



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES
ET DE L'INDUSTRIE

MINISTÈRE DU BUDGET
DES COMPTES PUBLICS
ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT

COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS PUBLICS

CCMP

RAPPORT ANNUEL 2011

SOMMAIRE

Avant-propos	3
I. Le fonctionnement de la CCMP	4
A. Mission et champ de compétence	4
B. Composition de la commission	4
1. La présidence	4
2. Les membres	4
C. Modalités de saisine	5
D. Procédures de travail	5
1. Les moyens	5
a) Le secrétariat	5
b) Les rapporteurs	5
2. Les méthodes	6
a) L'assistance sur dossier	6
b) Les échanges avec les services	6
• Les consultations	6
• Les réunions	6
• Les relations avec les administrations étrangères	6
3. Le bilan annuel	6
II. Les conseils de la CCMP	7
A. Recherche de l'efficacité économique	7
1. La mise en œuvre d'une saine concurrence	7
a) La définition du besoin	7
b) La définition de l'objet du marché	7
c) L'allotissement des prestations	9
d) La coordination et le groupement de commandes	10
• Coordination de commandes	10
• Groupement de commandes	11
e) La forme et la durée des marchés	11
• Les accords-cadres	11
• Les marchés à bons de commande	11
• Les marchés à tranches conditionnelles	12
2. La qualité de l'achat : le respect du développement durable	12
3. Les prix du marché	13
a) La négociation du prix	13
b) La révision des prix	14

B. Recherche de la sécurité juridique des contrats	14
1. Le choix de la procédure	14
a) Les marchés relevant de l'article 30	14
b) Les marchés négociés sans mise en concurrence	15
c) Le recours au décret « défense »	15
d) La nouvelle troisième partie du code des marchés publics	15
• Les équipements doivent être « destinés à la sécurité »	15
• Les équipements doivent faire intervenir, nécessiter ou comporter des « supports protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale »	15
e) Le dialogue compétitif	16
f) Les marchés de conception-réalisation	16
g) Les marchés associant réalisation et exploitation ou maintenance	17
2. Le déroulement de la procédure	18
a) Les intervenants au marché	18
• Le pouvoir adjudicateur	18
• Les opérateurs économiques	18
b) Les sous-traitants	18
c) Les sous-contractants	19
d) Les conditions de participation	19
e) Le jugement des offres	21
• Le critère « prix »	21
• Le critère « valeur technique »	22
• Le critère « performance en matière d'insertion sociale »	22
3. Le dossier de consultation	23
4. Pièces constitutives du marché	23
a) Acte d'engagement	23
b) CCAP	24
• La liste des documents contractuels	24
• L'avance	24
• La facturation et les modalités de paiement	24
• Les pénalités de retard	25
c) CCTP	25
Conclusion	27
Les évolutions législatives et réglementaires	28
Les évolutions jurisprudentielles	30
Annexes	47

AVANT PROPOS

Instance de conseil auprès des acheteurs publics de l'Etat, de ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux et des collectivités territoriales, la commission consultative des marchés publics (CCMP) leur apporte une assistance pour la préparation et la passation de leurs marchés et accords-cadres.

Au cours de l'année 2011, elle a été saisie sur des dossiers souvent complexes tels que des marchés de prestations d'assurances concernant des agents territoriaux ou des marchés nouveaux tels les marchés de performance énergétique qui ont donné lieu à des avis motivés après examen en séance plénière. La plupart des autres dossiers ont, par ailleurs, fait l'objet de lettres d'observations.

La commission a été également très régulièrement saisie de questions plus ponctuelles, traitées de façon moins formelle mais non moins approfondie.

L'action de la CCMP a pour but d'aider les services acheteurs à mieux utiliser les deniers publics dans le respect d'une réglementation complexe et en constante évolution.

Afin de répondre à la mission qui lui est impartie la commission s'efforce d'être à l'écoute des acheteurs et de répondre au mieux à leurs attentes en les aidant à réaliser leurs objectifs avec le moins de risque contentieux possible.

Bernard CIEUTAT
Président de la CCMP

I. Le fonctionnement de la CCMP

La composition, l'organisation et les règles de fonctionnement de la commission consultative des marchés publics (CCMP) ont été fixées par le décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009 et son arrêté d'application, relatif à l'assistance apportée aux collectivités territoriales par la commission consultative des marchés publics pour l'élaboration et la passation de leurs marchés et accords-cadres.

A. Mission et champ de compétence

La CCMP a pour mission de fournir une assistance aux acheteurs publics pour la préparation et la passation de leurs marchés et accords-cadres dès le lancement de la consultation et, sous certaines conditions, tout au long de la procédure de passation. Elle joue un rôle de conseiller auprès des acheteurs publics qui la sollicitent afin de leur proposer des solutions visant à assurer la sécurité juridique de leurs achats mais également les conditions économiques les meilleures possibles.

Les pouvoirs adjudicateurs ont toute liberté de suivre ou non les conseils de la commission.

La CCMP est compétente pour examiner, à la demande des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices :

- tout marché ou accord-cadre passé par l'État ou ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux et ce, sans condition de seuil ;
- tout projet de marché ou d'accord-cadre passé par les collectivités territoriales, dont le montant est supérieur à 1 M€HT.

Elle peut également être saisie d'une difficulté particulière rencontrée tout au long de la procédure de passation des marchés et accords-cadres lorsque ceux-ci lui ont été soumis antérieurement pour examen.

B. Composition de la commission

1. La présidence

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

2. Les membres

La commission comprend :

- un ou deux représentants de l'État, choisis par le président pour leur expertise en fonction du marché concerné, à partir d'une liste d'agents publics de l'État ;
- un ou deux représentants des collectivités territoriales choisis dans les mêmes conditions ;
- le directeur général des collectivités locales au ministère de l'intérieur, ou son représentant ;

- le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie ou son représentant ;
- un représentant du ministère chargé de la concurrence.

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.

C. Modalités de saisine

Le service acheteur adresse son projet de marché ou d'accord-cadre à la CCMP avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou le lancement de la consultation.

La demande d'avis comporte au minimum une note de présentation, le règlement ou la lettre de consultation, les projets de documents contractuels, le projet d'avis d'appel public à la concurrence lorsque la procédure le prévoit, et tout autre document jugé utile à l'instruction du dossier. La saisine peut s'opérer sous forme dématérialisée.

Les modalités pratiques de saisine sont présentées dans une notice figurant sur le site internet de la CCMP.

D. Procédures de travail

1. Les moyens

a) Le secrétariat

La CCMP dispose d'un secrétariat de 5 personnes.

Le secrétariat, organisé en trois secteurs (approvisionnements généraux, armement – techniques de l'information et de la communication, bâtiment – génie-civil), est composé d'agents de catégorie A, issus de différents ministères (économie, défense, environnement) expérimentés en matière de marchés publics. Ils effectuent des examens approfondis des dossiers transmis et les proposent, le cas échéant, au président ou au vice-président du secteur concerné pour un examen en séance. Ils rédigent les projets d'avis et les notes d'observations.

En outre, deux agents de catégorie A exercent des fonctions de chargés de mission auprès du président de la commission.

b) Les rapporteurs

La commission bénéficie de la collaboration de rapporteurs dont la liste est arrêtée par le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie, sur proposition du président de la commission, en fonction de leurs compétences en matière de marchés publics.

Ils ont vocation à étudier les dossiers qui ont fait l'objet d'une décision de sélection pour examen par la commission et à les présenter en séance.

Sont notamment intervenus en 2011, Madame Danièle MOUSSET, retraitée, ancien chef de bureau de la Commission Centrale des marchés (CCM), Monsieur Bruno MOAL, responsable du pôle juridique au sein de la direction déléguée aux affaires juridique et à l'innovation du CNRS et le commandant Hervé HORIOT, adjoint au sous-directeur des achats au sein du service parisien de soutien à l'administration centrale du ministère de la Défense.

2. Les méthodes

a) L'assistance sur dossier

L'assistance de la CCMP aux acheteurs publics s'effectue notamment sur dossiers dans les conditions prévues par le décret n° 2009-179 du 22 octobre 2009 précité et la notice de présentation desdits dossiers.

Selon la complexité ou la nature des problèmes soulevés ces dossiers font l'objet d'un examen par la commission ou d'une lettre d'observations signée du président ou du vice-président concerné.

Peu de dossiers ont nécessité la réunion plénière de la commission mais tous ont fait l'objet d'un examen attentif. Ils ont donné lieu à des observations portant principalement sur la définition du besoin et de l'objet du marché, la pertinence et les modalités de mise en œuvre de la procédure de passation ou de la forme du marché retenue. Les observations ont également concerné les conditions de concurrence et leurs incidences sur l'économie du marché ainsi que les documents de la consultation et sur les documents contractuels. La commission vise ainsi à prévenir d'éventuelles difficultés en cours d'exécution du marché et à limiter les risques contentieux.

Les délais d'intervention de la CCMP, fixés par le décret du 22 octobre 2009, qui sont au plus de 30 jours francs à compter de la délivrance de l'accusé de réception du dossier, sont généralement très inférieurs, d'autant que les acheteurs publics ont la possibilité, à titre exceptionnel, de demander à la commission ses observations dans des délais inférieurs à un mois.

b) Les échanges avec les services

■ Les consultations

En sus des observations et recommandations formelles sur dossiers constitués, telles que le prévoit le décret du 22 octobre 2009 précité et qui est la forme normale de saisine de la CCMP, l'assistance aux acheteurs publics prend la forme d'échanges téléphoniques et, de plus en plus fréquemment, de courriels. Ces échanges qui constituent la part essentielle de l'activité de la commission interviennent en amont ou en aval des dossiers sur des questions plus ou moins complexes.

■ Les réunions

Des réunions avec les services acheteurs sont organisées par les responsables de chacun des secteurs afin de conseiller les services le plus en amont possible et de faciliter ainsi la mise au point des dossiers de consultation.

■ Les relations avec les administrations étrangères

Le secrétariat technique de la commission a été sollicité pour présenter, à une délégation roumano-moldave, les modalités des contrôles ex ante des marchés publics en France et, à une délégation lituanienne, son activité de conseil aux acheteurs.

