien, pièces de rechanges, consommation d'énergie). Les pouvoirs adjudicateurs sont donc invités à effectuer un calcul économique prenant en compte le coût global d'utilisation de l'objet du marché avant d'effectuer leur choix (cf. la lettre du ministre de l'écologie du 4 février 2008).

Concernant les procédures d'attribution de marchés de maîtrise d'œuvre de bâtiment, la commission a recommandé, lorsque ce n'était pas le cas, que les critères d'évaluation comprennent une estimation du coût global des bâtiments à réaliser.

▣ **Clauses de variation**

Les conditions d'évolution des prix sont une des préoccupations constantes de la commission car un prix économiquement avantageux ne se mesure pas seulement au prix constaté à l'ouverture des offres mais également au vu des conditions dans lesquelles il est susceptible d'évoluer dans le temps. Ces conditions sont fixées par l'article 18 du CMP qui prévoit :

- des prix fermes, le cas échéant actualisables. L'actualisation est obligatoire pour les fournitures ou service autres que courants dès lors que le début d'exécution des prestations est postérieur de plus de 3 mois à la date d'établissement des prix. Elle est facultative pour les prestations et services courants ;
- des prix révisibles en fonction d'une référence d'ajustement ou par application d'une formule paramétrique représentative du prix de la prestation.

Les prix révisibles en fonction d'une formule d'ajustement sont appropriés :

- aux fournitures courantes dont les prix sont susceptibles de varier de façon importante pendant la durée du marché ;
- aux prestations qui font l'objet d'une livraison échelonnée sur une assez longue période.

La formule d'ajustement peut se faire, soit sur la base d'indices représentatifs de la prestation, soit sur des tarifs ou barèmes applicables à l'ensemble de la clientèle. Dans ce dernier cas il est prudent de prévoir une clause butoir limitant les conséquences d'une hausse excessive des prix ou une clause de sauvegarde permettant la résiliation du marché. Ainsi, pour un marché de carburants et de fioul domestique, qui prévoyait la mise en œuvre d'une clause butoir lorsque le nouveau tarif du titulaire était supérieur de plus de 5 % aux prix du précédent tarif, la commission a considéré que cette formule n'était pas pertinente dans la mesure où le prix des carburants est susceptible d'évolution rapide et importante. Elle a donc suggéré de choisir plutôt un indice statistique relatif à la prestation (indice INSEE du prix des carburants par exemple).

L'utilisation d'une formule paramétrique de révision est préférable lorsqu'il s'agit :

- de produits industriels faisant l'objet de spécifications fixées par l'acheteur ;
- de prestations de services non courants (marchés d'études, par exemple) ;
- de marchés de bâtiment et de génie civil.

Concernant le contenu de la formule de révision, la commission a rappelé l'utilité de prévoir une partie fixe, même si celle-ci n'est plus obligatoire au regard des dispositions du CMP, afin de prendre en compte les éléments invariants dans le coût de la prestation ainsi que les gains de productivité. Le pourcentage affecté à la partie fixe, souvent jugé insuffisant par la commission, doit être apprécié au cas par cas.

Dans le cas des marchés de bâtiment et de génie civil, l'article 18 V du CMP prévoit que « *les marchés de travaux d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant une référence aux indices officiels de fixation de ces cours* ». ⁽¹⁾

Les indices retenus doivent être représentatifs de la prestation à réaliser. La commission a donc recommandé, pour un marché de prestations d'analyse des eaux, d'utiliser dans la formule de révision un index relatif aux prestations d'études plutôt que l'index BT 01 inapproprié au cas d'espèce. De même pour un marché de construction d'un immeuble pour lequel il était prévu de réviser les prix de l'ensemble des corps d'état en appliquant l'évolution de l'index BT 01, la commission a considéré que ce choix n'était pas pertinent. De nombreuses circulaires ministérielles ont rappelé aux acheteurs qu'il n'était pas souhaitable de se référer à cet index pour la gestion d'un marché. En effet, la valeur de cet index correspond à la moyenne de l'évolution des autres index et ne reflète en aucune manière les évolutions rencontrées, en particulier pour les lots comportant, pour une part importante, des produits dont le coût varie de façon erratique.

En outre, dans le cas d'un groupement conjoint, les titulaires de corps d'état soumis à de fortes évolutions des prix des matériaux se trouveraient pénalisés. La commission recommande de fixer, à tout le moins, un index spécifique pour chaque corps d'Etat.

⁽¹⁾ Cette disposition a été étendue à l'ensemble des marchés d'une durée supérieure à trois mois par le décret n° 2008-1355.

Quoiqu'il en soit, il est souhaitable qu'une formule de variation ne soit pas inutilement complexe et que les modalités de lecture des indices soient précises. Ainsi, pour un marché à bons de commande, la commission a considéré qu'il était inopportun de prévoir une révision à l'émission de chaque bon de commande, une révision annuelle paraissant plus appropriée.

Concernant la lecture des indices, la commission a précisé qu'elle doit être faite par rapport à la date d'établissement du prix du marché. Elle a donc observé qu'un décalage dans la lecture des index n'est pas conforme aux dispositions de l'article 18.IV du CMP et a recommandé au service de s'en tenir aux dispositions habituelles même si celles-ci nécessitent de prévoir une révision provisoire.

▣ Modalités de règlement

Le régime financier des marchés est fixé par les articles 86 à 111 du CMP.

Les principales remarques ont porté sur le versement des avances et des acomptes, ces modalités de règlement n'étant pas sans incidence sur le niveau des prix susceptible d'être proposés par les entreprises.

Une avance doit être accordée dès lors que le montant du marché est supérieur à 50 000 € HT et sa durée supérieure à deux mois. Ces dispositions s'appliquent à tous les marchés sauf si le titulaire y renonce formellement. Elles sont généralement destinées au financement d'acquisitions destinées à la réalisation des marchés. Le montant de l'avance, fixé au minimum à 5 % du montant du marché peut être modulé en fonction des besoins et dans la limite de 30% ; au-delà, l'article 87.III du CMP impose de demander une garantie à première demande et fixée dans le marché ⁽¹⁾. La commission appelle souvent l'attention des services sur les risques financiers encourus en cas de défaillance éventuelle du titulaire du marché lorsque l'avance n'est pas couverte par une garantie à première demande et que la pérennité des entreprises n'est pas assurée.

Consultée sur les conditions d'établissement d'une avance, pour les marchés à tranches exécutés pour partie sous forme de bons de commande, la commission a indiqué que le montant de l'avance est calculé dans les conditions prévues aux articles 87.II.1 pour la tranche ferme et 87.II.3 pour les marchés à bons de commande. Dans ce cadre, une avance est ainsi accordée au titulaire du marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affirmée est supérieur à 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Il est également prévu dans le cas d'un marché à bons de commandes ne comportant ni minimum ni maximum, le versement d'une avance pour chaque bon de commande dépassant 50 000 € HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois. Cette disposition est applicable aux prestations concernant les tranches conditionnelles lorsque celles-ci sont réalisées par bons de commande.

Concernant le versement des acomptes, la commission a rappelé que la périodicité devait être indiquée dans le marché. Elle est fixée au maximum à trois mois. S'agissant des marchés conclus avec les PME, cette périodicité est ramenée obligatoirement à un mois pour les marchés de travaux ; elle peut également être d'un mois pour les marchés de fournitures et de services à la demande des PME intéressées.

⁽¹⁾ Ces dispositions sont modifiées par l'article 43 du décret 2008-1355 du 19 décembre et par la circulaire du Premier Ministre du 19 décembre 2008

Concernant les marchés à prix révisables, la commission a rappelé les dispositions de l'article 94 du CMP. Dans ce cas, le montant de chaque acompte doit inclure la révision du prix. Lorsque la valeur finale des références utilisées pour effectuer cette révision n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, le pouvoir adjudicateur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues. Le paiement calculé sur la base des valeurs finales doit intervenir au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs.

Enfin la commission a veillé à la prise en compte des dispositions du décret n° 2008-407 du 28 avril 2008 modifiant les délais de paiement (ramenés de 45 à 30 jours) et les modalités de calcul des intérêts moratoires. A cet effet elle a recommandé de prévoir dans les CCAP des dispositions claires permettant d'établir avec certitude les points de départ de ces délais et, le cas échéant, le droit à paiement d'intérêts moratoires.

e) Durée des marchés

La durée des marchés n'est pas limitée par le CMP mais doit tenir compte des caractéristiques des produits et services achetés, de l'état de la concurrence et de l'évolution des prix dans le secteur considéré. Une durée trop longue, lorsque les prix sont volatils, peut inciter les concurrents, pour se « couvrir » à proposer des prix trop élevés. En revanche, des délais trop courts pour un marché nécessitant des investissements importants peuvent décourager les concurrents potentiels de remettre une offre.

Ainsi, à l'occasion de l'examen d'un projet de marché de denrées alimentaires, la commission a noté qu'une consultation avait été déclarée infructueuse en raison d'une augmentation très importante des prix par rapport au marché antérieur, le service attribuant cette augmentation à l'obligation, pour les candidats, de s'engager sur une durée de quatre ans. La consultation suivante ayant été lancée sur la base d'un marché de neuf mois reconductible trois fois, la commission a émis des doutes sur l'efficacité de la concurrence dans la mesure où cette durée lui paraissait encore très longue compte tenu de la nature des prestations à réaliser.

C. Sécurité juridique des contrats

La sécurité juridique des marchés résulte du choix d'une procédure appropriée, correctement conduite, ainsi que de la qualité et de la précision des documents contractuels.

a) Choix de la procédure

Les procédures d'attribution des marchés sont encadrées par la réglementation nationale et européenne mais il appartient au pouvoir adjudicateur d'effectuer le choix le plus pertinent et de le justifier. Ces justifications sont généralement données dans les notes de présentation ou présentées en séance et, si elles suscitent des éclaircissements, elles ne sont pas souvent remises en cause.

▣ Appel d'offres

Le recours à l'appel d'offres s'impose lorsque l'objet du marché peut être suffisamment défini, permettant ainsi aux candidats de remettre une offre intangible, sauf mises au point de détails, les articles 59 et 64 du CMP permettant seulement de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. Le choix de cette procédure ne suscite généralement pas d'observations. L'appel d'offres ouvert est la procédure la plus largement utilisée. L'appel d'offre restreint est assez peu usité et n'a d'intérêt que si le nombre de candidats est important ou si les prestations à réaliser sont complexes.

▣ Procédures adaptées de l'article 30

Elles sont utilisées, notamment, pour les marchés de prestations d'agences de voyage. Plus souples que l'appel d'offres, elles doivent néanmoins répondre aux exigences de transparence et d'égalité de traitement des concurrents telles que définies à l'article 1^{er} du CMP.

Il convient donc de procéder, avant toute conclusion de marché, à une publicité suffisante ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 7 octobre 2005 - Région Nord Pas-de-Calais : *« Si la personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriée aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle »*.

La publicité au JOUE n'est pas obligatoire. La procédure adaptée n'est d'ailleurs pas mentionnée dans le formulaire européen d'avis d'appel public à la concurrence. Néanmoins, si le service juge utile de procéder à une publicité européenne, il peut être envisagé de renseigner la rubrique « procédure négociée » et de préciser dans la rubrique « autres observations » qu'il s'agit d'une procédure adaptée relevant de l'article 30.

▣ Marchés négociés

Une attention particulière est portée aux marchés négociés, avec ou sans mise en concurrence, en raison de leur caractère dérogoire. La commission veille donc à ce qu'ils soient utilisés à bon escient et dans les conditions prévues par l'article 35 du CMP, pour les pouvoirs adjudicateurs, par l'article 144 pour les entités adjudicatrices, ou encore dans les cas prévus par le décret relatif aux marchés passés pour les besoins de la défense.

Ces marchés peuvent être conclus avec ou sans mise en concurrence dans les cas prévus à l'article 35 du CMP.

Les modalités d'attribution sont précisées aux articles 65 et 66 du CMP. La commission veille à ce qu'elles soient respectées afin d'assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats. Elle recommande notamment aux services d'assurer la traçabilité de la négociation par des échanges écrits et d'en rappeler le contenu dans le rapport de présentation.