3. Le bilan annuel

Aux termes de l'article 11 du décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009, la commission établit chaque année un bilan de ses travaux. Il est adressé au directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie et au directeur général des collectivités locales du ministère de l'intérieur. Diffusé largement auprès des acheteurs publics, ce support d'information synthétise les avis, observations et recommandations formulées par la commission tout au long de l'année.

II. Les conseils de la CCMP

Les conseils émis par la CCMP, qu'ils soient sous forme d'avis, de lettres d'observations ou de conseils plus ou moins formalisés (courriels, appels téléphoniques, réunions), visent à assurer la réalisation d'achats économiquement satisfaisants et sécurisés juridiquement.

A. Recherche de l'efficacité économique

L'efficacité économique de l'achat passe par la mise en œuvre d'une saine concurrence, par le respect des préoccupations liées au développement durable et par la recherche du meilleur rapport qualité-prix.

1. La mise en œuvre d'une saine concurrence

a) La définition du besoin

L'un des éléments de la mise en œuvre d'une concurrence satisfaisante est sans nul doute – la commission le rappelle année après année – une bonne définition du besoin. Avant d'engager une consultation le pouvoir adjudicateur doit donc se poser toutes les questions susceptibles de déterminer l'ampleur et la nature des prestations à réaliser. Un besoin mal apprécié peut conduire à des achats inappropriés ou inutilement coûteux.

A propos d'un projet d'accord-cadre de « contrôle extérieur de travaux routiers, auscultation de chaussée et études d'entretien », la commission a relevé que les prestations incluaient, outre des tâches techniques, des tâches d'assistance au maître de l'ouvrage ; elle a fait observer au service que, de ce fait, les accords-cadres tels qu'envisagés regrouperaient des prestations relevant d'opérateurs économiques exerçant dans des champs de compétence différents et que, dès lors, cette disposition nuirait à la qualité des candidatures et des offres et pourrait induire un recours important à la sous-traitance ; elle a donc recommandé au service de dissocier les deux natures de prestations en restreignant la consultation aux seules prestations de nature technique. Le service a suivi cette recommandation et présenté un nouveau dossier sur cette base restreinte.

b) La définition de l'objet du marché

Le même souci anime la commission s'agissant de l'objet du marché. Elle veille à ce que les prestations à réaliser et leur périmètre soient correctement définis afin que les concurrents connaissent l'étendue de leur engagement et que soient évités ultérieurement les contentieux.

Ainsi, pour un marché ayant pour objet des études de faisabilité « amont » d'opérations routières visant à explorer leur opportunité, leur faisabilité et leur impact sur le réseau routier national, la commission a observé que l'objet du marché ainsi énoncé dans l'avis d'appel public à la concurrence était trop imprécis. Le service a alors indiqué à la commission les opérations routières qui étaient concernées et fait valoir qu'il ne s'agissait pas de constituer un dossier de faisabilité à proprement parler mais à la fois de synthétiser l'ensemble des contraintes pour examiner si l'aménagement proposé était faisable et d'étudier certains thèmes qui semblaient poser problème, et qu'en conséquence, le niveau d'études attendu était relativement succinct. La commission a recommandé que ces précisions essentielles pour la compréhension du dossier figurent dès la rédaction de l'avis d'appel à la concurrence.

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.

A cet effet, la commission a, à plusieurs reprises, recommandé aux services d'utiliser les guides et recommandations élaborés par les groupes d'études des marchés (GEM) qui couvrent de nombreux champs. Ces documents peuvent être consultés et téléchargés à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/guides-et-recommandations-des-gem-et-autres-publications>

Néanmoins certains projets envisagés par les acheteurs comportent une part d'incertitude. En règle générale, celle-ci peut porter sur les quantités à réaliser, sur la durée ou le calendrier de réalisation ou encore sur l'évolution des techniques ou des procédés d'exécution de la prestation. Le CMP permet de résoudre, au moins partiellement, ces difficultés par le recours à certaines formes de contrats (accords-cadres, marchés à bons de commande, marchés à tranches conditionnelles).

Encore faut-il ne pas multiplier les incertitudes. Ainsi, la commission a déconseillé à un service de prévoir, dans un marché d'aide à la rédaction de documents, une tranche ferme incluant des prestations à prix forfaitaire et une partie à bons de commande, une tranche conditionnelle et une prestation supplémentaire éventuelle dont le montant était susceptible d'être important.

S'agissant des marchés à bons de commande concernant les prestations de service, la commission a rappelé que celles-ci devaient être définies par des unités d'œuvre susceptibles d'être chiffrées par les concurrents. Des taux horaires ou des taux journaliers ne sauraient répondre à ces exigences car ils peuvent apparaître comme un prêt de main d'œuvre, interdit par les articles L 241 et L 8842-2 du code du travail et sanctionnés par la justice. Il convient donc, dans cette hypothèse, de remplacer les taux horaires ou journaliers par des unités d'œuvre incluant aussi bien les coûts de main d'œuvre que les frais de matériels et les frais généraux.

S'agissant des marchés à tranches conditionnelles, la commission a rappelé que le contenu de chaque tranche doit être parfaitement identifié dans le marché comme dans le règlement de la consultation et son prix fixé dans l'acte d'engagement ou ses annexes. Le CCAP doit en outre préciser dans quels délais les tranches pourront être affermies.

La commission a constaté que certains marchés comportaient une clause prévoyant que certaines prestations feraient l'objet d'une négociation en cours de contrat.

Ainsi par exemple, un marché d'assurances passé par un centre de gestion de la fonction publique territoriale prévoyait qu'une convention serait conclue, après notification du marché, avec les assureurs pour fixer le montant des sommes qui leur seront versées en compensation des actions engagées par le centre de gestion au titre de l'exécution et du suivi des contrats. La commission a observé que cette participation des assureurs ne faisait pas l'objet d'une mise en concurrence et recommandé au service d'intégrer dans le marché, sous la forme qui lui paraîtra la plus appropriée, le paiement de ces frais de gestion, en indiquant que ces derniers pourraient, par exemple, être déduits du montant des primes dues par les collectivités, pour être versés ensuite par celles-ci au centre de gestion.

De même, elle a invité un service à supprimer, dans un marché de chauffage, une stipulation qui prévoyait le rachat par le pouvoir adjudicateur de certains équipements installés par le titulaire du marché.

Mais une bonne définition de l'objet du marché n'exclut pas de laisser aux candidats l'initiative de proposer des variantes dans les conditions prévues à l'article 50 du CMP. Il s'agit de certaines modifications aux stipulations du cahier des charges susceptibles de conduire à des

propositions financières plus intéressantes ou des propositions techniques plus performantes. La commission a rappelé que le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt « Société Technologie Alpine Sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc » (5 janvier 2011, n° 343206) que ne peuvent être considérées comme variantes que les solutions comportant « *des modifications, à l'initiative des candidats, des spécifications prévues dans la solution de base décrites dans les documents de la consultation* ». Les compléments apportés par les candidats au cahier des charges ne constituent pas des variantes, ce terme étant réservé aux seules propositions de modification du cahier des charges autorisées par le pouvoir adjudicateur.

Ces compléments peuvent en effet :

- être appréciés au titre de la conformité de l'offre au cahier des charges ;
- constituer les informations qui permettront de juger la valeur de l'offre au regard des critères autres que le prix.

S'agissant de procédures formalisées, si le pouvoir adjudicateur souhaite ouvrir la consultation aux variantes, il doit mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales à respecter.

En revanche, pour les MAPA, les candidats peuvent librement proposer des variantes. Cependant, même dans ce cas, la commission conseille, afin de faciliter le jugement des offres, d'indiquer les parties du cahier de charges sur lesquelles peuvent porter les variantes et les exigences minimales que celles-ci doivent respecter.

La nouvelle rédaction de l'article 50 issue du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 laisse désormais la possibilité aux candidats de présenter des variantes sans qu'ils soient obligés de répondre à l'offre de base ; cette mesure a pour but de faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Dès lors, si un pouvoir adjudicateur choisit d'imposer aux candidats de répondre à la solution de base, liberté leur étant laissée de proposer en outre une ou des variantes respectant les exigences minimales énoncées, la commission recommande de s'assurer qu'il ne restreint pas ainsi la concurrence de manière abusive, c'est-à-dire aux seuls opérateurs économiques capables d'exécuter la solution de base.

c) L'allotissement des prestations

L'article 10 du CMP pose le principe de l'allotissement dans le souci d'ouvrir la concurrence, notamment aux PME, le plus largement possible.

L'acheteur public peut s'en dispenser seulement si l'une des trois conditions suivantes est remplie :

- la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ;
- elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ;
- le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Hormis ces hypothèses, l'attribution d'un marché unique pour des prestations de nature différente est juridiquement risquée. Ainsi, la commission a observé que la coopération internationale ne figure pas parmi les dérogations justifiant le recours à un marché global. En conséquence, en l'absence de Traité prévoyant des procédures particulières, les achats réalisés par un pouvoir adjudicateur soumis au CMP, y compris lorsque ce dernier agit pour le compte d'autres Etats-membres, doivent être passés en application des dispositions prévues à l'article 10 du code.

Pour la construction d'un bâtiment qui devait être réalisée en concluant un marché unique, la commission a engagé le pouvoir adjudicateur à s'assurer de la solidité de ses arguments

justifiant son choix dès avant le lancement de la procédure de passation ; elle a fait la même recommandation pour un marché de travaux routiers comprenant la réalisation d'ouvrages d'art, de murs de soutènement, des travaux de terrassement, d'assainissement et de rétablissement de voirie.

En revanche, pour un marché de conception, réalisation, entretien, maintenance de lignes d'accostage et de stationnement de navires, la commission a considéré qu'il pourrait être envisagé de constituer un poste d'entretien maintenance en lot distinct ; néanmoins, elle a admis que la complexité des ouvrages à réaliser pouvait, au cas particulier, justifier le recours au marché unique. Elle a constaté, par ailleurs, que le projet qui lui était soumis respectait les dispositions du dernier alinéa de l'article 10 : celles-ci prévoient que si le pouvoir adjudicateur a recours à un marché global pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, le marché doit obligatoirement faire « *apparaître de manière séparée les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction* ».

A tout le moins, lorsque le pouvoir adjudicateur maintient le choix d'un marché unique pour des prestations de natures différentes pour des raisons ci-dessus évoquées, la commission recommande d'envisager la possibilité d'ouvrir la concurrence à des groupements d'entreprises conjointes en énonçant dès le début de la procédure la liste des secteurs techniques constituant chaque lot du groupement.

L'article 51.III du code des marchés publics dans sa nouvelle version issue du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 ne rend plus obligatoire, pour les marchés à bons de commande et les accords-cadres, d'indiquer le montant des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter ; par contre, l'indication de la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter reste une obligation réglementaire.

d) La coordination et le groupement de commandes

■ Coordination de commandes

La commission a été consultée sur des projets de marchés ayant pour objet la mutualisation des achats de plusieurs départements ministériels. Cette démarche, prévue par l'article 7 du CMP, procède à la fois du souci de simplifier les tâches administratives de préparation et de gestion des dossiers et du souci d'obtenir de meilleurs prix du fait du regroupement des commandes. Mais elle n'est efficace que si certaines conditions sont remplies. La consultation devant être lancée sur la base d'un cahier des charges commun, il convient de bien anticiper l'évolution des besoins et le périmètre des services concernés avant le lancement de la procédure de marché ; en effet, une fois celle-ci engagée, il est impossible d'intégrer des modifications qui remettraient en cause l'équilibre initial du marché.

Les modalités de mise en œuvre de ce mécanisme de coordination sont laissées à la libre appréciation des pouvoirs adjudicateurs et peuvent être formalisées dans une convention. Ainsi un ministère centralisateur peut, par exemple, être désigné pour conclure un accord-cadre à partir duquel chaque ministère pourra soit conclure son propre marché, soit émettre des bons de commande dans les termes fixés par le marché passé par le ministère centralisateur. Un ministère peut donc passer un marché ou un accord-cadre au niveau central pour son compte et celui de différents services de l'État, celui-ci restant le pouvoir adjudicateur.

■ Groupement de commandes

Les groupements de commandes prévus à l'article 8 permettent à des pouvoirs adjudicateurs et à des personnes privées de se grouper afin de lancer une procédure unique de passation d'un marché. Cette démarche implique l'établissement d'une convention de groupement désignant un coordonnateur, que son rôle soit clairement défini et que les engagements de chacun des membres soient respectés.

La commission a précisé que les dispositions du I de l'article 8 du code n'autorisent pas la constitution de groupements de commande avec des personnes publiques étrangères.

e) La forme et la durée des marchés

La forme et la durée des marchés ne sont pas étrangères aux conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence et à la remise d'offres économiquement avantageuses.

Les accords-cadres et les marchés à bons de commande multi-attributaires, notamment, lorsqu'ils sont utilisés à bon escient, peuvent apporter des solutions intéressantes pour l'acheteur public.

■ Les accords-cadres

Les accords-cadres multi-attributaires permettent de faire appel à plusieurs titulaires remis en concurrence périodiquement ou lors de la survenance du besoin et d'ajuster le besoin lors de la remise en concurrence. Ils permettent ainsi d'acheter à de meilleures conditions des prestations dont les prix et les caractéristiques techniques sont susceptibles de connaître une évolution rapide. La commission a observé que les accords-cadres doivent établir les termes de marchés à passer et décrire les prestations à réaliser ainsi que les modalités d'exécution des prestations.

La commission a rappelé que les accords-cadres « constituent un système clos dans lequel personne ne peut entrer, ni du côté des acheteurs, ni du côté des fournisseurs ». Les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir être identifiés de manière précise dans l'avis de marché soit en les nommant directement dans l'avis même, soit par référence à d'autres documents (cahier des charges par exemple) ou sous la forme d'une liste des pouvoirs adjudicateurs ayant obtenu le droit de bénéficier de l'accord-cadre. La modification a posteriori de la liste modifierait les termes initialement prévus dans l'accord-cadre et remettrait en cause le périmètre de la concurrence initiale.

■ Les marchés à bons de commande

Le recours aux marchés à bons de commande multi-attributaires n'autorise pas la remise en concurrence mais peut être un moyen, si nécessaire, d'assurer la sécurité des approvisionnements, d'ouvrir la concurrence à des entreprises qui n'auraient pas la capacité de réaliser la totalité de la prestation, et, le cas échéant, de s'approvisionner au meilleur prix du fait de la proximité du fournisseur. Il en est ainsi, par exemple pour la fourniture de carburant terrestre pour laquelle le recours au marché à bons de commande multi-attributaires peut être opportun.

Pour un marché à bons de commande mono-attributaire passé pour un an renouvelable trois fois et portant sur une grande variété de prestations, la commission a conseillé au service de préférer un marché à bons de commande multi-attributaires afin de ne pas priver, pour une longue période, l'accès au marché à de nombreuses entreprises compétentes.

Quelle que soit la forme du marché à bons de commande les prestations à réaliser doivent être précisément définies.

Certains marchés prévoient des prestations susceptibles d'être commandées sur la base de coûts de fournitures et de coûts horaires. La commission a rappelé que l'utilisation de coûts horaires n'est pas acceptable, car ils ne constituent ni un prix ni la règle complète permettant de parvenir à sa détermination. En effet, le prix de la prestation serait, dans ce cas, déterminé au moment de l'établissement du bon de commande par des échanges et donc une négociation, entre le titulaire et le bénéficiaire, sur le contenu du bon de commande. Or, comme la commission l'a rappelé, l'article 77 du code des marchés publics dispose que l'émission des bons de commandes s'effectue sans négociation, ni remise en concurrence. La commission a donc invité les acheteurs à établir un bordereau comportant toutes les prestations qui pourront être commandées en cours d'exécution du marché.

Pour ces deux types de contrats la durée ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Toutefois, lorsqu'il s'agit de marchés de défense ou de sécurité passés en application de la troisième partie du CMP, la durée maximale est portée à sept ans, sauf également dans des cas exceptionnels dûment justifiés (articles 250.V et 251.II du CMP).

■ Les marchés à tranches conditionnelles

Enfin, lorsque l'acheteur public n'envisage pas de satisfaire en une seule fois l'ensemble de ses besoins, il peut recourir aux marchés à tranches conditionnelles. Encore faut-il que ces tranches soient fonctionnelles et fassent appel à des compétences qui ne sont pas fondamentalement différentes. Pour un marché de maintenance de chauffage susceptible de comporter en tranche conditionnelle des prestations multi-techniques, la commission a relevé le caractère artificiel de la tranche conditionnelle dans la mesure où celle-ci pouvait nécessiter que les candidats se présentent en groupement pour pouvoir réaliser l'ensemble du marché et où, dans l'hypothèse où la tranche ne serait pas affirmée, l'entreprise appelée à exécuter les prestations multiservices serait titulaire d'un marché pour lequel elle n'aurait, en définitive, aucune prestation à réaliser.

L'article 18.III du code des marchés publics dans sa nouvelle version issue du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 dispose désormais que les tranches conditionnelles sont actualisées et que l'actualisation doit être faite en prenant en compte la date de début d'exécution des prestations de chaque tranche du marché.

2. La qualité de l'achat : le respect du développement durable

Depuis l'adoption de la Charte de l'Environnement du 1^{er} mars 2005, les services de l'Etat sont invités à améliorer leur politique d'achat de façon à réduire l'impact de leurs activités quotidiennes sur l'environnement. Le CMP fait donc obligation, dans son article 5, de prendre en compte les objectifs de développement durable.

La commission a rappelé que cette exigence pouvait être prise en compte aux divers stades de la procédure :

- définition du besoin,
- sélection des candidatures,
- choix des offres,

et de différentes manières :

- dans les spécifications techniques,
- dans les critères de jugement des offres.

Il est possible de prévoir pour un même marché des conditions d'exécution spécifiques et un critère de jugement prenant en compte le développement durable, à condition de ne pas confondre les critères de jugement et les exigences techniques.

Néanmoins, il est recommandé aux services acheteurs d'apprécier les exigences qui peuvent être imposées aux opérateurs économiques sans que celles-ci aient pour effet de limiter abusivement la concurrence.

Le développement durable peut être pris en compte dans le jugement des offres. Encore faut-il que ce critère soit directement lié à l'objet du marché et non, par exemple, aux caractéristiques des entreprises candidates dans leurs activités en général. Ainsi, pour un marché de maintenance d'un réseau d'informations routières, la commission a considéré que les informations sur l'organisation de l'entreprise en matière de développement durable ne pouvaient être considérées comme étant liées à l'objet du marché.

Le souci de répondre à des exigences environnementales était présent, à des degrés divers, dans l'ensemble des dossiers transmis à la CCMP ; il l'était particulièrement dans des projets de marchés d'habillement où il était généralement pris en compte dans les modalités d'exécution, principalement dans les stipulations relatives :

- aux conditions de travail

Ces marchés comportaient l'engagement du titulaire de respecter 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 était employée. Ils stipulaient également que le titulaire était tenu de respecter les dispositions des huit conventions de l'OIT lorsque celles-ci n'étaient pas intégrées dans les lois et règlements du pays où cette main d'œuvre était employée. Le titulaire avait en outre l'obligation, sur simple demande du pouvoir adjudicateur, de fournir tout renseignement sur le processus de production permettant de démontrer qu'il s'imposait et imposait à ses sous-traitants le respect de ces exigences. La commission a observé que le non respect de ces dispositions contractuelles pouvait être sanctionné par la résiliation du marché pour faute du titulaire.

- aux conditions de fabrication

La commission a recommandé de préciser dans les dossiers techniques les exigences minimales en matière d'environnement, ces exigences, au cas particulier des marchés d'habillement pouvant être établies à partir de l'écolabel textile européen et du règlement REACH relatif à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des produits chimiques. Elle a suggéré également de prévoir des exigences minimales en matière de rejet des effluents liquides et gazeux, en matière de gestion des déchets des produits dangereux ainsi que des exigences relatives à la consommation énergétique.

Concernant un projet de marché de transports scolaires, la commission a noté le souci du service d'intégrer les préoccupations environnementales en prévoyant un critère prenant en compte les caractéristiques des véhicules (consommation moyenne, normes de motorisation et de dépollution) et la formation des conducteurs à l'éco-conduite.

3. Les prix du marché

a) La négociation du prix

Le prix des marchés résulte des conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence ou de l'efficacité de la négociation. Celle-ci est toujours possible pour les marchés en procédure adaptée. Dans ce cas, si l'acheteur décide de recourir à cette possibilité, il doit en informer les candidats dans l'AAPC ou les documents de la consultation et il est alors obligé de négocier. (TA de Toulouse, 23 novembre 2010, Société FM Projet, n° 1004555).