➤ **Marchés négociés avec publicité et mise concurrence**

Les cas les plus fréquemment rencontrés sont ceux visés à l'article 35-I-1 (absence d'offres pouvant être retenues), 35-I-2 (marchés de services) du CMP.

Pour les marchés visés à l'article 35-I-1, marchés ayant donné lieu à des offres inacceptables ou irrégulières, la commission a observé que le recours au marché négocié n'est possible que si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées. Peuvent être considérées comme substantielles les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, susceptibles de modifier les conditions initiales du marché sur la base desquelles a joué la concurrence. Quoiqu'il en soit le caractère non substantiel des modifications doit pouvoir être justifié.

Il en est de même lorsque le recours au marché négocié concerne des marchés de services dont les spécifications sont délicates à établir. Concernant les marchés de maîtrise d'œuvre, notamment, la commission a rappelé que la procédure normale est, soit le concours, soit, s'agissant de travaux de réhabilitation, l'appel d'offres. Ainsi pour un marché de maîtrise d'œuvre concernant la réhabilitation d'un immeuble, la commission a observé que le rapport de présentation ne justifiait nullement le recours au marché négocié. Le service a tenu compte de cette observation et a donc décidé de recourir à l'appel d'offres restreint.

➤ **Marchés négociés sans mise en concurrence**

La plupart des dossiers concerne des marchés négociés sans mise en concurrence pour des motifs d'ordre technique, artistique ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (article 35-II-8 du CMP). Il s'agit là d'une procédure exceptionnelle, très encadrée, et pour laquelle la commission a souligné qu'elle est susceptible d'engendrer des contentieux dès lors qu'elle ne répond pas strictement aux conditions du code et de la directive européenne, (cf. l'arrêt de la CJCE du 14 septembre 2004 Italie dans lequel il est indiqué, que lorsque des raisons techniques sont invoquées, elles doivent être démontrées ; cf. également la décision du Conseil d'Etat du 13 juillet 2007 - Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence/Préfet des Bouches-du-Rhône - qui considère que le pouvoir adjudicateur n'a pas établi que des raisons techniques l'empêchaient de confier un nouveau marché à un autre maître d'œuvre que le titulaire du marché précédent).

S'agissant des marchés de fournitures prévus à l'article 35-II-4 dont la possibilité est parfois envisagée dans les marchés examinés, la commission a rappelé que cette procédure n'est acceptable que « *lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionné* ». Ces conditions ne s'appliquent donc pas à des marchés de fournitures aussi courantes que les denrées alimentaires, par exemple.

Les marchés de travaux ou de service passés sur le fondement de l'article 35-II-6 (prestations similaires) doivent avoir été pris en compte pour déterminer la procédure lors de la mise en concurrence initiale.

La commission recommande que le recours aux marchés complémentaires n'aille pas à l'encontre de l'obligation de remise en concurrence périodique imposée par le code.

➤ **Marchés passés par les entités adjudicatrices**

Les entités adjudicatrices peuvent recourir librement au marché négocié après mise en concurrence, avec ou sans publicité. La conclusion d'un marché négocié sans mise en concurrence peut avoir lieu si les conditions prévues à l'article 144 sont remplies.

La commission a examiné 8 dossiers émanant d'entités adjudicatrice.

Le recours au marché négocié n'a suscité aucune remarque si ce n'est que le marché négocié peut être mis en œuvre en lieu et place du dialogue compétitif, non prévu pour les entités adjudicatrices, dans la rédaction du code version 2006.

➤ **Marchés négociés passés au titre du décret défense**

La plupart des marchés négociés examinés par la commission sont conclus dans le cadre du décret « défense ». Il s'agit de marchés d'armes, de munitions et de matériels de guerre ou de marchés concourant directement au bon fonctionnement des armes, munitions ou matériels de guerre. Pour recourir au décret « défense », le service doit être en mesure d'apporter la preuve que le projet de marché met en cause les intérêts essentiels de l'Etat au sens de l'article 296 du traité instituant la Communauté européenne, qu'il est passé pour les besoins exclusifs de la défense et qu'il entre dans l'une des catégories énoncés à l'article 1^{er} de ce décret.

Ainsi la commission a admis le recours au décret « défense » pour un marché de définition relatif à l'extension des capacités de laboratoires microbiologiques dans la mesure où le dossier portait sur les besoins des armées, où l'investissement prévu était destiné à des fins militaires et où le marché mettait en cause les intérêts essentiels de l'Etat.

➤ **Marchés négociés dans le cadre de l'article 3.7 du CMP**

Lorsque les marchés n'ont pas pour objet la réalisation d'armes, de munitions et matériels de guerre, mais nécessitent des mesures particulières de sécurité, il est possible de recourir à l'article 3.7 du CMP.

Cet article, qui reprend les termes de l'article 1.4 de la directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004, prévoit en effet que les dispositions du code des marchés publics ne sont pas applicables aux contrats qui exigent le secret ou dont l'application doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts de l'Etat l'exige, et qui ne relèvent pas du décret du 7 janvier 2004 concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense. Les dispositions de l'article 3.7 du code des marchés publics et de l'article 1.4 de la directive découlent de l'article 296 du traité d'Amsterdam qui prévoit dans son paragraphe a) «*qu'aucun Etat membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité* ». S'agissant d'une procédure dérogatoire, les motifs tirés du secret ne peuvent cependant être appréciés de façon extensive.

Ainsi pour un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour l'élaboration et l'exécution d'un marché industriel nécessitant des mesures particulières de sécurité, sans que ce contrat ait directement pour objet le maintien en condition opérationnelle de matériels militaires, la commission a considéré que le recours au décret « défense » serait contestable et que le service pourrait recourir à l'article 3.7 du CMP. De même, la commission a considéré qu'un marché de développement et d'acquisition d'un logiciel de traitement d'informations sensibles au regard de la protection des intérêts essentiels de l'Etat entrainait dans le champ d'application de l'article 3.7.

Pour un marché de transfert d'archives évoqué précédemment, la commission a constaté que le caractère secret ne concernait que les documents et non leur transfert, même si le service avait fait valoir qu'il n'était pas souhaitable que les informations relatives à l'implantation géographique d'un certain nombre de lieux de stockage fassent l'objet de publicité. Elle a estimé que le recours à l'article 3.7 n'était pas fondé car il n'y avait pas incompatibilité entre les exigences de sécurité propres au marché et les règles applicables à une procédure de consultation conduite en appliquant le code des marchés publics. La principale difficulté relevant de l'exécution du contrat, il a paru à la commission que des garanties très sérieuses pouvaient être obtenues au moyen de conditions d'exécution adaptées tout en respectant les règles habituelles du code.

Il est à noter que le recours à l'article 3.7 du code des marchés publics ne dispense pas l'acheteur public de respecter les principes généraux de la commande publique, notamment la transparence de la procédure et le respect de l'égalité de traitement des candidats, même si une grande liberté lui est laissée pour mener à bien les procédures. Toutefois les marchés ne peuvent, évidemment, pas faire référence au CMP.

▣ Dialogue compétitif

Le dialogue compétitif est une procédure complexe et assez peu utilisée par les services. Elle est parfaitement adaptée lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir les moyens techniques qui répondent à ses besoins ou lorsqu'il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier de son projet.

Dans tous les cas le recours au dialogue compétitif doit être justifié. Ainsi, pour un marché global de conception, réalisation et maintenance d'un système d'information complexe, la commission a considéré que la procédure de dialogue compétitif était particulièrement adaptée.

Les principales difficultés rencontrées concernent le plus souvent la conduite du dialogue qui doit assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats. Cette procédure ne doit pas être confondue avec une négociation. Il convient donc de préciser dans le règlement de la consultation la durée et les modalités des auditions. La commission recommande que le pouvoir adjudicateur fixe, dès le lancement de la phase de dialogue, celles des dispositions du CCAP qui ne donneront pas lieu à discussion, et que l'ensemble des clauses sur lesquelles s'engagent les entreprises soient arrêtées avant la remise de la dernière offre. Il est nécessaire également que les différents échanges soient formalisés dans des documents écrits afin d'en assurer la traçabilité.

Ainsi, pour le dossier précité, la commission a proposé au service d'adresser aux candidats, lors des convocations aux auditions, des fiches d'objectif par thèmes, en leur demandant de spécifier les moyens envisagés pour atteindre les niveaux d'objectifs fixés dans le programme fonctionnel.

L'article 67 du CMP prévoit la possibilité d'attribuer une prime à l'ensemble des concurrents ou à certains d'entre eux à condition de l'annoncer dans les documents de la consultation. Elle peut être dégressive mais doit tenir compte des investissements exigés des sociétés candidates.

■ **Marchés de conception-réalisation**

L'article 37 du code des marchés publics pose les conditions suivantes pour pouvoir recourir à un tel marché : *« Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de l'article 18 de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques »*. Il s'agit d'une procédure d'exception pour laquelle le pouvoir adjudicateur doit pouvoir apporter la preuve que les caractéristiques intrinsèques de l'opération rendent effectivement nécessaire l'association de l'entreprise chargée des travaux à la conception même de ces travaux.

Le marché de conception-réalisation permet de confier à un seul opérateur économique une mission portant à la fois sur l'exécution des études et l'exécution des travaux. La commission a observé que le recours à la procédure globale de conception-réalisation dispense de faire appel à un maître d'œuvre, préalablement à l'exécution des travaux, pour concevoir l'ouvrage et établir les spécifications et l'avant-projet détaillé de la solution retenue ; mais il exige, en contrepartie, que le maître d'ouvrage définisse précisément, dans le programme de l'opération, les exigences fonctionnelles auxquelles devra répondre le projet.

Lors de l'examen d'un marché de conception, réalisation, entretien et maintenance de lignes d'accostage et de stationnement de navires le service a souligné le caractère exceptionnel des contraintes et des conditions d'utilisation du site (distribution de fluides multiples, accès de véhicules) ainsi que l'absence d'ouvrages identiques de référence, y compris au niveau mondial. Il a également insisté sur le fait que les bureaux d'études compétents pour la conception de ce type d'ouvrages sont intégrés aux entreprises de travaux maritimes aptes à les réaliser et disposent d'une expérience difficilement remplaçable, constituée au fil des réalisations dont ils ont eu la charge antérieurement. La commission a considéré que pour l'ensemble de ces raisons, le recours au marché de conception-réalisation était justifié.

De même, la commission a admis le recours à cette procédure pour la réalisation de travaux de mise en sécurité d'un ensemble complexe de tunnels. Cette opération se singularisait par des caractéristiques exceptionnelles ainsi que par des difficultés techniques particulières :

- obligation d'éviter de fermer l'ouvrage de jour du fait des impacts sociaux et économiques qu'engendrerait cette fermeture ;
- longueur et complexité de l'ouvrage, comportant des équipements hétérogènes mais imbriqués les uns dans les autres ;
- ampleur de l'ouvrage à réaliser ;
- nécessité de prévoir dès la conception les matériels et matériaux de chantier.

La commission a estimé au vu des arguments probants avancés par le service que la procédure pouvait être engagée sans que les risques de contentieux inhérents à cette procédure soient totalement exclus.

Selon les termes de l'article 69 du CMP, les marchés de conception-réalisation sont des marchés de travaux passés selon la procédure de l'appel d'offres restreint dont la commission d'appel d'offres est composée en jury. La composition de ce jury peut, en cas de nécessité, varier entre la sélection des candidatures et celle des offres (cf. jurisprudence de Conseil d'Etat – 25 janvier 2006 – Communauté urbaine de Nantes selon laquelle « *s'il est de principe que, pour éviter notamment le risque d'une rupture de l'égalité entre les candidats, un jury appelé à donner un avis sur le choix du titulaire d'un marché public tel que le marché de conception-réalisation ne peut voir sa composition modifiée au cours de la procédure aboutissant à ce choix, la personne publique peut, dans les cas où cette procédure se décompose en des phases distinctes de choix des candidatures d'une part et de choix des offres d'autre part, procéder entre ces phases au remplacement du ou des membres du jury ayant démissionné ou fait savoir qu'ils ne pourraient siéger* »).