Quel que soit le contexte de la négociation, celle-ci doit être menée en assurant la transparence et l'égalité de traitement des candidats.

b) La révision des prix

Un résultat économiquement avantageux ne se mesure pas seulement au prix constaté à l'ouverture des offres ou à l'issue de la négociation ; il dépend aussi des conditions dans lesquelles celui-ci évolue dans le temps.

La commission a rappelé que la formule de variation des prix doit être arrêtée par le pouvoir adjudicateur ; celui-ci ne peut laisser aux candidats la possibilité de présenter des variantes en la matière car il serait dans l'impossibilité, au moment du jugement des offres, de comparer les différentes formules entre elles ou avec celle prévue au marché. Le principe issu de la jurisprudence communautaire selon lequel il n'est pas possible de retenir des critères non susceptibles d'évaluation économique objective immédiate (CJCE, 4 décembre 2003, EVN AG et Wienstrom GMBH c/ Republik Österreich, C-448/01) serait alors méconnu.

Les paramètres utilisés dans les formules de variation des prix doivent être représentatifs du coût de la fourniture ou du service acquis. Ainsi, concernant un marché de construction d'un immeuble pour lequel le CCAP ne prévoyait qu'un seul index, la commission a recommandé de fixer un index adapté à chacun des lots techniques afin de prendre en compte de manière plus efficace les variations économiques des prix des différentes prestations. Pour un marché de performance énergétique la commission s'est étonnée que la formule de révision ne comporte qu'un indice représentatif de l'évolution des salaires.

L'article 18 V du code des marchés public, dans sa rédaction issue du décret n°2011-1000 du 25 août 2011, dispose désormais que la formule de révision applicable aux marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux peut comprendre une partie fixe ; il reste cependant possible de ne pas en prévoir une, afin de représenter au mieux les variations économiques de certains des prix du marché.

B. Recherche de la sécurité juridique des contrats

La sécurité juridique des contrats dépend du choix d'une procédure de passation répondant aux exigences de la réglementation nationale et européenne. Ce choix relève de la responsabilité du pouvoir adjudicateur et doit être motivé. La procédure de passation retenue et les conditions de son déroulement doivent permettre d'assurer la liberté d'accès à la commande publique, la transparence et l'égalité de traitement des candidats.

1. Le choix de la procédure

Les observations de la commission ont porté principalement sur les procédures particulières, l'appel d'offres, procédure de droit commun, ne posant pas de problème d'utilisation et étant généralement bien maîtrisé.

a) Les marchés relevant de l'article 30

Consultée sur un marché de prestations de gestion de centres multi-accueil, la commission a observé que les services de crèches et de garderies d'enfants relèvent de la catégorie des services sociaux et sanitaires, figurant à l'annexe IIB de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. Les dispositions de l'article 30 du CMP étaient donc applicables en l'espèce. Elle a rappelé, à propos de ce dossier, que la détermination précise des besoins constitue une disposition générale applicable à l'ensemble des marchés publics et qu'il convenait de déterminer de la manière la plus précise possible le mode de fonctionnement des établissements préalablement au lancement de la consultation.

Ces marchés sont également soumis aux principes découlant de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le II de l'article 1^{er} du CMP.

b) Les marchés négociés sans mise en concurrence

La commission veille à ce que cette procédure dérogatoire soit utilisée à bon escient, dans le respect des dispositions de l'article 35 du CMP, et conduite selon les modalités prévues aux articles 65 et 66.

c) Le recours au décret « défense »

Le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 modifié dit « décret défense », abrogé par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation des marchés publics de défense et de sécurité, concernait les marchés et accords-cadres portant sur les armes, munitions et matériels de guerre passés pour les besoins exclusifs de la défense et mettant en cause les intérêts essentiels de l'État.

Ces contrats pouvaient être conclus selon les cas avec publicité et mise en concurrence, sans publicité et avec mise en concurrence, ou sans publicité ni mise en concurrence.

Pour un marché d'adaptation des infrastructures des ports servant de base aux sous-marins et comportant des installations nécessaires à leur entretien, la commission a considéré que le service pouvait recourir au décret « défense » dans la mesure où ce marché :

- était passé pour les besoins exclusifs de la défense ;
- était directement lié à la réalisation, à la mise en œuvre et au maintien en condition opérationnelle de matériels de guerre ;
- mettait en cause les intérêts essentiels de sécurité de l'État.

d) La nouvelle troisième partie du code des marchés publics

La commission a été interrogée sur l'interprétation qu'il convient de donner aux termes « ayant pour objet la fourniture d'équipements destinés à la sécurité et nécessitant des supports ou informations protégés ou classifiés » ; elle a répondu que les équipements acquis doivent satisfaire la double condition suivante.

■ Les équipements doivent être « destinés à la sécurité »

La directive a pour objet de régir les achats de biens et de services « cruciaux à la fois pour la sécurité et la souveraineté des Etats membres et pour l'autonomie de l'Union » (Considérant 8 de la directive n° 2009/81/CE).

Dans le domaine de la sécurité non militaire, la directive s'applique aux acquisitions qui ont des caractéristiques similaires à celles des acquisitions de la défense et présentent un caractère sensible. Le considérant 11 de la directive donne l'exemple de la protection des frontières, des activités de police et des missions de gestion de crise. Elle concerne donc des secteurs pour lesquels le but de l'acquisition est de protéger la sécurité de l'Etat, à l'intérieur ou en dehors de ses frontières, contre des menaces sérieuses. Les termes « destinés à la sécurité » doivent par conséquent être entendus comme destinés à la sécurité nationale.

■ Les équipements doivent faire intervenir, nécessiter ou comporter des « supports protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale »

Par référence à l'article L.413-9 du code pénal et à l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, il faut entendre par « supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale », les informations ou supports quels qu'en soient la forme, la

nature ou le mode de transmission, auxquels un certain niveau de classification ou de protection a été attribué et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale, requièrent une protection contre tout détournement, destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, ou tout autre type de compromission.

Par niveau de protection, il faut entendre l'application de la mention « Diffusion restreinte » dans les conditions prévues à l'annexe 3 de l'arrêté du 30 novembre 2011 précité. Celle-ci dispose que l'application de cette mention relève de la nécessité d'éviter la divulgation, dans le domaine public, d'informations dont le regroupement ou l'exploitation pourraient conduire à la découverte d'une information classifiée, porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public ou porter atteinte aux intérêts économiques ou financiers de sociétés privées ou d'établissements publics. La personne publique peut par exemple décider d'appliquer la mention « Diffusion restreinte » à un cahier des charges afin de protéger les spécifications techniques de l'équipement en limitant et contrôlant la diffusion.

e) Le dialogue compétitif

La procédure de dialogue compétitif permet au pouvoir adjudicateur de dialoguer avec les candidats sur la base d'un programme fonctionnel, c'est-à-dire d'un document dans lequel l'acheteur décrit ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre.

Le dialogue peut se dérouler en autant de phases que le pouvoir adjudicateur jugera nécessaires, à condition de l'annoncer dans le règlement de la consultation.

Dans un dossier relatif à un marché de performance énergétique soumis à l'expertise de la commission, le service acheteur avait prévu un dialogue compétitif à un tour précédé d'une réunion de lancement avec l'ensemble des candidats retenus. La commission a observé que cette réunion ne s'imposait pas si le programme fonctionnel contenait toutes les informations nécessaires à la remise des offres ; elle comportait, en outre, un risque d'entente entre les candidats.

La commission a rappelé que, pendant le dialogue, l'acheteur doit veiller à ne pas donner à un candidat des informations susceptibles de l'avantager par rapport à un autre, ni évoquer avec lui des solutions proposées par un autre candidat. Elle a précisé que les candidats doivent être invités à remettre leur offre finale sur la base de la solution qu'ils ont présentée et spécifiée au cours du dialogue.

Enfin, compte tenu de l'importance des études que devaient faire les candidats pour élaborer leurs offres, la commission a conseillé de prévoir le versement d'une prime dont le montant doit figurer dans le règlement de consultation.

f) Les marchés de conception-réalisation

Selon les termes de l'article 37 du CMP, le marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques, ou, s'agissant des seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

La commission a rappelé à nouveau que le recours à cette procédure n'est possible que si des difficultés techniques le justifient. 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.

Ainsi, pour un marché de conception, construction, entretien et maintenance de lignes d'accostage et de stationnement de navires, la commission a considéré que le recours à l'article 37 était justifié dans la mesure où les BET compétents pour la conception de ce type d'ouvrage sont dans leur grande majorité intégrés aux entreprises de travaux maritimes et disposent d'une expérience difficilement remplaçable.

En revanche, pour un marché comprenant la réhabilitation partielle d'un bâtiment et la construction neuve de plusieurs bâtiments, la commission a observé que les arguments développés par le service pour justifier le recours à la conception-réalisation étaient particulièrement fragiles : les reprises en sous-œuvre des charges induites par les nouvelles activités dans le bâtiment réhabilité, le fait que l'opération comprenait la construction d'une cuisine collective, la nécessité de maintenir les locaux existants en fonctionnement pendant toute la durée des travaux ou la volonté d'exemplarité en matière de développement durable, notamment par une démarche d'innovation visant à pérenniser des expériences d'éco-construction menées avec certains matériaux.

Plus particulièrement, pour un marché d'adaptation d'un système de fermeture de bâtiments de stockage, la commission a observé que la conception ne visait que le système de fermeture et de verrouillage sans intervention sur les bâtiments eux-mêmes ; le marché ne pouvait dès lors rentrer dans la catégorie des marchés de conception-réalisation telle que définie par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP », et le CMP. La commission a donc recommandé au service, qui n'était pas en mesure de définir les moyens de répondre à ses besoins, de recourir à un dialogue compétitif.

L'article 37 du code des marchés publics dans sa nouvelle rédaction issue du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 permet également le recours au marché de conception-réalisation lorsque des engagements contractuels sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage (article 37 2^{ème} alinéa). Aussi, la commission ayant été saisie d'un marché de construction d'un immeuble pour lequel le recours à la procédure de conception-réalisation était motivé par le fait « qu'il s'inscrivait dans une démarche de développement durable : lutte contre l'effet de serre et le changement climatique, maîtrise des consommations d'énergie et d'eau, protection de l'environnement, confort et bien-être des usagers, optimisation de la gestion patrimoniale, durabilité, adaptabilité, maintenance et coûts réduits d'utilisation », a observé que les dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article 37 ne sont applicables qu'aux travaux portant sur des bâtiments existants. Au cas particulier, le recours au marché de conception-réalisation n'était pas possible, le projet de marché ayant pour objet la réalisation d'un bâtiment neuf.

La commission constatant, par ailleurs, que ni la dimension de l'ouvrage, ni des difficultés techniques particulières ne pouvaient justifier le recours au marché de conception-réalisation, a recommandé au service de procéder à un concours de maîtrise d'œuvre, cette procédure permettant également d'atteindre les résultats souhaités en matière de développement durable.

g) Les marchés associant réalisation et exploitation ou maintenance

Le décret 2011-1000 du 25 août 2011 introduit dans le CMP la possibilité de conclure des contrats globaux associant soit la conception, la réalisation, et l'exploitation ou la maintenance, soit la réalisation et l'exploitation ou la maintenance pour satisfaire des objectifs chiffrés de performance. Ce second type de contrat est bien adapté aux contrats de performance énergétique mais ceux-ci ne doivent déroger ni à l'interdiction de paiement différé, ni à la règle de séparation de la rémunération des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance.

Aussi, la commission a recommandé, dans ce cas, de bien vérifier, préalablement au lancement de la consultation, l'état des installations, afin d'apprécier si certaines interventions sur ces équipements ne devraient pas être considérées comme des travaux devant faire l'objet d'un paiement séparé.

2. Le déroulement de la procédure

a) Les intervenants au marché

■ Le pouvoir adjudicateur

Lorsqu'un marché ou un accord-cadre est passé pour le compte de plusieurs utilisateurs il est indispensable d'établir clairement les modalités de son exécution. Ainsi, lors de l'examen d'un accord-cadre destiné à répondre au besoin de différents départements ministériels, la commission a recommandé d'indiquer dans l'accord-cadre que les marchés subséquents seront passés par chacun des ministères concernés.

Saisie par un centre de gestion de la fonction publique territoriale pour un marché de prestations de services destinées à un ensemble de collectivités territoriales qui l'avait mandaté pour conclure ce marché, la commission s'est interrogée sur l'étendue des interventions de ce centre de gestion pendant la durée du contrat. Le marché avait pour objet des prestations d'assurances garantissant les risques financiers liés à la protection sociale statutaire des agents territoriaux de droit public. Les primes étant versées directement par les collectivités et les remboursements leur parvenant directement, le centre a expliqué que s'il assure effectivement la vérification des différents actes d'exécution des contrats, son fonds de roulement ne lui permet pas d'assurer le paiement des primes tel que prévu dans les dispositions législatives. La commission a estimé que les dispositions de l'article 26 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, ne paraissent pas s'opposer à ce que le paiement des primes d'assurance soit assuré directement par les collectivités.

■ Les opérateurs économiques

Il n'est pas rare qu'une opération, lorsqu'elle est complexe, soit réalisée par plusieurs opérateurs économiques. Il convient alors que le rôle et la responsabilité de chacun des intervenants soient clairement établis.

Ainsi, pour un marché de conception, réalisation entretien, maintenance la commission a constaté que le maître d'ouvrage avait désigné en son sein un conducteur d'opération, chargé notamment de certaines tâches normalement dévolues au maître d'œuvre par le CCAG travaux, et s'était entouré d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO). Elle a recommandé que les attributions et les responsabilités respectives du conducteur d'opération et de l'AMO soient clairement décrites dans le marché de conception-réalisation lui-même tout autant que dans celui de l'AMO.

b) Les sous-traitants

Les titulaires de marchés de travaux et de services peuvent sous-traiter une partie de leurs marchés à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de leurs conditions de paiement.

En effet, l'article 5 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose que « *l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel* ». Si un candidat demande, au stade des

candidatures, que soient prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'un sous-traitant, son offre doit comporter au moins les mentions figurant dans la loi, c'est-à-dire la nature et le montant des prestations qui seront sous-traitées à cette entreprise ainsi que les mentions essentielles d'une déclaration de sous-traitance. Le règlement de consultation ne peut donc prévoir, dans ce cas, que ce sous-traitant pourra être déclaré soit lors du dépôt des offres, soit en cours d'exécution du marché.

En cours d'exécution du marché l'entrepreneur principal peut ensuite faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage.

c) Les sous-contractants

Une catégorie nouvelle d'opérateurs économique a été introduite par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 précité ; il s'agit des sous-contractants. Cette notion recouvre à la fois les sous-traitants au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 et les opérateurs économiques titulaires d'un contrat de fournitures de produits ou de prestations de service qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins des personnes publiques ; elle ne s'applique que dans le cadre des marchés de défense ou de sécurité, visés par la troisième partie du CMP.

Les sous-contractants sont soumis à un régime particulier. Il est, par exemple, clairement indiqué aux articles 278 et 283 du CMP que le pouvoir adjudicateur peut rejeter un sous-contractant, qu'il soit ou non sous-traitant, sous réserve de respecter les conditions prévues par ces deux articles ; de même, le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'imposer au titulaire de mettre en concurrence ses sous-contractants (articles 285 et 286 du CMP).

La commission n'a pas eu, en 2011, à connaître de marchés comportant des sous-contractants.

d) Les conditions de participation

Elles sont indiquées dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation.

Les informations relatives à la présentation des candidatures sont généralement données dans l'avis d'appel public à la concurrence et rien n'oblige à les reprendre dans le règlement de la consultation. Toutefois, si tel est le cas, la commission recommande aux services de vérifier que les rubriques similaires des deux documents comportent les mêmes éléments.

Il est conseillé de distinguer les informations qui relèvent de la situation propre des opérateurs économiques et qui sont demandées dans le formulaire DC 1 de celles qui décrivent la capacité économique, financière et technique, qui relèvent du formulaire DC2, étant observé que l'utilisation de ces formulaires peut être utilement conseillée et même rendue obligatoire.

Concernant les avis de publicité, le CMP dans sa dernière version prévoit que, au-dessus des seuils communautaires, seul le modèle européen doit être utilisé. Pour les marchés dont le montant est estimé entre 90 000 € et les seuils communautaires, les pouvoirs adjudicateurs doivent recourir au modèle d'avis fixé par l'arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et accords-cadres. En revanche, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur à 90 000 euros HT, l'obligation d'utiliser le formulaire national d'avis d'appel public à la concurrence est supprimée.

La commission veille à ce que les candidats potentiels aux marchés publics soient clairement informés des conditions de participation et des modalités de sélection des candidatures afin de garantir la transparence, la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats.

Elle a rappelé que c'est au pouvoir adjudicateur d'arrêter la liste des documents à produire et non aux candidats de choisir les informations susceptibles de répondre aux attentes de l'acheteur. Elle a conseillé, également, de déterminer avec précision les documents à fournir à chaque stade de la procédure.

La liste des documents et renseignements à fournir par les candidats est fixée par l'arrêté du 28 août 2006, auquel il convient de se conformer strictement car cette liste est limitative. Encore faut-il que les documents et renseignements demandés soient pertinents au regard de l'objet du marché et permettent au pouvoir adjudicateur de procéder au contrôle des capacités exigées des candidats.

Les acheteurs peuvent être amenés à apprécier si, en raison de l'objet du marché, celui-ci ne peut valablement être attribué qu'à une entreprise disposant d'une certaine expérience, ou s'il est possible d'admettre des entreprises nouvellement créées. Dans ce dernier cas, il est possible d'autoriser les entreprises candidates qui ne seraient pas en mesure de produire les références demandées à justifier de leurs capacités financières et professionnelles par tout autre moyen. En tout état de cause, la possibilité laissée aux acheteurs publics de demander des justificatifs aux entreprises, « *lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché ou la nature des prestations à réaliser* (CE, 10 mai 2006, Société BRONZO, n° 281976).

Le Conseil d'État a confirmé que, lorsqu'un montant minimum de chiffre d'affaires est exigé, celui-ci doit être raisonnable, en rapport avec l'objet du marché (CE, 10 août 2005, n° 259444).

La commission a observé que, s'agissant de la liste des certifications obtenues, il convient de distinguer les certificats de qualification professionnelle concernant l'activité qui fait l'objet du marché et les certificats de qualité décrits à l'article 45 II du CMP.

Les certificats de qualification sont délivrés par des organismes créés à l'initiative des professions. Pour exiger une qualification professionnelle, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer qu'il existe de telles qualifications concernant l'activité qui fait l'objet du marché.

Les certificats de qualité sont des certificats établis par des organismes indépendants attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de garantie de la qualité (normes ISO). La commission a rappelé que l'acheteur doit alors indiquer qu'il accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres de l'Union européenne.

L'acheteur ne peut exiger des certificats de qualité que si le marché le justifie. Toutefois, il peut demander la description des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité des procédures en vigueur dans son entreprise. Un candidat peut ainsi justifier de l'existence d'un manuel qualité et de procédures qui peuvent être éventuellement vérifiés par l'acheteur ou son représentant.

En ce qui concerne les qualifications professionnelles des personnes dédiées à l'exécution d'un marché, la commission recommande de s'en tenir aux renseignements figurant dans l'arrêté du 28 août 2006, c'est-à-dire l'indication des titres d'études et professionnels de l'opérateur économique ou des cadres de l'entreprise, notamment des responsables de prestations de services de même nature que celles du marché, une déclaration indiquant la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise.

Les dispositions du code des marchés publics permettent la prise en compte des capacités d'autres opérateurs économiques, et notamment de sous-traitants. Dans ce cas, le candidat devra

fournir les éléments permettant de prouver la capacité technique et financière du sous-traitant, mais aussi justifier du fait qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Dans les procédures restreintes, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, y compris lorsqu'il met en œuvre une procédure adaptée, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection des candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures.

e) Le jugement des offres

Sauf dans les cas où le pouvoir adjudicateur a retenu le critère unique du prix, l'objectif de l'acheteur public est d'obtenir la proposition économiquement la plus avantageuse. Pour y parvenir il lui appartient de comparer les offres au vu de critères définis en fonction de l'objet du marché et pondérés selon ses attentes.