■ **Marchés de maîtrise d'oeuvre**

Les marchés de maîtrise d'œuvre sont conclus :

- soit après un concours restreint dans les conditions prévues à l'article 74 du CMP. Dans ce cas, la prime versée aux concurrents doit être conforme aux dispositions de l'article 74-III. Elle doit être égale au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'AAPC et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.
- soit selon une procédure formalisée. Dans ce cas, l'appel d'offres est la procédure de droit commun, le recours au marché négocié avec ou sans mise en concurrence devant être dûment justifié.

Ainsi la commission a précisé que le Conseil d'Etat, dans un arrêt récent, (Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence/Préfet des Bouches-du-Rhône, 13 juillet 2007), a considéré qu'un marché de maîtrise d'œuvre fondé sur l'option B du CCAG-PI, ne confère pas au maître d'œuvre des droits d'exclusivité permettant au pouvoir adjudicateur de s'exonérer de toute mise en concurrence pour la prise en compte de la transformation du programme initial ; il a également considéré que, si des raisons techniques sont avancées pour justifier l'absence de mise en concurrence, dans un tel cas, la personne publique doit être en mesure d'établir que celles-ci l'empêchent effectivement de confier le nouveau marché à un autre prestataire.

Lorsqu'un marché est négocié avec mise en concurrence, la négociation doit être engagée avec tous les candidats et être effective afin que les maîtres d'œuvre puissent être départagés sur leurs capacités à proposer les solutions adaptées aux problèmes posés par le programme. Le maître de l'ouvrage doit être en mesure de mener une négociation conduisant objectivement à la meilleure offre ; ce qui suppose qu'elle soit bien encadrée. Ainsi la commission a recommandé aux services acheteurs, avant de procéder à la négociation, d'identifier les points sur lesquels ils considèrent qu'une négociation est envisageable et de fixer les limites au-delà desquelles la négociation n'est plus acceptable.

b) Déroulement de la procédure

Il est indispensable que le déroulement de la procédure assure, à tous les stades, le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Les modalités de mise en œuvre doivent permettre à tous les soumissionnaires d'être équitablement informés et d'être en mesure d'interpréter les critères de sélection des candidatures et des offres de la même manière.

■ Publicité

Compte tenu de leur montant, les marchés soumis à la CMPE nécessitent généralement une publicité au BOAMP et au JOUE. Les marchés passés en application du décret « défense » peuvent donner lieu à une publicité limitée au BOAMP et, le cas échéant, à une publication sur le site de l'Agence européenne de défense.

Comme déjà indiqué, s'agissant des marchés donnant lieu à une procédure adaptée (article 30 en particulier), la commission a rappelé qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer le niveau de publicité souhaitable.

Les projets d'avis de publicité sont l'objet d'un examen attentif justifiant de très nombreuses observations qui visent à éviter, autant que faire se peut, les risques de contentieux.

Ces avis d'appel doivent être remplis de façon claire et cohérente et comporter l'ensemble des informations demandées dans le règlement CE du 7 septembre 2005 sans qu'il soit nécessaire pour les candidats de se reporter au règlement de la consultation. Ils doivent permettre aux opérateurs économiques d'obtenir les informations nécessaires pour se porter candidats.

La commission est très attentive aux conditions dans lesquelles est lancée la publicité, tout manquement pouvant conduire à l'annulation de la procédure. L'attention des services acheteurs a été particulièrement appelée sur certaines dispositions qui ont donné lieu à une abondante jurisprudence (cf. chapitre environnement réglementaire et jurisprudentiel).

Concernant différentes rubriques du formulaire européen, la commission a observé :

- que l'objet du marché doit être décrit de manière précise et sans ambiguïté ; à défaut la procédure est susceptible d'être annulée pour manquement aux obligations de publicité ;
- qu'un marché à bons de commande est considéré comme un accord-cadre au sens de la directive communautaire (CE 24 octobre 2008 - UGAP) ;

- que, si aucune disposition n'impose d'indiquer un montant prévisionnel des prestations à réaliser, il en va différemment de la quantité ou de l'étendue (CE du 8 août 2008, Région Bourgogne) ;
- que la rubrique relative à l'applicabilité de l'accord AMP doit être correctement renseignée, étant observé que les marchés de services relevant de l'article 30 n'y sont pas soumis ;
- que la rubrique « option » ne doit être cochée que lorsque sont prévues des reconductions, des marchés complémentaires et, s'ils sont prévisibles, dès la conclusion du marché initial, les avenants (CE 15 juin 2007 - Ministère de la défense) ;
Il s'agit des options au sens du droit communautaire c'est à dire une prestation que l'on prévoit comme potentiellement nécessaire et qui sera réalisée par le titulaire du marché et non des prestations supplémentaires que le candidat est tenu de présenter dans son offre et que l'acheteur se réserve la possibilité de commander ;
- que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fixer, dans les AAPC, des niveaux minimaux de capacité économique, financière et technique mais qu'il n'est pas dispensé pour autant de demander des documents lui permettant de juger de l'aptitude des candidats à réaliser la prestation (cf. plusieurs arrêts du CE 8 août 2008). Ces documents demandés au titre des garanties professionnelles, techniques et financières doivent être ceux figurant dans la liste limitative prévue dans l'arrêté du 8 août 2006 ;
- que les rubriques relatives à la durée ou au délai d'exécution du marché doivent être renseignées en indiquant, soit la durée du marché, soit son délai d'exécution déterminé par les dates de début et de fin de réalisation, aucun texte n'obligeant de donner à la fois la durée et la date du commencement d'exécution (CE 8 août 2008 - Commune de Marseille) ;
- qu'en ce qui concerne les procédures de recours, les acheteurs publics ont la possibilité de renseigner soit la rubrique VI.4.2, soit la rubrique VI.4.3 (CE 8 février 2008 - Commune de Toulouse). Si le pouvoir adjudicateur choisit de renseigner la rubrique VI.4.2, elle doit l'être de façon exhaustive et comporter tous les types de recours possibles et les délais afférents. Pour éviter des erreurs dans le contenu de la rubrique VI.4.2 « introduction des recours », la CMPE conseille de choisir la rubrique VI.4.3 et d'indiquer le service auprès duquel peuvent être obtenus les renseignements concernant l'introduction des recours (par exemple le greffe du tribunal administratif) ainsi que ses adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique.

■ Sélection des candidatures

La sélection des candidats se fait dans les conditions prévues à l'article 52 du CMP, sur la base de documents fournis conformément aux articles 44 et 45 du CMP dont la liste, limitative, est fixée par l'arrêté du 28 août 2006.

L'exigence des documents à fournir doit être appropriée au cas d'espèce. Ainsi, concernant un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage, la commission a considéré que le choix fait par le service de demander une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique ne semblait pas pertinent pour un marché de prestations intellectuelles. En revanche, elle a conseillé de demander aux candidats une déclaration relative aux effectifs et au personnel d'encadrement dans la mesure où le pouvoir adjudicateur requerrait un effectif minimal pour l'évaluation de leur capacité technique.

La commission a rappelé, par ailleurs, qu'il ne peut être exigé des candidats des documents ou renseignements autres que ceux fixés par l'arrêté précité.

La commission a constaté qu'il y a parfois confusion dans les avis de publicité entre les certificats de qualité prévus à l'article 45 du CMP, qui attestent de la capacité des candidats à exécuter le marché, et les certificats de qualification professionnelle. Les certificats établis par les services chargés du contrôle de qualité permettent aux entreprises d'attester la conformité des fournitures à certaines spécifications techniques. Les certificats de qualification professionnelle sont délivrés par des organismes créés à l'initiative des professions ; ils attestent de la capacité d'une entreprise sur la base de ses moyens et des ses références récentes. L'avis de publicité doit mentionner la ou les qualifications demandées et indiquer que la preuve de la capacité de l'entreprise pourra être apportée par tout moyen.

Les candidatures doivent être examinées au regard des capacités professionnelles, techniques et financières des opérateurs économiques (article 52 du CMP). La commission a rappelé que la jurisprudence exige que le niveau soit en rapport avec l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Ainsi, pour un marché de mise en sécurité d'un complexe souterrain autoroutier la commission s'était interrogée sur le montant minimum du chiffre d'affaires annuel exigé ; le service ayant fait valoir que ce montant représentait un pourcentage du même ordre que celui utilisé habituellement pour les travaux d'infrastructure, la commission a admis cette exigence, compte tenu, notamment de l'ampleur et de la complexité des travaux en cause.

L'obligation de fixer des niveaux minimaux de capacité a fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante ; le Conseil d'Etat a tranché ce point par plusieurs arrêts du 8 août 2008.

La Haute Juridiction a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'exiger des candidats, dans les avis d'appel à la concurrence, des niveaux minimaux de capacités ⁽¹⁾ mais a rappelé que les dispositions des articles 45 et 52 du CMP obligent le pouvoir adjudicateur à contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats et à s'assurer qu'elles sont suffisantes pour assurer une bonne exécution du marché. Elle a donc confirmé que la phase de sélection des candidatures a pour but d'éliminer les entreprises qui ne présenteraient pas ces garanties, étant observé que cette élimination doit être faite avec prudence.

La commission a rappelé que si l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat, cette disposition du code ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'apprécier sa capacité à exécuter le marché au vu d'autres éléments d'information. Il en est de même lorsque les candidats ont mal exécuté un précédent marché. Il n'est pas possible d'écarter une telle candidature sans examiner l'ensemble du dossier présenté, les cas d'interdiction de soumissionner étant strictement encadrés par l'article 52 du CMP.

(1) la nouvelle rédaction de l'article 45 du CMP tient compte cette jurisprudence (décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008, article 59)

La vérification de l'aptitude des opérateurs économiques à exécuter les prestations ne doit pas être confondue avec le jugement des offres. Ces deux opérations sont régies par des règles différentes.

▣ **Jugement des offres**

Afin d'éviter toute source de contestation, le jugement des offres doit être effectué avec la plus grande rigueur sur la base de critères objectifs choisis en fonction de l'objet du marché.

Les critères sont répartis en deux catégories : le prix et la qualité de l'offre (valeur technique, prise en compte des préoccupations environnementales, délai...).

▶ **Critère prix**

La commission recommande que l'ensemble des éléments du marché qui font l'objet d'une offre de prix soient pris en compte au titre du critère prix en proportion de leur importance dans le marché. S'agissant de fournitures, par exemple, la commission recommande d'établir un bordereau de prix exhaustif des prestations à commander mentionnant la quantité indicative de chaque produit afin de permettre la comparaison des offres dans des conditions respectant strictement l'égalité de traitement des candidats.

Le critère prix doit donner lieu à une comparaison directe des offres entre elles, le prix le plus bas devant obtenir l'évaluation la plus haute. L'estimation administrative de la prestation n'a aucun rôle à jouer dans l'application des critères de sélection des offres ainsi qu'il ressort d'une réponse du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie à une question écrite (JO du Sénat du 23 août 2007). Il en est de même du montant correspondant à la moyenne des offres.

▶ **Critères liés à la qualité de l'offre : Principes généraux**

Les renseignements demandés pour appuyer les offres doivent effectivement permettre le jugement des offres et non l'appréciation des capacités des candidats. Il en est ainsi des références permettant de garantir la qualité des prestations ou les moyens susceptibles d'être mis en œuvre : dans ce cas, la commission recommande de demander dès le stade de la candidature les moyens en personnel et en matériel afin de vérifier s'ils sont compatibles avec les exigences du marché et de fixer, si nécessaire, des exigences minimales en matière d'effectif.

Le jugement des offres doit être distingué de l'examen de conformité qui doit le précéder. La commission a rappelé les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics qui dispose que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Il n'est pas exclu, de ce point de vue, au regard des termes du code, que le pouvoir adjudicateur puisse fixer, sur un ou plusieurs critères, une note éliminatoire ou un nombre de points minimum en dessous duquel l'offre classée est écartée, sous la seule réserve que cet aménagement particulier de classement des offres soit annoncé et qu'il ne soit pas discriminatoire.

Les critères de jugement des offres doivent être liés à l'objet du marché. Ainsi, les critères concernant la présentation formelle des offres sont évidemment hors de propos ; de même, les modalités de prise en compte du développement durable dans le fonctionnement de l'entreprise ne sont pas des éléments concernant directement l'offre du candidat.