La commission recommande de veiller à ce que le règlement de la consultation et le cahier des charges permettent de distinguer facilement les propositions techniques ou économiques qui font l'objet d'un examen de conformité de celles qui font l'objet d'un jugement au titre des critères de choix.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels, non discriminatoires, liés à l'objet du marché et vérifiables. Lorsque le critère lui-même peut apparaître comme trop imprécis, il est possible de recourir à des sous-critères. La pondération des sous-critères doit être annoncée dans la mesure où, eu égard à leur nature et à l'importance de leur hiérarchisation ou pondération, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation ainsi que sur le jugement des offres.

Même si les acheteurs n'ont pas l'obligation de communiquer aux candidats la méthode de notation des offres, la commission a appelé leur attention sur la nécessité de déterminer la méthode de notation au moment de l'établissement des critères de choix, pour vérifier si elle n'introduit pas une rupture d'égalité des candidats et si elle permet d'obtenir une offre correspondant à ses attentes. Elle a conseillé le plus souvent de l'indiquer dans le règlement de la consultation.

La commission a observé qu'il est possible de prévoir, pour un ou plusieurs des critères d'attribution, une note éliminatoire en dessous de laquelle l'offre sera écartée. Elle a toutefois précisé que cette faculté n'était possible que sous réserve de l'annoncer dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation (QE n° 21278 de M. Piras, réponse publiée au JO du Sénat du 1^{er} mars 2007).

Les critères les plus couramment utilisés sont le prix, la valeur technique et les critères de développement durable.

■ Le critère « prix »

Le poids à lui donner dépend de la complexité de la prestation à réaliser et de la précision du cahier des charges.

Le critère prix peut être le seul critère si l'objet du marché s'y prête. Tel est le cas des prestations dont les spécifications techniques sont clairement établies et pour lesquelles une comparaison autre que celle sur le prix serait inopérante. Si tel n'est pas le cas, il convient de prévoir plusieurs critères.

Le critère prix doit donner lieu à une comparaison directe des offres entre elle, le prix le plus bas devant obtenir la note la plus haute. Ainsi la commission a-t-elle considéré comme contestable une méthode de jugement introduisant un prix de référence, différent du prix le plus bas et obtenu en combinant des considérations relatives aux prix et d'autres relatives à la valeur technique des offres.

En ce qui concerne les marchés à bons de commande, la commission conseille de prendre en compte dans le jugement de l'offre de prix tous les prix du bordereau, en affectant, si nécessaire, à ces prix un poids très faible.

■ Le critère « valeur technique »

Le poids donné au critère valeur technique doit traduire le surcoût accepté par le pouvoir adjudicateur pour une qualité supérieure.

Ce critère est apprécié au vu des renseignements et documents demandés à l'appui des offres. Il est donc nécessaire qu'il y ait correspondance entre les documents exigés et les critères annoncés, c'est-à-dire que l'énoncé des éléments pris en compte dans le jugement des offres doit faire référence aux éléments demandés dans le mémoire justificatif, de façon à assurer la transparence de la procédure.

Les informations produites doivent, en outre, être vérifiables. Par exemple, un élément tel que « la part de sous-traitance prévue », est inopportun dans la mesure où cette information ne pourrait pas être vérifiée au stade de l'offre ; le titulaire du marché pourra toujours proposer de nouveaux sous-traitants en cours de marché. Il en est de même d'un élément tel qu'un pourcentage de valorisation des déchets qui ne peut qu'être indicatif lors de la remise des propositions.

Si les propositions des entreprises sont appelées à être intégrées dans le cahier des charges, elles ne doivent pas donner lieu à de simples déclarations d'intention. Il doit s'agir d'informations vérifiables au moment du jugement des offres ou faisant l'objet d'engagements vérifiables en cours d'exécution du marché sauf à ce que ce critère soit justifié par l'objet du marché et que les caractéristiques permettant de noter cette information soient précisées.

La commission est très réservée sur un critère tel que « provenance des principales fournitures », un tel critère pouvant s'apparenter à un critère de proximité géographique, condamné régulièrement par le juge. Elle recommande d'éviter cette expression au profit éventuel de l'appréciation de certaines caractéristiques, clairement énoncées, d'une liste de fournitures, précise et exhaustive.

Le critère qualité peut parfois donner lieu à un sous-critère « moyens humains affectés au service ». Ce sous-critère peut être utile lorsque les compétences professionnelles ou l'expérience de personnes affectées à l'exécution des prestations apportent au pouvoir adjudicateur des garanties de bonne exécution du marché. Il convient dans ce cas de demander les curriculum vitae de ces intervenants ou tout autre document permettant de justifier de leurs capacités professionnelles. S'ils sont désignés dans le marché, il sera nécessaire de prévoir expressément dans le CCAP que leur remplacement ne pourra être effectué qu'après accord du pouvoir adjudicateur comme le prévoit l'article 3-4-3 du CCAG –PI.

■ Le critère « performance en matière d'insertion sociale »

Le critère « performance en matière d'insertion sociale » vise à favoriser l'accès ou le retour à l'emploi de personnes qui en sont éloignées et qui rencontrent des difficultés sociales ou professionnelles particulières. Il est toutefois plus difficile à mettre en œuvre que le critère environnemental.

Ainsi, pour un marché de construction, dont le règlement de la consultation prévoyait le critère de performance en matière d'insertion professionnelle, la commission a rappelé que celui-ci ne peut être mis en œuvre, comme d'ailleurs tous les critères de choix prévus par l'article 53-I précité, que s'il présente un lien direct avec l'objet du marché, ce qui ne paraissait pas être le cas en l'espèce.

En revanche, elle a indiqué qu'il semblait possible de prévoir, en tant que conditions d'exécution, des clauses d'insertion destinées à mettre en œuvre une démarche d'insertion sur la base des dispositions de l'article 14 du code des marchés publics, à la condition, toutefois, que ces clauses d'insertion n'aient pas d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels et elle a conseillé de prendre contact avec les services spécialisés en matière de clauses sociales et de promotion de l'emploi dans les marchés publics.

D'une manière générale, la commission recommande aux services qui souhaitent mettre en place dans leurs marchés un dispositif d'insertion sociale d'en déterminer les modalités en se fondant sur les recommandations du « *Guide de la commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées* » qui a été mis à jour en décembre 2010 et qui est consultable et téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/documents-ateliers>

3. Le dossier de consultation

Sauf si le pouvoir adjudicateur a décidé d'appliquer le dernier alinéa de l'article 41 du CMP et l'a annoncé dans l'avis d'appel public à la concurrence ou la lettre de consultation, le dossier de consultation est mis gratuitement à la disposition des candidats.

Si cette mise à disposition est faite uniquement en ligne, il est recommandé de préciser que seuls les candidats identifiés pourront être informés des modifications de détail susceptibles d'être apportées au DCE.

La commission a constaté à plusieurs reprises que des CCAP ou des CCTP comportaient des clauses qui relevaient du jugement des offres. Elle a invité les acheteurs à bien distinguer les clauses qui ne s'appliquent qu'à l'exécution du marché après notification de celui-ci et celles qui doivent figurer dans le règlement de consultation et qui permettent d'apprécier les offres.

4. Pièces constitutives du marché

La commission a rappelé qu'en application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, les contrats conclus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice de nationalité française doivent être rédigés en langue française ou faire l'objet d'une traduction et ce quel que soit l'objet du contrat. Ainsi, si les documents contractuels ont été rédigés dans une autre langue, ils doivent faire l'objet d'une traduction en langue française.

En outre, la commission a rappelé que la loi précitée n'était applicable qu'aux contrats. Elle ne s'applique donc pas aux documents administratifs tels que les avis d'appel public à la concurrence, les règlements de la consultation, les lettres de rejet, etc. Dans un souci de transparence, la commission a toutefois conseillé de rédiger ces documents en français, qu'ils soient adressés à des opérateurs économiques (lettres de rejet, etc.) ou fassent l'objet d'une information directe (avis d'appel public à la concurrence, règlement de la consultation, etc.).

a) Acte d'engagement

La commission a rappelé qu'il est indispensable que l'acte d'engagement ait un contenu précis et soit adapté à la forme du marché.

Ainsi pour un marché d'effets d'habillement à prix unitaires, elle a conseillé d'indiquer dans l'acte d'engagement le prix de chacun des articles.

Elle a également conseillé d'annexer à un accord-cadre un modèle d'acte d'engagement, pour les marchés subséquents, comportant l'ensemble des informations qui doivent y figurer (désignation du pouvoir adjudicateur, des personnes habilitées à passer les bons de commande et des comptables assignataires).

b) CCAP

Certaines clauses ont appelé plus particulièrement l'attention de la commission.

■ La liste des documents contractuels

La commission a rappelé qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer que le titulaire doit respecter les textes législatifs et réglementaires ainsi que les normes françaises et européennes liées aux prestations. En effet, ces textes s'appliquent sans qu'il soit nécessaire de les mentionner.

En revanche, pour être applicables, les CCTG et les normes doivent être cités de façon exhaustive. Il convient d'en préciser la version applicable (normes en vigueur à la date limite de remise des offres) et d'indiquer le lieu de publication de ces documents.

Lorsqu'il est fait référence à une norme nationale, il est nécessaire de mentionner dans le marché que le produit peut être conforme à une autre norme reconnue équivalente, les candidats étant invités à fournir les documents attestant de cette équivalence.

Les spécifications techniques qui n'ont pas fait l'objet d'une publication doivent être en totalité ou partiellement annexées au marché.

■ L'avance

Un marché susceptible d'être exécuté par une entreprise étrangère prévoyait, conformément à la circulaire du 27 juin 1972 relative à l'achat de fournitures étrangères, une avance de 20% garantie par une caution personnelle et solidaire pour les entreprises ne possédant pas de biens saisissables en France. La commission a observé que cette disposition n'était pas conforme aux articles 87 à 90 du CMP car seules les collectivités territoriales ont la possibilité de demander une caution personnelle et solidaire lorsque l'avance est inférieure ou égale à 30 %. Elle a recommandé de prévoir une avance supérieure à 30% qui ne peut être versée qu'après constitution par le titulaire d'une garantie à première demande.

■ La facturation et les modalités de paiement

La commission recommande d'indiquer avec précision les délais de réalisation ou de livraison ainsi que les modalités de facturation afin que soit établi sans ambiguïté le point de départ du délai de paiement. Elle invite également les services à préciser les mentions qui doivent figurer dans les factures et à veiller à ce qu'elles soient strictement adaptées aux caractéristiques des marchés.

Pour un contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage, la commission a rappelé que le marché doit indiquer comment seront pris en charge par le maître d'ouvrage les paiements faits par le mandataire aux titulaires des marchés d'études et de travaux et donc choisir s'il feront l'objet d'avances ou de remboursement. Si le maître d'ouvrage choisit de faire des avances de fonds au mandataire, les conditions dans lesquelles le mandataire peut utiliser ces avances, rappelées par le ministre de l'Economie sont les suivantes : *« Cette convention peut fixer les conditions financières d'exécution des opérations confiées au mandataire soit par le versement d'avances, soit par le remboursement du montant des débours engagés. Elle ne peut cependant modifier les règles qui s'imposent au mandant, règles auxquelles la jurisprudence, tant financière qu'administrative, indique que le mandataire doit se plier. Ainsi, le versement d'avances ne peut-il avoir pour objet ni pour effet de permettre au mandant d'effectuer des placements de*

fonds. De plus, les fonds mis à la disposition du mandataire dans le cadre de conventions de mandat sont destinés à couvrir les charges liées à l'exécution du mandat. Ils n'appartiennent pas au mandataire. Dès lors, ces avances n'ont pas vocation à bénéficier au mandataire et ce dernier, aux termes de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédits ne saurait réaliser des opérations de prêt au moyen de ces fonds » (QE n° 45628 de M. Perrut, réponse publiée au JO de l'Assemblée Nationale le 13 octobre 2000).

Pour un marché de fourniture de gaz, la commission a observé qu'il n'était pas pertinent de prévoir la mise en œuvre de modalités de règlement telles que le prélèvement automatique, les règles de la comptabilité publique ne prévoyant pas de telles modalités.

■ Les pénalités de retard

Les pénalités sanctionnant les retards dans l'exécution des prestations ou la fourniture de documents afférents aux marchés doivent être fixées dans le CCAP afin de permettre aux entreprises de les prendre en compte dans leur offre et au pouvoir adjudicateur de juger les offres dans des conditions comparables.

Le plafonnement des pénalités a été régulièrement déconseillé par la commission. Elle a ainsi considéré, pour un marché de performance énergétique, que plafonner la pénalité pour non atteinte de la garantie de performance était contraire à l'objet même du marché.

Les pénalités ne sont applicables que si le contrat décrit de manière précise la prestation concernée, le délai d'exécution de celle-ci et le mode de calcul de la pénalité. Le marché doit notamment permettre pour chaque pénalité prévue d'apprécier quelle est la tâche décrite dans le marché qui n'a pas été exécutée ou qui l'a été avec retard. Si le marché comporte plusieurs délais, il peut être utile de préciser comment s'appliquent les pénalités dans chacun des cas.

Pour un marché de fabrication de vêtements, afin de permettre une application plus facile des pénalités de retard, la commission a recommandé de prévoir des délais d'exécution réalistes et de s'en tenir aux stipulations du CCAG.

c) CCTP

Il s'agit d'une pièce maîtresse du cahier des charges puisqu'elle fixe les spécifications techniques nécessaires à l'exécution du marché et engage les entreprises. Il est donc indispensable que ce document soit rédigé avec soin.

Ainsi, ayant à examiner un marché d'études techniques, la commission a observé que les bordereaux de prix unitaires et forfaitaires ne sauraient se substituer aux CCTP. Elle a recommandé au service de compléter le document tenant lieu de CCTP par l'ensemble des spécifications techniques d'exécution de chacune des prestations figurant dans les bordereaux des prix.

Lorsque les prestations font l'objet de plusieurs lots, rien ne s'oppose à ce que le projet comporte un seul CCTP à condition que les prestations concernant chacun des lots et les exigences propres à chacun d'entre eux soient clairement établies.

Dans un projet de travaux de bâtiment, il était demandé au titulaire du marché, dans les CCTP de plusieurs lots, de proposer à la maîtrise d'ouvrage, en fin de travaux, un contrat d'entretien des installations réalisées ; la commission a observé que cette rédaction, qui laisse entendre que le titulaire du lot se verrait attribuer le contrat d'entretien sans mise en concurrence, est en contravention avec les règles de la commande publique ; elle a recommandé au service, à tout le moins, de préciser que cette proposition n'engagera pas le pouvoir adjudicateur à attribuer ce contrat d'entretien au titulaire du lot ou à l'un de ses sous-traitants et, si le but du pouvoir

adjudicateur est de disposer d'éléments qu'il prendrait en compte lors de la future consultation pour le contrat d'entretien, de préciser la liste des éléments dont il souhaite disposer.

CONCLUSION

A l'issue de deux années de fonctionnement, il est permis de penser que la commission consultative des marchés publics a réalisé la mission pour laquelle elle avait été créée.

Saisie de façon facultative, elle a exercé un rôle essentiellement pédagogique qui a donné satisfaction. Les avis et lettres d'observations sont généralement suivis d'effet.

Les secrétaires techniques ont été régulièrement sollicités par les services acheteurs pour des conseils donnés par mails, par téléphone ou au cours de réunions sur différents problèmes afférents à la préparation et à la passation des marchés.

Il est à regretter, toutefois, que cette instance qui dispose d'une équipe, certes réduite, mais réactive, ne soit pas mieux connue des collectivités territoriales qui pourraient utilement bénéficier de sa compétence et de l'expérience de ses membres.

Les évolutions législatives et réglementaires

En 2011 la réglementation des marchés publics a été sensiblement modifiée par les textes suivants :

Règlement UE n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant de nouveaux formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement CE n°1564/2005.

Règlement UE n° 1251/2011 de la Commission modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés.

Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011-09-011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

Loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts de produits liés à la défense dans l'union européenne et aux marchés de défense et de sécurité.

Les deux premières lois introduisent respectivement l'interdiction de soumissionner aux marchés publics pour les employeurs d'étrangers sans titre et l'obligation de prévoir des pénalités pour travail dissimulé.

La loi n° 2011-702 introduit quant à elle des dispositions propres aux marchés de défense ou de sécurité dans l'ordonnance n° 2005-749 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics notamment en matière d'exclusion et d'interdiction de soumissionner.

Décret n° 2011-137 du 1^{er} février 2011 fixant le taux d'intérêt légal pour l'année 2011 à 0,38%.

Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique.

Outre les modifications rédactionnelles, les principales dispositions de ce décret sont les suivantes :

- introduction des contrats globaux de performance ;
- promotion des circuits courts pour les produits de l'agriculture ;
- possibilité de recourir au dialogue compétitif pour certains marchés de maîtrise d'œuvre ;
- remplacement de la reconduction expresse des marchés par une reconduction tacite ;
- possibilité de présenter une offre variante sans avoir pour autant l'obligation de répondre à la solution de base ;
- clarification des modalités d'actualisation et de révision des prix ainsi que du régime des avances ;
- mise à jour des dispositions sur les délais de paiement ;
- modifications visant meilleure lisibilité des dispositions relative à la publicité et à la dématérialisation.

Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité.

Ce décret qui constitue le volet règlementaire de la transposition de la directive 2009/CE du 13 juillet 2009, qui harmonise les conditions de passation des marchés publics de défense et de sécurité, crée dans le code des marchés publics une partie propre aux marchés de défense et de sécurité (partie III).

Il organise la publicité et la mise en concurrence en fonction de la sensibilité du marché et vise à assurer la sécurité des approvisionnements et la sécurité des informations. Il met en œuvre le dispositif législatif relatif à l'effectivité des engagements internationaux, créé par la loi n° 2011-7022 du 22 juin précitée.

Par ailleurs, il modifie certaines dispositions des deux premières parties du CMP, notamment en incluant de nouveaux critères de sélection des offres à l'article 53, à savoir : « *les coûts tout au long du cycle de vie, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles* ».

Décret n° 2011-1885 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics.

Ce décret relève le seuil de dispense de procédure à 15000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs. Le seuil des entités adjudicatrices est maintenu à 20 000€

Néanmoins, il est demandé à l'acheteur public :

- de veiller à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin ;
- de respecter le principe de bonne utilisation des deniers publics ;
- de ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

Arrêté du 25 janvier 2011 relatif à la composition du CCTG applicable aux marchés publics de travaux et approuvant un nouveau fascicule.

Il s'agit du fascicule 75 relatif à la conception et à l'exécution des installations de traitement des eaux destinées à la consommation humaine.

Arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du CMP et fixant le modèle d'avis pour la parution des marchés et des accords-cadres.

Arrêté du 3 octobre 2011 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et accords-cadres.

Cet arrêté transpose notamment l'article 18 de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 qui adapte les procédures de passation des marchés aux contraintes inhérentes aux secteurs de la défense et de la sécurité.

Les évolutions jurisprudentielles

La CCMP a poursuivi son observation de la jurisprudence ; sur la durée de l'année 2011 elle a sélectionné les arrêts qui lui semblent présenter une portée opérationnelle particulière et qui font l'objet de la revue qui clôt le présent rapport.

Cette revue est précédée par l'étude de deux grands sujets. En effet, fidèle à sa tradition de formulation de solutions concrètes, la commission s'attache à identifier les dispositions les plus susceptibles d'accroître ou de réduire les risques contentieux lors de la passation d'un marché. Dans le rapport de l'année 2010, deux thèmes avaient ainsi été développés : les référés contractuels et précontractuels, et les écolabels ; en 2011, l'examen de la jurisprudence a conduit la commission à en privilégier deux autres :

- **la dématérialisation** est un sujet qui s'imposait, puisqu'à partir du 1^{er} janvier 2012, l'acheteur public ne pourra plus refuser de recevoir les candidatures et les offres qui lui seront transmises par voie électronique ; dans ce domaine, la tendance est favorable aux pouvoirs adjudicateurs, et les déplacements du risque contentieux s'accompagnent d'une diminution globale de ce risque ;
- **les marchés en procédure adaptée (MAPA)** requéraient aussi une étude complète ; leur régime a évolué depuis l'époque où cette procédure de passation ne concernait que des marchés d'un montant minime soumis à des exigences à peu près inexistantes ; aujourd'hui, outre le relèvement plus que substantiel du seuil des procédures formalisées pour les marchés de travaux, les MAPA peuvent dans de nombreux cas être passés sans limitation de montant ; parallèlement, les exigences de la jurisprudence finissent par constituer un régime complet qui s'est construit petit à petit, et sur lequel il importe de faire le point ; il en ressort que le risque contentieux est aujourd'hui accru, car l'acheteur sous-estime souvent le formalisme auquel il doit se soumettre.