S'agissant des performances exigées, il convient de s'interroger sur le point de savoir si elles doivent être utilisées comme critères de jugement ou si elles devraient plutôt figurer dans les conditions d'exécution du marché. En effet, les modalités de jugement des offres ne doivent pas se substituer à la réflexion sur les conditions d'exécution qui constitue une étape importante de la définition des besoins. Ainsi, afin d'assurer l'objectif de continuité du service, il a été recommandé d'inclure dans le cahier des charges les conditions dans lesquelles le titulaire peut être appelé à intervenir en dehors des heures ouvrées habituelles. De même, les objectifs de développement durable seront plus sûrement atteints par l'insertion de conditions d'exécution dans le cahier des charges que par leur prise en compte dans le jugement de l'offre ; en effet, lorsque le développement durable fait l'objet d'un critère de choix faiblement pondéré, rien ne garantit que les objectifs de développement durable puissent être déterminants dans l'attribution du marché. Il n'y a pas lieu par ailleurs de choisir un critère de délai lorsque le service est en mesure de fixer les conditions de délai dans le marché et qu'un délai plus court ne lui apporterait pas un avantage certain.

Les informations demandées aux candidats doivent leur permettre d'évaluer les performances attendues. La commission a ainsi souvent été amenée à rappeler que les offres doivent être appréciées sur la base d'informations dont l'acheteur peut vérifier l'exactitude ou pouvant donner lieu à un engagement de l'entreprise dont le non-respect peut être sanctionné. A cette fin, elle a déconseillé de procéder à des demandes s'apparentant à de simples déclarations d'intention et de laisser les candidats apprécier eux-mêmes les informations à produire ou de les inviter à remettre les renseignements complémentaires qu'ils jugent pertinents.

D'une manière plus générale, la commission a conseillé que le mémoire technique demandé aux candidats traduise clairement les attentes réelles de l'acheteur et a invité, à cet effet, certains acheteurs à distinguer le critère – qui doit décrire les caractéristiques de l'offre considérées comme lui apportant un avantage certain – et les documents devant être joints à l'offre pour lui permettre d'apprécier dans quelle mesure ce critère est satisfait ; par exemple, si la valeur technique doit être appréciée selon la qualité des matériels proposés, le règlement de la consultation doit préciser les éléments d'appréciation de chacun des matériels, et notamment leurs caractéristiques techniques et économiques susceptibles de procurer un avantage à l'acheteur.

Le règlement de consultation doit être lisible. La commission a rappelé fréquemment que les candidats doivent pouvoir comprendre aisément les souhaits de l'acheteur et la manière dont seront jugées les offres afin d'adapter leur réponse à ces attentes et procéder ainsi à l'arbitrage économique entre les propositions techniques et le prix.

A cet égard, la commission a été amenée à déplorer certains défauts des dossiers de consultation : dispersion des modalités de jugement des offres dans plusieurs articles du règlement de consultation ou entre le règlement de consultation et le cahier des charges (CCAP ou CCTP), confusion dans les informations demandées aux candidats entre celles qui permettront d'apprécier si l'offre satisfait aux exigences du cahier des charges et celles qui permettront de considérer qu'une offre est plus avantageuse, renseignements demandés dans le mémoire technique ne correspondant pas aux critères qui sont décrits dans un autre article du règlement de consultation...

La pondération et la méthode de notation doivent répondre aux besoins de l'acheteur. Le code des marchés publics laisse chaque acheteur libre de fixer les règles en la matière, en fonction de l'importance respective qu'il entend donner à chacun des critères. Le choix de la méthode, étant déterminant sur l'attribution du marché, doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et pouvoir être justifié devant le juge. La méthode de notation des offres doit traduire l'exigence du pouvoir adjudicateur à l'égard du critère considéré : la note maximale, pour tout critère relevant de la qualité de l'offre, doit être attribuée au niveau de qualité ou de performance jugé optimal pour assurer le meilleur rapport qualité/prix, selon un barème préétabli par le pouvoir adjudicateur avant l'ouverture des offres, et donc indépendamment des réponses apportées par les candidats .

Ainsi, dans un règlement de consultation il était prévu que, pour apprécier les critères autres que le prix, après avoir noté les différentes offres par rapport à leur qualité intrinsèque, la note maximale serait attribuée à l'entreprise ayant obtenu la note la plus élevée et que les notes des autres candidats seraient ensuite recalculées par rapport à la note maximale ainsi attribuée. La commission a observé que, si ce dispositif permettait de comparer les offres entre elles, il ne permettait pas de s'assurer que le surcoût éventuel de l'offre ainsi classée économiquement la plus avantageuse correspondrait au niveau de qualité qui pouvait justifier ce classement. En effet, il pourrait conduire à attribuer la note maximale à une proposition offrant un niveau de performance médiocre par rapport aux attentes du pouvoir adjudicateur.

L'utilisation d'appréciations qualitatives (de type satisfaisant, très satisfaisant, passable) laisse au service acheteur un pouvoir d'arbitraire qui pourrait être jugé comme abusif.

► **Hierarchisation des critères.**

Le code des marchés public impose que les critères de jugement des offres soient pondérés sauf si le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible du fait de la complexité du marché. Ils sont alors hiérarchisés. La commission a toujours considéré que l'obligation de pondérer les critères ne s'appliquait pas aux concours : le jury n'ayant pas connaissance du forfait de rémunération proposé par les candidats ne peut effectuer le classement des propositions en tenant compte de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse, mais de la qualité des projets évalués par rapport aux critères annoncés. Cette position a été confirmée par le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 et reprise dans l'article 53 du CMP.

► **Modalités particulières de jugement des variantes et des options.**

L'article 50 du CMP impose que les variantes soient encadrées et que soient spécifiées les exigences minimales du CCTP devant être respectées ou que soient indiquées les spécifications qui peuvent être modifiées.

Elles doivent être déposées avec l'offre de base, étant observé que le dépôt d'une variante non autorisée n'entraîne pas le rejet de l'offre de base dans la mesure où la variante est bien individualisée, et où l'offre de base est conforme au cahier des charges. Les offres variantes sont jugées sur les mêmes critères que les solutions de base. Pour pouvoir apprécier les variantes par rapport aux offres de base, la commission recommande d'indiquer dans le règlement de la consultation non seulement les documents à produire au titre de la solution de base mais également les différentes pièces qui serviront à apprécier la valeur technique des variantes. Par ailleurs il est suggéré de vérifier, au besoin par une simulation, que les modalités de jugement des critères permettent à une variante d'être retenue.

Concernant les options la commission a recommandé de manière constante le respect des principes suivants :

- les options doivent rester d'un faible montant (de l'ordre de 5 % maximum) par rapport au montant de la solution de base afin qu'elles n'apparaissent pas comme une carence dans la définition des besoins ;
- leur nombre doit être limité afin de ne pas rendre le travail de la commission d'appel d'offres et du pouvoir adjudicateur particulièrement lourd et compliqué pour assurer la transparence de la procédure ;
- le règlement de la consultation doit indiquer, clairement, la manière dont les options seront prises en compte dans le jugement des offres.

c) Documents contractuels

La qualité et la clarté des documents contractuels étant essentielles pour la bonne exécution des marchés, la commission y a porté une attention particulière et n'a cessé de recommander d'assurer la cohérence entre l'acte d'engagement, les dispositions administratives figurant dans le CCAP, et les dispositions techniques constituant le CCTP.

Les principales observations ont porté sur les points suivants :

■ Acte d'engagement

L'acte d'engagement est la pièce maîtresse du marché, signée du candidat, dans laquelle il présente son offre dans le respect du cahier des charges. Il est donc indispensable que son contenu soit précis, qu'il soit le cas échéant complété par des annexes répertoriées dont la valeur contractuelle est clairement établie. Ainsi :

- un marché à prix forfaitaire peut être accompagné d'une décomposition du prix forfaitaire qui n'a pas de valeur contractuelle ;
- un marché à bons de commande doit comporter en annexe un bordereau de prix unitaires qui constitue l'offre du candidat ;
- un marché à prix unitaires comporte également un bordereau de prix annexé à l'acte d'engagement, le montant figurant dans l'acte d'engagement étant un montant évaluatif établi à partir d'un détail quantitatif estimatif.

Lorsque le marché est attribué à un groupement d'opérateurs économiques, deux cas peuvent se présenter :

- en cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations à réaliser ;
- en cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement doit mentionner le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres s'engage à exécuter.

En cas de sous-traitance, un acte spécial comportant pour chaque sous-traitant, le nom, la raison sociale, l'adresse, le montant prévisionnel des sommes à lui payer et les modalités de règlement, est annexé à l'acte d'engagement.

▣ CCAP

Certaines clauses des CCAP ont appelé tout particulièrement l'attention de la commission.

▶ Liste des pièces contractuelles

Les principales remarques formulées concernent le CCAG de référence. Certes, le CMP ne fait plus obligation de viser un CCAG dans les documents contractuels. Néanmoins, les CCAG restent très largement utilisés. Se pose alors le choix du CCAG le plus approprié. Ainsi, pour un marché d'études d'un démonstrateur de système d'identification faisant référence au CCAG-PI, la commission a observé qu'il était préférable de viser le CCAG-MI et son chapitre VII ; celui-ci convient mieux à un marché industriel comportant une part d'étude, car il apporte les mêmes garanties que le CCAG-PI en ce qui concerne la propriété intellectuelle tout en apportant des dispositions spécifiques concernant la surveillance de l'exécution des prestations, la réception et la garantie. De même, la commission a observé qu'il était inutile de viser le chapitre VII du CCAG Fournitures courantes et services pour des prestations qui n'étaient pas des prestations informatiques. En tout état de cause rien n'empêche de viser le CCAG le plus approprié à la prestation à réaliser et de compléter le marché par des dispositions tirées d'un autre CCAG.

Certains services ont parfois tendance à confondre les documents contractuels et les documents liés à l'exécution du marché. Ainsi la commission a rappelé à plusieurs reprises que les bons de commande ou les décisions d'affermissement des tranches conditionnelles ne sont pas des documents contractuels.

▶ Sous-traitance

Seuls les titulaires de marchés de travaux, de services ou de marchés industriels peuvent sous-traiter une partie de leurs marchés dans les conditions prévues aux articles 112 à 117 du CMP. La commission a rappelé qu'un marché peut être considéré comme industriel si la fourniture est conçue et réalisée spécialement pour le pouvoir adjudicateur.

Le recours à des sous-traitants n'exonère pas le titulaire de la responsabilité qui lui incombe au titre du marché. Il va de soi que les sous-traitants sont tenus d'exécuter les prestations dans les conditions exigées par le contrat.

Mais la commission a recommandé de supprimer dans un CCAP une clause prévoyant que le sous-traitant s'engageait d'une part à respecter les clauses du marché, en particulier celles relatives aux délais de traitement et à la qualité du travail effectué, d'autre part à permettre l'accès de la personne publique à des sites de production, dans les mêmes conditions que celles prévues pour le titulaire. En effet, de telles dispositions sont contraires tant au principe de l'exécution personnelle du contrat par le titulaire qu'à celui de l'absence de relations contractuelles entre la personne publique et le sous-traitant.

► **Assurances**

En raison de la nature des prestations à réaliser, les pouvoirs adjudicateurs imposent parfois aux titulaires des marchés des exigences particulières en matière d'assurances. Ces clauses doivent être clairement rédigées.

Ainsi, pour un marché concernant la location d'hélicoptères, pour lequel le CCAP imposait une assurance auprès de « compagnies de premier ordre notoirement solvables » la commission a observé que l'article L.310-2 du code des assurances autorise l'exercice de cette activité par toute entreprise ayant reçu un agrément européen et que l'article L.310-12 du même code confie à une autorité indépendante le soin de veiller à la solvabilité des entreprises d'assurance. Elle a suggéré d'exiger une attestation d'assurance établie par une société ayant l'agrément nécessaire pour couvrir les risques cités dans le CCAP ainsi qu'une assurance responsabilité civile couvrant toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules aériens.

De même, pour un marché de mise à niveau de matériels pour lequel le CCAP obligeait le titulaire à assurer les objets en cours de réparation contre les risques d'incendie, de vol et de détérioration, et stipulait que la garantie « devait être suffisante », la commission a conseillé de prévoir une indemnisation sur la base d'un prix d'inventaire constituant une référence objective.

► **Délais d'exécution**

La commission veille à ce que les dispositions relatives aux délais d'exécution soient clairement rédigées et que, s'agissant des marchés à bons de commande, la durée maximale d'exécution des bons de commande figure au contrat. Elle en vérifie la concordance avec les éléments d'information donnés dans les avis de publicité.

De même elle est attentive à la clarté et à la précision des dispositions relatives aux délais de livraison, de recette ou de réception des prestations.

► **Clauses de paiement**

La commission a observé que les CCAP doivent mentionner la périodicité du paiement des acomptes, les pièces justificatives des demandes de paiement et les modalités de vérification du service fait afin que les acomptes ne puissent pas être assimilés à des avances déguisées.

Des remarques souvent formulées concernent également la prise en compte des dispositions du décret du 28 avril 2008. Ainsi, la commission a rappelé que le délai légal de paiement des marchés de l'Etat est de 30 jours et non de 45 jours. Si ce délai n'est pas respecté le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement principal la plus récente, effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majorés de sept points.

► Pénalités de retard

Les marchés comportent généralement des clauses de pénalités à mettre en œuvre en cas de retard constaté dans l'exécution des prestations. La commission a estimé que, dans le cas de certains marchés informatiques, par dérogation avec le CCAG PI, elles peuvent être plafonnées. Dans ces cas, la commission a recommandé de préciser dans les CCAP que le dépassement entraînera la résiliation du marché. En tout état de cause, les pénalités doivent être calculées de manière à assurer le bon déroulement du marché : des pénalités trop fortes peuvent conduire les entreprises à augmenter leur prix ; en revanche des pénalités inférieures à celles prévues aux CCAG risquent d'être inopérantes.

Lorsque des pénalités sont prévues au contrat, si l'acheteur renonce à les appliquer, il doit pouvoir justifier cet abandon de créance.

► Résiliation

Les dispositions de l'article 47 du CMP ont à nouveau suscité quelques observations de la commission.

En effet, un marché peut être résilié aux torts du titulaire en cas d'inexactitude des renseignements demandés lors des candidatures ou des offres ou en cas de non-respect des dispositions des articles R 324-4 et R 324-7 du code du travail (devenus D8222-5 et D8222-7 depuis le 1^{er} mai 2008). Le CCAP doit alors préciser les conditions dans lesquelles le marché sera résilié.

IV. ENSEIGNEMENTS TIRES DES RAPPORTS DE PRESENTATION

Les observations qui suivent portent sur les dossiers de marchés examinés par la CMPE en 2007 et pour lesquels la transmission des rapports de présentation a eu lieu avant le 1^{er} janvier 2009 (donc en 2007 et 2008).

Le nombre de rapports de présentation communiqués (287) est à comparer à celui des dossiers transmis en 2007 (667). Il représente 43 % du total. L'écart peut provenir soit du fait qu'un certain nombre de procédures n'ont pu aboutir, soit de l'oubli par les services d'une formalité dont l'exigence est récente.

L'étude des rapports de présentation permet d'en tirer quelques enseignements, d'autant que les documents reçus portent sur un montant prévisionnel de 11,4 milliards d'euros, soit plus de la moitié du montant global des marchés examinés par la CMPE en 2007 (21,2 milliards d'euros).

A – Déroulement des procédures

La durée moyenne des procédures, mesurée entre la date de traitement du dossier par la CMPE et la date de la commission d'appel d'offres qui s'est prononcée sur le choix du titulaire est de 175 jours. Cette durée de près de six mois est à rapprocher du délai d'un mois maximum nécessaire à l'examen des dossiers par la commission.

Il apparaît, à la lecture des rapports de présentation, que les procédures sont conduites de façon classique et que la dématérialisation est peu usitée. Si les avis d'appel public à candidatures donnent lieu à de nombreux retraits de dossiers par voie électronique, les offres remises, sont, à quelques exceptions près, des offres sur support papier.

B – Concurrence

Les données transmises révèlent qu'une réelle concurrence se manifeste pour les marchés importants de l'Etat et de ses établissements publics administratifs.

a) Réalité de la concurrence

Sur les 283 dossiers pertinents à cet égard, il y a eu 1928 candidats déclarés (soit 6,8 par marché). Sur ce nombre, 1668 candidats ont été sélectionnés (5,9 en moyenne par marché), ce qui a donné lieu à 2,8 offres par lot. Ce chiffre moyen global monte à 3,2 offres par lot pour les appels d'offres ouverts.

b) Choix du titulaire

Dans 204 rapports de présentation (71 % du total), il est indiqué que l'attributaire a été le moins-disant. Dans la moitié des rapports de présentation reçus (144 sur 287), il s'avère que le moins-disant était également le meilleur sur le plan technique, ce constat devant être nuancé par le fait qu'un quart des dossiers (73 sur 287) concerne des procédures négociées sans mise en concurrence.

Sur les 187 rapports concernant des marchés ne comportant qu'un seul lot, 99 (soit plus de la moitié) ont été attribués à des sociétés ayant une position de leader dans leur secteur d'activité ou à des filiales de grands groupes européens ou internationaux.

Il est à noter également que, dans 55 dossiers ne prévoyant qu'un seul lot (soit 29 % de ces 187 rapports), c'est un groupement qui a été retenu. Ceci laisse une place aux PME dans les marchés de l'Etat les plus importants ; cette place est d'autant plus grande que les opérations sont alloties.

Dans 54 des 187 marchés (soit une proportion de 29 %), c'est le titulaire du marché précédent qui a été reconduit.

C – Jugement des offres

Les critères les plus communément utilisés sont le prix et la valeur technique auxquels s'ajoutent parfois le critère environnemental et le délai d'exécution. Les deux-tiers des rapports (193 sur 287) contiennent des informations sur le poids respectif des critères « prix » et « valeur technique ».

a) Pondération des critères

L'incidence de la pondération sur le choix final est difficile à appréhender, surtout s'il y a multiplicité des critères.

Le prix représentait plus de 50 % de la pondération dans 91 dossiers mentionnant le poids des critères. Pour 67 dossiers sur 91 le choix du pouvoir adjudicateur s'est porté sur le moins disant. La valeur technique était le critère majoritaire dans 47 dossiers. Là encore, le poids donné à ce critère a été déterminant dans la mesure où, dans plus de la moitié des marchés concernés (27 sur 47), c'est le meilleur sur le plan technique qui a été retenu.

Le critère environnemental est généralement pris en compte à hauteur de 5 à 10 %. Toutefois les rapports de présentation font rarement état de la manière dont il est apprécié et quelle incidence réelle il a sur le choix des offres. Ainsi, pour un marché de denrées alimentaires, il a été constaté que les entreprises retenues étaient celles qui avaient obtenu la meilleure note sur le plan environnemental sans qu'il soit possible de savoir si cet élément avait été déterminant.

b) Notation des offres

L'analyse des offres est faite sur la base des critères annoncés et selon une grille d'analyse établie préalablement à l'ouverture des plis. L'échelle des notes est laissée à l'appréciation des acheteurs.

Le critère du prix est le plus facile à analyser et la lecture des rapports de présentation montre que plusieurs méthodes sont utilisées. La note maximale est le plus souvent la note attribuée à l'offre la moins-disante. Les autres notes sont attribuées en fonction de l'écart constaté avec le moins-disant.

Il arrive d'ailleurs que le critère prix soit lui-même décomposé en sous-critères faisant chacun l'objet d'une notation (ex : prix d'achat et coût de fonctionnement).

Les modalités de notation de la valeur technique sont également très variées. Les méthodes rencontrées sont les suivantes :

- notation selon la qualité traduite par les mentions : insuffisant, faible, satisfaisant très satisfaisant, excellent, donnant lieu à une note chiffrée ;
- pondération de sous-critères tels que : clarté et précision de l'offre, démarche et méthode de travail, adéquation des profils proposés. Il peut arriver que chacun des sous-critères soient décomposés en éléments notés.

Ainsi, pour un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour lequel le prix et la valeur technique étaient pondérés respectivement à hauteur de 35 % et 65 %, le prix a été noté sur 7 et la valeur technique sur 13. Le critère technique était lui-même décomposé en sous-critères pondérés (qualité des intervenants : 30 % et méthodologie : 35 %), chacun des sous-critères étant à son tour décomposé en éléments notés.

La valeur technique des marchés de travaux est généralement appréciée sur la base d'un mémoire technique, décomposé en différents points.

L'offre considérée comme économiquement la plus avantageuse résulte le plus souvent de l'addition des points obtenus sur chacun des critères. Il est peu fréquent que soit utilisée une formule dans laquelle le prix est considéré tel quel et non transformé en note, ce qui est pourtant la formule la plus simple.

D – Négociation

A la lecture des rapports de présentation relatifs aux marchés négociés, notamment ceux, les plus nombreux, conclus dans le secteur de la défense, il apparaît que les négociations sont souvent longues et difficiles mais qu'elles aboutissent généralement à des résultats jugés satisfaisants par l'administration. La première étape consiste souvent à préciser et optimiser le périmètre du marché et son organisation, préalablement à la discussion financière. Celle-ci porte généralement sur les points suivants :

- obtention d'un rabais commercial ;
- fixation de la date d'établissement des prix, lorsque ceux-ci sont fermes actualisables ou révisables. Ainsi, pour un marché de développement et de fourniture de munitions le passage des conditions économiques de janvier 2007 à septembre 2007 a eu pour effet un gain de 4 % du montant du marché ;
- modalités de financement. Pour un marché de réalisation et de fourniture d'équipements de détection, l'acheteur public a pu obtenir que la révision des prix soit neutralisée la première année et que l'effet de série soit appliqué plus tôt que prévu en contrepartie du versement d'avances et d'acomptes plus importants que ceux envisagés initialement ;
- modalités d'exécution des tranches conditionnelles. La date de notification peut tenir compte de synergies avec d'autres marchés passés pour le même objet avec d'autres clients et permettre ainsi l'obtention de conditions financières plus favorables.

De même, des indemnités de dédit peuvent être accordées si elles sont compensées par une réduction des prix.

Outre les clauses financières, sont également négociées les clauses administratives telles que celles relatives aux garanties, à la propriété intellectuelle, aux délais d'exécution ou aux pénalités de retard. Ainsi les pénalités prévues dans un marché d'aéronefs ont été réduites dans la mesure où l'industriel était disposé à faire un effort significatif sur les délais.

E – Prix obtenus

En comparant les prix annoncés dans les projets transmis en 2007 à la CMPE et ceux indiqués dans les rapports, on s'aperçoit que les prix réels ont été supérieurs aux prix estimatifs (11,7 milliards d'euros contre 11,4 milliards).

Toutefois, pour les 214 marchés passés après mise en concurrence, il a été constaté un gain de 231 M€, ce qui représente 3% du montant estimatif qui était de 7,8 milliards d'euros.

L'écart à la hausse constaté de 286 millions sur les 287 rapports de présentation reçus doit être relativisé par deux observations. Tout d'abord, la différence globale ne représente que 2,5 % du total des prix estimatifs. Ensuite, pour les 73 marchés sans mise en concurrence, le surcoût de 517 millions d'euros, soit 14 % du montant prévisionnel de 3,6 milliards d'euros peut s'expliquer par des modifications du périmètre des marchés au cours des négociations.

F – Suites données aux observations de la commission

Cinquante-trois rapports (soit 18 % de l'ensemble) font état du fait que les conseils de la CMPE ont été suivis. Cependant bon nombre de pouvoirs adjudicateurs avaient préalablement répondu à la lettre d'observations de la CMPE en signalant les recommandations qui avaient été prises en compte.

Les cas où les recommandations ne sont pas suivies concernent principalement les marchés négociés. Ainsi, en ce qui concerne les clauses de variation des prix, il est observé que les recommandations de la CMPE sur l'importance de la partie fixe dans les marchés d'armement notamment ne sont pas toujours suivies d'effets. Il convient d'observer toutefois que la mise au point d'une formule de variation ne constitue qu'un élément de la négociation.

Généralement les appels d'offres sont lancés sur la base d'avis de publicité et de dossiers de consultation modifiés pour tenir compte des observations formulées par la commission.

Conclusion



Quatre années de fonctionnement conduisent à penser que la CMPE a pris place dans le paysage de la commande publique et répond à sa mission d'aide et de conseil auprès des acheteurs. Cette mission est désormais étendue aux collectivités territoriales

La CMPE en effet ne manque pas d'atouts. Il s'agit d'une structure légère qui se situe à l'interface de l'administration qui élabore le droit des marchés publics et des services qui l'appliquent. Elle peut faire état d'une expérience tenant à la variété des dossiers examinés, à la bonne connaissance qu'elle a des services acheteurs, à la pluridisciplinarité de ses agents, au caractère interministériel de sa composition.

Dans l'accomplissement de sa mission, la commission est soucieuse d'assurer des liens de proximité avec les services acheteurs, liens qui se manifestent lors de l'examen des dossiers mais également par les réunions de travail et les contacts préalables à la transmission des projets de marchés. Les échanges qui interviennent ainsi sont fructueux, le rôle de la commission étant de conseiller et non de juger.

La commission est ainsi en mesure d'apprécier les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des textes réglementaires et de proposer des mesures visant à rendre la réglementation des marchés plus opérationnelle.

A l'écoute des acheteurs, la commission participe à la réflexion sur les nouvelles orientations de la commande publique, leurs conséquences sur le fonctionnement de l'administration et leur incidence sur la vie économique.

Annexes

- ◆ **Annexe A** : Décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007

- ◆ **Annexe B** : Composition de la commission
 - liste des personnalités qualifiées
 - liste des représentants des ministres

- ◆ **Annexe C** : Liste des rapporteurs ayant présenté un rapport en 2008

- ◆ **Annexe D** : Organigramme de la commission



Décret n°2007-61 du 16 janvier 2007 relatif à la Commission des marchés publics de l'Etat

Le Premier ministre, Sur le rapport du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,

Vu le décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, notamment l'article 129 du code annexé ;

Décète :

Article 1er

Il est institué une commission des marchés publics de l'Etat chargée de fournir aux services de l'Etat une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés et des accords-cadres de l'Etat. Elle formule des observations et des recommandations concernant ces marchés ou accords-cadres. Elle peut également formuler des réserves les concernant.

Article 2

I. - La commission des marchés publics de l'Etat comprend les membres suivants :

- a) Un président désigné par arrêté du ministre chargé de l'économie, choisi en raison de ses compétences particulières en matière de marchés publics ;
- b) Deux vice-présidents désignés par arrêté du ministre chargé de l'économie, choisis en raison de leurs compétences particulières en matière de marchés publics ;
- c) Deux personnalités choisies par le président de la commission des marchés publics de l'Etat, en fonction du marché en cause, à partir d'une liste d'agents publics de l'Etat, désignés par les ministres chargés de l'intérieur, de la défense, de l'éducation, de la justice, de l'équipement, de la santé, de l'agriculture, de la culture et de l'écologie, qui en informent le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ;
- d) Un représentant du ministre dont relève le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui passe le marché examiné ;
- e) Le rapporteur général de la commission des marchés publics de l'Etat ou son représentant ;
- f) Le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie ou son représentant ;
- g) Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant.

Le mandat du président et des vice-présidents est limité à trois ans ; il est renouvelable une fois.

Pour l'examen courant des dossiers, la commission est composée du président ou de l'un des vice-présidents et des membres mentionnés aux c, d, e, f et g du présent article. Dans ce cas, il n'est pas tenu compte, selon les cas, de l'absence du président ou des vice-présidents pour le calcul du quorum.

A titre exceptionnel, le président de la commission des marchés publics de l'Etat peut décider que la commission est composée du président, des deux vice-présidents et des membres mentionnés aux c, d, e, f et g du présent article.

En cas de partage égal des voix, la voix du président de la séance est prépondérante.

II. - Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est présent ou représenté lors de l'examen de son projet de marché ou d'accord-cadre par la commission. Il présente ses observations et donne à la commission toutes les explications complémentaires souhaitées par celle-ci. Il peut être accompagné par des agents ayant participé à l'élaboration du marché ou de l'accord-cadre.

III. - La commission peut entendre toute personne autorisée par le président de séance.

Article 3

I. - Tout projet de marché ou d'accord-cadre, passé par l'Etat et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux et dont le montant estimé est supérieur à 6 millions d'euros hors taxes, est adressé à la commission des marchés publics de l'Etat avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ou le lancement de la consultation pour les marchés ou accords-cadres ne donnant pas lieu à publicité

Il en est de même pour :

- les projets d'avenants qui rendent les marchés ou accords-cadres auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la commission ;

- les marchés complémentaires ou qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles du marché initial ou de l'accord-cadre, mentionnés aux 4°, 5° et 6° du II de l'article 35 et aux 5°, 6° et 7° du II de l'article 144 du code des marchés publics, qui rendent les marchés ou accords-cadres auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la commission.

En revanche, les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ne sont pas soumis à l'obligation de transmission à la commission des marchés publics de l'Etat lorsque l'accord-cadre sur le fondement duquel ils sont passés à lui-même a été adressé à ladite commission.

Quel que soit leur montant, les marchés d'études ou de maîtrise d'œuvre qui se rattachent aux marchés ou aux accords-cadres soumis à l'obligation de transmission sont également communiqués à la commission dans les mêmes conditions.

Le dossier de marché ou d'accord-cadre doit comporter au minimum une note de présentation à la commission, le règlement ou la lettre de consultation, les projets de documents contractuels et, lorsque la procédure le prévoit, le projet d'avis de publicité. Ces documents sont présentés dans l'état dans lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice les a établis au moment de la saisine de la Commission.

Les projets de marchés ou d'accords-cadres adressés à la commission en application de la présente disposition sont examinés dans les conditions décrites à l'article 4.

II. - Quel qu'en soit le montant, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut saisir la commission des marchés publics de l'Etat d'une demande d'avis concernant une difficulté particulière rencontrée lors de la préparation ou de la passation d'un marché ou d'un accord-cadre. L'avis est communiqué directement au demandeur.

Article 4

I. - Tout dossier envoyé à la commission donne lieu, lorsque celui-ci est complet, à la délivrance d'un accusé de réception.

Les dossiers envoyés à la commission font l'objet d'un premier examen par le secrétariat général de la commission. A l'issue de ce premier examen, le président de la commission ou l'un des vice-présidents peut décider ou bien de ne pas sélectionner le dossier, ou bien de procéder à un envoi direct d'observations ou de recommandations au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice ou encore d'inscrire le dossier à l'ordre du jour de la commission.

II. - La commission des marchés publics de l'Etat, en accord avec le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ou à la demande de celui-ci, peut décider de la mise en place d'une mesure d'accompagnement à la passation du marché ou de l'accord-cadre. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice adresse à la commission, selon les modalités prévues lors de la mise en place de la procédure d'accompagnement, copie des procès-verbaux des pièces retraçant les éléments du choix des candidatures et des offres et du rapport de présentation du marché ou de l'accord-cadre.

Au vu de ces documents, la commission, le président ou le vice-président peut faire connaître au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice ses observations, recommandations ou réserves.

III. - Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est informé de la décision de ne pas sélectionner le dossier dans un délai de sept jours francs à compter de la date d'accusé de réception du dossier.

Les observations, recommandations et réserves doivent être portées à la connaissance du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice dans un délai maximal de trente jours francs à compter de la date d'accusé de réception du dossier.

Lorsque le dossier fait l'objet d'un suivi en application du II du présent article, les observations, recommandations et réserves suscitées par la transmission des pièces de la procédure sont communiquées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice dans un délai maximal de sept jours francs à compter de leur réception par la commission.

L'ensemble des délais fixés aux trois précédents alinéas pour sélectionner les dossiers, formuler des observations, des recommandations, des réserves ou décider d'un suivi sont impératifs. A l'expiration de ces délais, sauf demande expresse émanant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, la commission ne peut plus se prononcer.

IV. - Dès réception des décisions de non-sélection, des observations, des recommandations ou des réserves émises par la commission ou après expiration des délais mentionnés au III du présent article, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut poursuivre la procédure de passation du marché ou de l'accord-cadre selon les modalités qu'il lui appartient de déterminer.

Dès qu'il a notifié le marché ou l'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice adresse sans délai au secrétariat de la commission des marchés publics de l'Etat une copie du rapport de présentation mentionné à l'article 79 du code des marchés publics.

V. - Lorsqu'il estime que les observations, recommandations ou réserves de la commission sont d'une particulière importance, le président peut les communiquer aux ministres intéressés.

Article 5

Lorsque la passation d'un marché ou d'un accord-cadre présente un caractère d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice et incompatibles avec les délais exigés pour la passation des appels d'offres ou des marchés négociés précédés d'un avis d'appel public à la concurrence, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut prendre la décision motivée d'engager la procédure de passation du marché ou de l'accord-cadre sans saisir au préalable la commission des marchés publics de l'Etat.

Article 6

Le secrétariat de la commission des marchés publics de l'Etat est assuré par la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie. Il comprend :

- un secrétariat technique chargé, en liaison avec le président et les vice-présidents, de l'instruction des dossiers et de la préparation des observations, recommandations et réserves formulées par la commission ;

- un rapporteur général chargé de la coordination des travaux du secrétariat technique et des rapporteurs et de l'attribution, en liaison avec les secrétaires techniques, des affaires à chaque rapporteur ;

- un ensemble de rapporteurs, placés sous l'autorité du rapporteur général, chargés d'étudier les dossiers communiqués à la commission et de présenter ceux qui sont inscrits à l'ordre du jour des réunions de la commission.

La liste des rapporteurs est arrêtée par le sous-directeur de la commande publique de la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie sur proposition du rapporteur général et en liaison avec le président et les vice-présidents de la commission. Elle peut comporter :

- des membres du Conseil d'Etat, des cours administratives d'appel ou des tribunaux administratifs ;

- des magistrats de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes ;

- des membres de l'inspection générale des finances ;

- des membres de l'inspection générale de l'administration ;

- des membres de l'inspection générale des affaires sociales ;

- des membres du contrôle général des armées ;

- des ingénieurs des corps techniques de l'Etat en activité ou en retraite ;

- des agents de catégorie A, en activité ou en retraite, à raison de leurs compétences particulières en matière de passation des marchés publics.

Article 7

Le décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 relatif à la commission des marchés publics de l'Etat est abrogé.

Article 8

Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, le ministre de la défense, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer, le ministre de la santé et des solidarités, le ministre de l'agriculture et de la pêche, le ministre de la culture et de la communication, le ministre de l'écologie et du développement durable sont chargés, chacun en ce qui les concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

COMPOSITION DE LA COMMISSION DES MARCHES PUBLICS DE L'ETAT

(au 31.12.2008)

Président de la CMPE : M. Bernard CIEUTAT

Vice-Président : Mme Anne FROMENT-MEURICE

Vice-Président : M. Marc DURAND-VIEL

Le président de la CMPE ou l'un des vice-présidents préside la séance.
A titre exceptionnel le président peut décider que les deux vice-présidents siègent avec lui en séance

| Membres permanents de la CMPE | |
|--|----------------------------------|
| Deux personnalités choisies par le président en fonction de l'objet du marché en cause | <i>Voir page suivante</i> |
| Le représentant du ministre dont relève le pouvoir adjudicateur | <i>Voir page suivante</i> |
| Le rapporteur général de la CMPE ou son représentant | M. Michel RADENAC |
| La Directrice des affaires juridiques au MINEIE ou son représentant | Mme Catherine BERGEAL |
| Le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou son représentant | M. Bruno PARENT |

Personnalités qualifiées
(article 2.1.c du décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007)

| Ministère d'origine | Experts | Spécialités |
|--|---|---|
| Ecologie, énergie, développement durable et aménagement du territoire | <p>M. François RENVOISE Ingénieur général des Ponts et Chaussées</p> <p>M. Christian QUEFFELEC Ingénieur Général des Ponts et Chaussées</p> <p>M. Georges DEBIESSÉ Ingénieur Général des Ponts et Chaussées</p> <p>Mme Christine CROS Chef du département « éco-conception et consommation durable » à l'ADEME</p> <p>Mme Dominique VEUILLET Ingénieur « achats publics » à l'ADEME</p> <p>M. Rémy RISSER Chef de bureau de la consommation et de la production responsables</p> <p>M. Xavier ARNAUD Chargé de mission « achats publics durables » à la délégation du développement durable</p> | <p>Bâtiment et Génie Civil</p> <p>Maîtrise d'œuvre</p> <p>Bâtiment et Génie Civil</p> <p>Environnement</p> <p>Environnement</p> <p>Environnement</p> <p>Environnement</p> |
| Défense | <p>M. Philippe COSSON Ingénieur en chef de l'armement</p> <p>M. Bernard PIEKARSKI Ingénieur en chef de l'armement</p> | <p>Informatique – Electronique - Télécoms – Missiles</p> <p>Systèmes d'armes</p> |
| Intérieur, outre-mer et collectivités territoriales | <p>M. Christophe FASILLE Administrateur civil, chef du bureau des marchés publics</p> <p>M. Reynald BOUY Ingénieur général des télécommunications</p> <p>M. Christian RIGUET Administrateur civil, sous-directeur des programmes d'administration générale</p> <p>Mme Danièle NICOLAS-DONZ Administratrice civile</p> | <p>Marchés publics</p> <p>Information et communication</p> <p>Administration générale</p> <p>Administration générale</p> |
| Culture et communication | <p>Mme Lucie LETIERCE Chargée de mission</p> <p>Mme Marie-Liesse BAUDREZ Administrateur civil</p> <p>Mme Véronique PEREZ Chef du département des affaires juridiques</p> | <p>Bâtiment</p> <p>Bâtiment</p> <p>Bâtiment</p> |

| Ministère d'origine | Experts | Spécialités |
|--------------------------------------|--|--|
| Agriculture et pêche | M. Dominique FABRE Inspecteur général | Moyens généraux, questions communautaires |
| Education nationale | M. Michel AFFRE Chef de bureau M. Philippe AJUELOS Chef de bureau M. Jean CERVONI Adjoint au sous-directeur de l'informatique | Informatique, sécurité Informatique, réseaux, télécom, marchés études d'assistance à maîtrise d'ouvrage Informatique, réseaux, sécurité, télécom |
| Justice | M. Guy DUPLAQUET Ingénieur en chef des télécommunications M. Erwan LE RAVALLEC Responsable du domaine marchés et conseil M. Marc YOLIN Ingénieur en chef des télécommunications | Informatique Informatique Informatique |
| Santé, jeunesse et solidarité | Mme Florence WILHELM-RENTLER Chef du bureau des processus, des systèmes d'information et des métiers financiers Mme Flore MOREUX Responsable du pôle marchés publics | Fournitures, services Publicité, magazines |

Représentants des ministres (article 2.1.d du décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007)

| Ministères | Représentants |
|---|---|
| Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire | <p>M. Michel-Régis TALON – Chef de service des politiques support et de systèmes d'information – SG/SPSSI</p> <p>M. Pierre-Yves BIET – Chef du bureau du droit de la commande publique (DGPA/DAJIL)</p> <p>M. Bruno HEBERT – Chef de la mission des achats (DGPA/DAJIL)</p> <p>Madame Martine PALIS – Chef du bureau de la politique ministérielle d'achats durables</p> |
| Ministère de l'éducation nationale | <p>Mme Martine RAMOND – sous-directrice du pilotage et du dialogue de gestion</p> <p>M. Philippe AJUELOS – Chef de bureau</p> |
| Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité | <p>Melle Samira TOUITI Responsable des marchés publics au bureau de la comptabilité et de la commande publique</p> |
| Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique | <p>M. Philippe DUMAS - Inspecteur général des finances</p> <p>M. Eric GISSLER - Inspecteur général des finances</p> |
| Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales | <p>M. Raymond FEKIK- Inspecteur général de l'administration</p> <p>M. Yvan BLOT - Inspecteur général de l'administration</p> |
| Ministère de la défense | <p>M. Nicolas CHAPON - Contrôleur des armées</p> <p>M. Frédéric BIOCHE - Contrôleur général des armées</p> <p>M. Jean GIANNESINI – Contrôleur général des armées</p> <p>M. Emeric CONSTANS – Contrôleur général des armées</p> <p>M. Jean-Luc SOURDOIS – Contrôleur des armées</p> |
| Ministère de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative | <p>M. Michel DURAFFOURG – Inspecteur général des affaires sociales</p> |
| Ministère de la culture et de la communication | <p>M. Hubert GICQUELET – Adjoint à la sous-directrice des affaires juridiques</p> |
| Ministère de la justice | <p>Mme Dominique LOTTIN – Directrice des services judiciaires</p> |
| Ministère des affaires étrangères et européennes | <p>M. Alain BARTHEZ – Chef du bureau des affaires juridiques internes</p> <p>M. Michel POLLEZ – Chef du bureau des marchés</p> |

| Ministères | Représentants |
|--|---|
| Services du Premier Ministre | M. Gilles MARTIN – Chef du bureau des contrats et marchés publics |
| Ministère de l’agriculture et de la pêche | M. Olivier NICOLARDOT – Chef du bureau de la commande publique |
| Ministère de l’immigration, de l’intégration, de l’identité nationale et du développement solidaire | M. François DARCY – Administrateur civil – Conseiller du Secrétaire général |
| Ministère du logement et de la ville | M. François RENVOISE – Ingénieur général, membre du conseil général des ponts et chaussées |
| Ministère de l’enseignement supérieur et de la recherche | M. Patrick LEVASSEUR – Chef du bureau de l’expertise immobilière à la direction générale de l’enseignement supérieur |

Annexe C

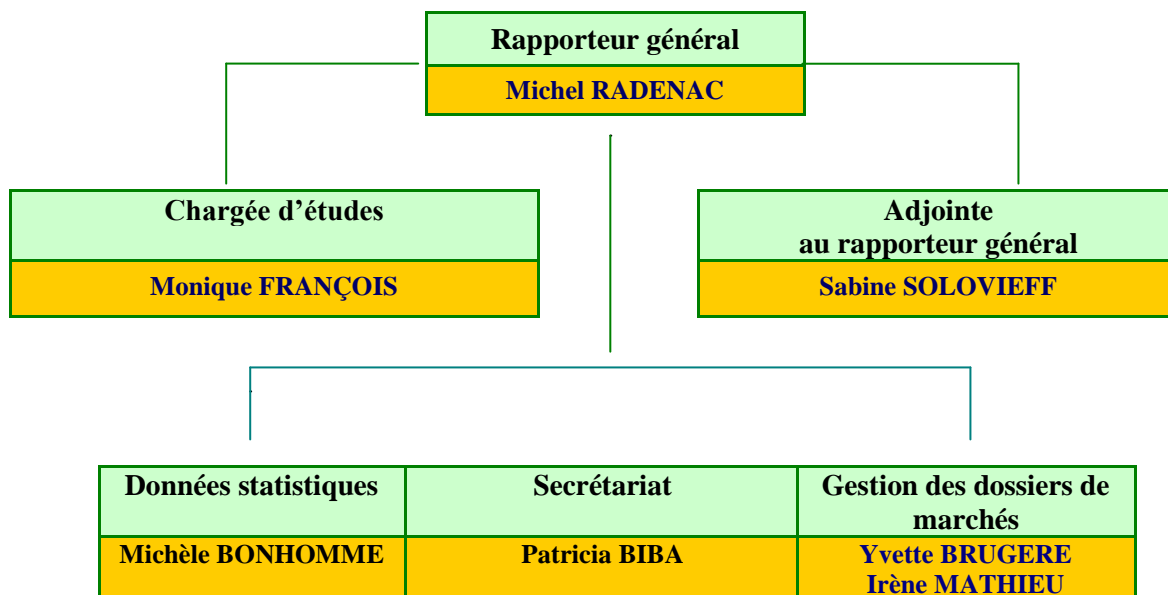
Liste des rapporteurs de la CMPE ayant présenté un rapport en 2008

| NOM ET PRÉNOM | GRADE |
|--------------------------------|--|
| M. BORRELY Guy | Trésorier principal (E.R.) |
| M. BREDIN Stéphane | Auditeur à la Cour des Comptes |
| M. DAGUES Jean-François | Commissaire lieutenant-colonel |
| M. DEBROSSE Philippe | Inspecteur de l'Administration |
| M. GANDIOL Xavier | Officier en service au Contrôle général des Armées |
| M. GOMEZ Franck | Chef du service des marchés à la BNF |
| M. HORIOT Hervé | Chargé de politique achats au CGA |
| M. LARROQUE Christian | Ingénieur divisionnaire d'études et de fabrications à la DCMAT |
| M. LE GAC Jacques | Colonel (E.R.) |
| M. LINGLAIN Luc | Colonel de Gendarmerie |
| M. MOAL Bruno | Ingénieur d'études, responsable du pôle affaires contractuelles de l'INRIA |
| Mme MOUSSET Danièle | Ancien chef de bureau à la DAJ (E.R.) |
| M. NAU François | Ingénieur général des ponts et chaussées |
| M. PAUFIQUE Jean-Paul | Ingénieur général des ponts et chaussées (E.R.) |
| M. PELTIER Clément | Attaché principal d'administration |
| M. PESSEY Jean-Jacques | Ingénieur général de l'armement (E.R.) |
| M. REGNAULT Dominique | Ingénieur général de l'armement (E.R.) |
| M. ROZEN Georges | Ingénieur général des ponts et chaussées (E.R.) |
| M. SAVOIE Jean-Yves | Inspecteur principal de la DGCCRF |

Annexe D

Organigramme de la CMPE

(au 31.12.2008)



| Secteur Armement - Electronique | Secteur Approvisionnements généraux | Secteur Bâtiment - Génie civil | Secteur Informatique - Télécommunications |
|---|--|---|---|
| Marie-Aude BROSSAY <i>Secrétaire technique</i> | Régine MOUTON <i>Secrétaire technique</i> | Philippe BLONDEL <i>Secrétaire technique</i> | Jean-Louis PERON <i>Secrétaire technique</i> |
| Marie-Hélène TOM <i>Assistante</i> | Charles MINIER <i>Adjoint</i> | Marie-Joseph PELLEGRINI <i>Adjointe</i> | Gilda DE SMET <i>Adjointe</i> |

TABLEAUX STATISTIQUES

Tableau 1

- ▶ **Activité de la CMPE : dossiers enregistrés du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008**

Tableau 2

- ▶ **Nature des prestations faisant l'objet des dossiers transmis à la CMPE en 2008**

Tableau 3

- ▶ **Mode de passation des marchés transmis à la CMPE en 2008**

Tableau 4

- ▶ **Nombre et montant des dossiers transmis à la CMPE en 2008 par ministère**

Tableau 5

- ▶ **Forme des dossiers transmis à la CMPE en 2008**

Tableau 6

- ▶ **Durée des marchés transmis à la CMPE en 2008**

TABLEAU 1

Activité de la CMPE : dossiers enregistrés du 1er Janvier au 31 Décembre 2008

| ANNUEL | TOTAL | | AE | | AG | | BG | | IT | |
|--|------------|------------------|--------|------------|--------|------------|--------|------------|--------|------------|
| | Nombre | Montant HT | Nombre | Montant HT | Nombre | Montant HT | Nombre | Montant HT | Nombre | Montant HT |
| Dossiers reçus | 640 | 19 789 M€ | 134 | 7 169 M€ | 146 | 6 563 M€ | 263 | 2 099 M€ | 97 | 3 958 M€ |
| dont ≥ 6 M€ (saisine obligatoire) | 446 | 19 454 M€ | 122 | 7 133 M€ | 133 | 6 521 M€ | 104 | 1 870 M€ | 87 | 3 929 M€ |
| dont inférieur à 6 M€ | 194 | 335 M€ | 12 | 35 M€ | 13 | 41,7 M€ | 159 | 229 M€ | 10 | 29 M€ |
| · dont saisines obligatoires | 179 | 301 M€ | 12 | 35 M€ | 7 | 24 M€ | 151 | 215 M€ | 9 | 28 M€ |
| · dont saisines facultatives | 15 | 34 M€ | 0 | 0 M€ | 6 | 18,0 M€ | 8 | 15 M€ | 1 | 1 M€ |
| Traités en séances (= avis) | 47 | 4 662 M€ | 14 | 728 M€ | 17 | 1 924 M€ | 7 | 349 M€ | 9 | 1 661 M€ |
| · dont avec accompagnement | 3 | 91 M€ | 1 | 73 M€ | 0 | 0 M€ | 1 | 2 M€ | 1 | 16 M€ |
| Traités hors séances | 593 | 15 127 M€ | 120 | 6 441 M€ | 129 | 4 639 M€ | 256 | 1 750 M€ | 88 | 2 298 M€ |
| · dont avec observations | 340 | 10 039 M€ | 67 | 3 015 M€ | 128 | 4 631 M€ | 74 | 611 M€ | 71 | 1 783 M€ |
| · dont sans observations ou en cours d'instruction | 253 | 5 089 M€ | 53 | 3 426 M€ | 1 | 8 M€ | 182 | 1 139 M€ | 17 | 515 M€ |

Nota :

Le décret relatif à la CMPE prévoyant la présentation des dossiers à la commission avant l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou le lancement de la consultation, les montants pris en compte dans ces statistiques sont des montants estimatifs,

TABLEAU 2

Nature des prestations faisant l'objet des dossiers transmis à la CMPE en 2008

| Catégories | TOTAL CMPE | | | | DETAIL PAR SECTEUR | | | | | | | |
|--|--------------------------|-------------|----------------------------|-------------|--------------------|-----------------|------------|-----------------|------------|-----------------|-----------|-----------------|
| | Nombre de dossiers reçus | % | Montant des dossiers reçus | % | AE | | AG | | BG | | IT | |
| | | | | | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant |
| Travaux | 177 | 28% | 2 024 M€ | 10% | 0 | 0 M€ | 0 | 0 M€ | 177 | 2 024 M€ | 0 | 0 M€ |
| Services | 192 | 30% | 8 437 M€ | 43% | 43 | 3 329 M€ | 67 | 3 307 M€ | 21 | 9 M€ | 61 | 1 791 M€ |
| Fournitures | 174 | 27% | 8 757 M€ | 44% | 71 | 3 606 M€ | 78 | 3 246 M€ | 3 | 4 M€ | 22 | 1 902 M€ |
| Prestations Intellectuelles | 49 | 7,7% | 409 M€ | 2% | 17 | 121 M€ | 1 | 10 M€ | 17 | 13 M€ | 14 | 265 M€ |
| Maîtrise d'Œuvre | 45 | 7% | 49 M€ | 0% | 0 | 0 M€ | 0 | 0 M€ | 45 | 49 M€ | 0 | 0 M€ |
| Marché de définition | 3 | 0,5% | 113 M€ | 0,57% | 3 | 113 M€ | 0 | 0 M€ | 0 | 0 M€ | 0 | 0 M€ |
| Marché de réalisation suite à marché de définition | 0 | 0,0% | 0 M€ | 0,00% | 0 | 0 M€ | 0 | 0 M€ | 0 | 0 M€ | 0 | 0 M€ |
| TOTAL GENERAL | 640 | 100% | 19 789 M€ | 100% | 134 | 7 169 M€ | 146 | 6 563 M€ | 263 | 2 099 M€ | 97 | 3 958 M€ |

AE = Armement-électronique

AG = Approvisionnements généraux

BG = Bâtiment et génie civil

IT = Informatique et télécommunications

TABLEAU 3
Mode de passation des marchés transmis à la CMPE en 2008

| CATEGORIES | | TOTAL CMPE | | | | DETAIL PAR SECTEUR | | | | | | | |
|---|---------|--------------------|--------------|----------------------|--------------|--------------------|-----------------|------------|-----------------|------------|-----------------|------------|-----------------|
| | | Nombre de dossiers | % | Montant des dossiers | % | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant |
| CMP 1° Partie (Pouvoirs adjudicateurs) | Article | | | | | Secteur AE | | Secteur AG | | Secteur BG | | Secteur IT | |
| Marchés à procédure adaptée | 28 | 17 | 2,7% | 50 M€ | 0,3% | | | 2 | 46 M€ | 15 | 4 M€ | | |
| Marchés de services à procédure allégée | 30 | 11 | 1,7% | 666 M€ | 3,4% | | | 11 | 666 M€ | | | | |
| M. négociés avec publicité et mise en concurrence | 35-I | 18 | 2,8% | 163 M€ | 0,8% | 2 | 31 M€ | 3 | 22 M€ | 9 | 11,7 M€ | 4 | 98 M€ |
| M. négociés sans publicité ni mise en concurrence | 35-II | 32 | 5,0% | 761 M€ | 3,8% | 9 | 120 M€ | 6 | 130 M€ | 2 | 2 M€ | 15 | 509 M€ |
| Procédure de dialogue compétitif | 36 | 4 | 0,6% | 206 M€ | 1,0% | | | | | | | 4 | 206 M€ |
| Procédure de conception-réalisation | 37 | 5 | 0,8% | 195 M€ | 1,0% | | | | | 5 | 195 M€ | | |
| Procédure de concours | 38 | 19 | 3,0% | 24 M€ | 0,1% | | | | | 19 | 24 M€ | | |
| Appel d'offres ouvert | 57 | 363 | 56,7% | 8 931 M€ | 45,1% | 7 | 649 M€ | 109 | 3 858 M€ | 189 | 1 726 M€ | 58 | 2 698 M€ |
| Appel d'offre restreint | 60 | 40 | 6,3% | 2 096 M€ | 10,6% | 6 | 120 M€ | 10 | 1 783 M€ | 20 | 113 M€ | 4 | 80 M€ |
| Système d'acquisition dynamique | 78 | 1 | 0,2% | 10 M€ | 0,1% | | | | | | | 1 | 10 M€ |
| Total partiel code des marchés première partie | | 510 | 79,7% | 13 101 M€ | 66,2% | 24 | 919 M€ | 141 | 6 506 M€ | 259 | 2 076 M€ | 86 | 3 601 M€ |
| CMP 2° Partie (Entités adjudicatrices) | Article | Nombre | | Montant | | Secteur AE | | Secteur AG | | Secteur BG | | Secteur IT | |
| Marchés à procédure adaptée | 146 | | 0,0% | | 0,0% | | | | | | | | |
| Marchés négociés sans mise en concurrence | 144-II | 2 | 0,3% | 31 M€ | 0,2% | 1 | 7 M€ | | | | | 1 | 24 M€ |
| Marchés négociés avec mise en concurrence | 165 | 5 | 0,8% | 85 M€ | 0,4% | 1 | 11 M€ | 3 | 52 M€ | | | 1 | 22 M€ |
| Appel d'offres ouvert | 160 | 1 | 0,2% | 10 M€ | 0,0% | | | | | | | 1 | 10 M€ |
| Appel d'offres restreint | 166 | | 0,0% | | 0,0% | | | | | | | | |
| Total partiel code des marchés deuxième partie | | 8 | 1,3% | 126 M€ | 0,6% | 2 | 18 M€ | 3 | 52 M€ | 0 | 0 M€ | 3 | 55 M€ |
| Marchés non soumis au code | Article | Nombre | | Montant | | Secteur AE | | Secteur AG | | Secteur BG | | Secteur IT | |
| Protection des intérêts essentiels de l'Etat | 3-7° | 4 | 0,6% | 47 M€ | 0,2% | 1 | 22 M€ | 1 | 3 M€ | 1 | 11 M€ | 1 | 12 M€ |
| Décret n° 2004-16 dit "Décret Défense" | Article | Nombre | | Montant | | Secteur AE | | Secteur AG | | Secteur BG | | Secteur IT | |
| M. négociés avec publicité et mise en concurrence | 2-I | 19 | 3,0% | 447 M€ | 2,3% | 18 | 444 M€ | | | 1 | 2 M€ | | |
| MN sans publicité et avec mise en concurrence | 2-II | 7 | 1,1% | 135 M€ | 0,7% | 5 | 87 M€ | | | | | 2 | 49 M€ |
| M. négociés sans publicité ni mise en concurrence | 2-III | 90 | 14,1% | 5 803 M€ | 29,3% | 82 | 5 548 M€ | 1 | 3 M€ | 1 | 1,1 M€ | 6 | 251 M€ |
| Marchés exigeant le secret | 2-IV | 2 | 0,3% | 130 M€ | 0,7% | 2 | 130 M€ | | | | | | |
| Total partiel décret défense du 7 janvier 2004 | | 118 | 18,4% | 6 515 M€ | 32,9% | 107 | 6 209 M€ | 1 | 3 M€ | 2 | 3 M€ | 8 | 300 M€ |
| TOTAL GENERAL | | 640 | 100% | 19 789 M€ | 100% | 134 | 7 169 M€ | 146 | 6 563 M€ | 262 | 2 090 M€ | 98 | 3 968 M€ |

AE = Armement-électronique

AG = Approvisionnements généraux

BG = Bâtiment et génie civil

IT = Informatique et télécommunications

Erreur ! Liaison incorrecte.

TABLEAU 5

Forme juridique des dossiers transmis à la CMPE en 2008

| CATEGORIES | Marchés simples | | Marchés à bons de commande | | Marchés à tranches conditionnelles | | Avenants | | Accords-cadres | | TOTAL GENERAL | |
|-----------------------------------|-----------------|-----------------|----------------------------|-----------------|------------------------------------|-----------------|----------|--------------|----------------|-----------------|---------------|-----------------------|
| | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant | Nombre | Montant |
| Armement / Electronique | 20 | 530 M€ | 23 | 1 237 M€ | 88 | 5 005 M€ | | | 3 | 396 M€ | 134 | 7 169 M€ |
| Approvisionnements Généraux | 9 | 101 M€ | 118 | 4 567 M€ | 8 | 1 683 M€ | | | 11 | 212 M€ | 146 | 6 563 M€ |
| Bâtiment / Génie Civil | 140 | 712 M€ | 17 | 262 M€ | 102 | 959 M€ | 1 | 1 M€ | 3 | 166 M€ | 263 | 2 099 M€ |
| Informatique / Télécommunications | 9 | 166 M€ | 63 | 1 750 M€ | 11 | 410 M€ | 2 | 17 M€ | 12 | 1 615 M€ | 97 | 3 958 M€ |
| TOTAL CMPE | 178 | 1 509 M€ | 221 | 7 815 M€ | 209 | 8 057 M€ | 3 | 18 M€ | 29 | 2 391 M€ | 640 | 19 789 238 971 |

TABLEAU 6

Durée des marchés transmis à la CMPE en 2008.

| Durée des marchés | Montant HT par catégorie | Nombre de marchés | Proportion (en montant) | Proportion cumulée |
|-------------------|--------------------------|-------------------|-------------------------|--------------------|
| plus de dix ans | 445 520 000 | 6 | 2,3% | 2,3% |
| dix ans | 352 592 880 | 8 | 1,8% | 4,0% |
| neuf ans | 548 000 000 | 3 | 2,8% | 7% |
| huit ans | 1 909 540 000 | 6 | 9,6% | 16% |
| sept ans | 218 773 000 | 13 | 1,1% | 18% |
| six ans | 1 100 144 640 | 24 | 5,6% | 23% |
| cinq ans | 2 462 192 889 | 61 | 12,4% | 36% |
| quatre ans | 8 371 292 297 | 201 | 42,3% | 77,9% |
| trois ans | 1 769 771 222 | 93 | 8,9% | 87% |
| deux ans | 840 481 921 | 69 | 4,2% | 91,1% |
| un an | 1 584 042 416 | 89 | 8,0% | 99% |
| moins d'un an | 186 887 706 | 67 | 0,9% | 100,0% |
| TOTAL | 19 789 238 971 | 640 | 100% | |

Commission des Marchés Publics de l'Etat
Bâtiment Condorcet
6, rue Louise Weiss
75013 PARIS