En outre, une **revue générale des décisions parues en 2011**, et que la commission croit devoir signaler pour leur portée pratique particulière, figure en fin du présent rapport.

A. La dématérialisation des procédures

La dématérialisation des marchés publics constitue une réforme majeure et elle sera pleinement en place au 1^{er} janvier 2012, date à laquelle le pouvoir adjudicateur, au dessus de 90 000 euros, ne pourra refuser une candidature ou une offre transmise par voie électronique.

La jurisprudence relative à la dématérialisation est relativement peu abondante et elle est restée, sauf exception, au niveau des tribunaux administratifs.

Cette rareté reflète le fait que l'opération de dématérialisation des marchés publics se déroule globalement bien, et a même permis de faire disparaître quelques sources de contentieux qui lui préexistaient. L'analyse des incidents survenus conduit à évaluer de façon positive le rôle des

plateformes de dématérialisation et de la signature électronique. Cependant, le terrain juridique reste instable lorsque le mode de transmission est peu élaboré (télécopie, courriel). C'est sur ce dernier point que la vigilance doit rester grande.

La jurisprudence ci-après est présentée en suivant l'ordre chronologique des opérations telles qu'elles se déroulent chez l'acheteur, commençant en amont même de l'achat, puis suivant le déroulement de ce dernier, de la publicité à l'ouverture des plis et aux phases postérieures.

1. Avant l'achat

Deux jurisprudences intéressantes conduisent à réfléchir sur les possibilités et les risques que rencontre l'acheteur au moment où il choisit une solution de plate-forme et communique sur l'impact que la dématérialisation aura dans ses échanges avec les opérateurs économiques. Ces deux jugements portent témoignage de « déboires de pionniers », mais aujourd'hui, quelques années après, ces déboires sont faciles à éviter pour qui est prévenu.

a) Cas d'une administration qui a voulu créer et gérer sa propre plate-forme

La CNAVTS a souhaité faire développer et gérer une plate-forme servant de profil d'acheteur tant pour elle-même que pour d'autres organismes centraux de Sécurité sociale dont les marchés obéissent au Code des marchés publics.

A la suite de difficultés d'exécution et de règlement du marché, les titulaires cessèrent tout service, interrompant le fonctionnement de la plate-forme ; ils refusèrent de le rétablir malgré les demandes de la CNAVTS ; des procédures de passation de marché en cours furent interrompues à cette occasion, et des irrégularités dans ces procédures étaient donc appelées à surgir, notamment des non-respects de délais.

Le tribunal administratif de Paris fut saisi en référé par la CNAVTS (TA de Paris, 31 décembre 2007, CNAVTS, n^{os} 0719687, 0720165) aux fins d'enjoindre aux titulaires de rétablir le service.

Le juge des référés a accédé à cette demande considérant que, s'il ne lui appartenait pas d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose, à l'égard de ces derniers, des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement lorsque l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'égard de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ou en cas d'urgence, ce qui était le cas en l'espèce puisque la seule voie ouverte par le CCAG-FCS, qui régissait le marché, était le recours à une autre entreprise ce qui aurait supposé un délai trop long pour assurer l'exécution du contrat.

Un des intérêts de ce jugement est de relater les difficultés que peut rencontrer un pouvoir adjudicateur dans la gestion d'une plate-forme de dématérialisation spécialement mise en place et gérée pour son compte sans avoir de garanties sur la qualité d'exécution des prestations par rapport à celles qui lui seraient offertes par les plateformes déjà existantes.

b) Cas d'une administration qui a mal maîtrisé la formation de ses fournisseurs aux techniques de la dématérialisation

Peu avant la publication d'un AAPC, une administration organise une formation aux procédures de marché dématérialisées, à l'attention des fournisseurs qu'elle connaît, comprenant une présentation de son système extranet. Elle est condamnée pour cette rupture d'égalité (TA de Lyon, 2 mars 2006, ALPES, n^o 0600801, 0600838, 0600842).

Bien sûr, ce n'est pas le principe même de la formation des candidats potentiels qui est condamnable. Cependant, il importerait que de telles formations soient annoncées au-delà du

cercle des fournisseurs habituels, et qu'elles soient déconnectées de toute procédure de passation d'un marché particulier.

2. L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC)

L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) fut un des premiers documents à être dématérialisés, et un formulaire électronique unique est rempli une seule fois pour le BOAMP et le JOUE. Il en résulte une éradication des risques de discordance, contrebalancée par le rehaussement de statut de certaines mentions dont l'importance est parfois sous-estimée.

a) La disparition des risques de discordance entre les avis

Dans un arrêt du 24 octobre 2008 (UGAP, n° 314499), le Conseil d'Etat a considéré que la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence au BOAMP devait être regardée également comme la date d'envoi du même avis au JOUE. Il en résulte une éradication complète de possibilités contentieuses fondées sur d'éventuelles discordances de date ou de contenu entre les deux avis.

b) Le rehaussement de statut de certaines mentions de l'avis

Le statut de certaines mentions de l'avis est rehaussé : ce ne sont plus de simples informations mais des critères de recherche pour les opérateurs économiques, ce qui conduit les tribunaux à renforcer leur contrôle sur la bonne indication de ces mentions. En conséquence, un service d'achat a pu être condamné pour une faute de frappe minimale dans l'intitulé de l'adresse de sa plate-forme d'échanges dématérialisés : l'erreur portait sur une seule lettre, mais elle pouvait, dans le cas d'un candidat étranger incapable de rectifier l'erreur par intuition, empêcher de trouver l'adresse électronique correcte et, partant, la plate-forme et le projet de marché (TA de Grenoble, 27 février 2007, Société Roquet Frères, n° 0700586). Autre indication importante : le code CPV. Ce code décrit les prestations recherchées sous la forme d'un code numérique, ce qui revient à un langage international apprécié comme tel par les candidats étrangers : l'indication du bon code CPV contribua à éviter la condamnation de l'administration (TA de Paris, 20 février 2009, ACCOR, n° 00901491/3-3). La CCMP a toujours veillé à ce que ce code, ainsi que le code NUTS, qui situe géographiquement les prestations, soit indiqué très correctement. Même s'il est arrivé qu'un tribunal excuse l'absence du code NUTS dans les circonstances très précises, cependant, d'un avis dans lequel le lieu principal d'exécution des prestations était clairement indiqué. (TA Montpellier, 31 octobre 2007, Neuf Cegetel, n° 0704131)

3. Le dossier de consultation

Depuis le premier janvier 2010, pour les marchés de plus de 90 000 euros, l'AAPC est obligatoirement publié sur le profil d'acheteur, sans préjudice des autres publicités obligatoires (article 40 CMP), et il en va de même des documents de la consultation (article 41). De ce regroupement de documents, il est permis d'attendre une plus grande clarté du dossier et une réduction du risque contentieux grâce à la meilleure accessibilité de l'information obligatoire et grâce aux conditions très strictes du référé contractuel. L'acheteur devra cependant rester vigilant : la meilleure accessibilité de l'information rend aussi plus apparentes les éventuelles imperfections du dossier.

La commission a plusieurs fois rappelé que l'article 1^{er} de l'arrêt du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics exige que, sous risque d'annulation par le juge administratif, les documents mis en ligne par l'acheteur public doivent être complets, sauf les cas prévus à l'article 3 du même arrêt.

L'acheteur doit également veiller à une bonne communication avec les entreprises qui viennent ou qui répondent sur son profil ; il doit les informer des éventuelles modifications qu'il apportera au dossier ; il doit répondre à leurs éventuelles questions et les traiter sur un pied d'égalité.

a) Meilleure accessibilité de l'information obligatoire

Le Conseil d'Etat a refusé de sanctionner, pour manquement aux règles du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur qui avait omis de renseigner une rubrique de l'avis d'appel public à la concurrence mais fourni l'information correspondante dans d'autres documents de la consultation (CE, 3 juin 2009, GIP Carte professionnelle de santé, n° 319103). Rien n'indique que cet arrêt concernait une procédure dématérialisée, mais l'on soulignera que la dématérialisation rend de plus en plus courants les cas où les candidats ont simultanément en main les différentes pièces du même dossier, et peuvent chercher dans l'autre les informations qui manqueraient dans l'une. Si la mise en ligne de ces différents documents a été simultanée, le juge considère que le candidat requérant n'a pas été lésé et que l'administration n'a manqué ni à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ni au principe de transparence de la procédure. (TA de Versailles, 6 février 2009, Marbot, n° 0900393)

La mise en ligne simultanée des différentes pièces du dossier sur le profil d'acheteur est cependant à double tranchant : si les documents mis en ligne simultanément se complètent, elle peut éviter une condamnation à l'administration ; mais, si ces documents se contredisent, l'incohérence du dossier devient plus apparente et l'administration peut être condamnée de ce fait. Les acheteurs seront donc incités à montrer une grande vigilance dans le contrôle de la cohérence des pièces du dossier entre elles.

b) Réduction du risque de référé contractuel

La publication des avis et des dossiers sur le profil d'acheteur réduit également le risque de référé contractuel, au moins dans les cas où un avis communautaire n'est pas exigé.

En effet, pour qu'un marché puisse être annulé en référé contractuel sur la base d'un défaut de publicité, l'article L 551-18 du Code de justice administrative pose des conditions très strictes : il faut qu'AUCUNE des mesures de publicité prescrites n'ait été prise ; ou bien il faut que la publicité au JOUE ait été omise alors qu'elle aurait dû avoir lieu.

Or, dans le premier cas (celui où la publicité au JOUE n'était pas prescrite), un tribunal administratif a jugé que la publication de l'avis sur le profil d'acheteur suffisait à considérer que les formalités de publicité prescrites n'étaient pas totalement manquantes, ce qui évita l'annulation du marché en cause. (TA de Rennes, ordonnance du 5 novembre 2010)

c) Modification du dossier de consultation

Les modifications du dossier de consultation génèrent du contentieux lorsque le candidat soutient à tort ou à raison qu'il n'a pas eu connaissance de ces modifications.

L'acheteur est responsable des conséquences de cette modification, dont il a eu l'initiative. Il ne peut tabler sur le fait que tous les candidats reviendront spontanément consulter sa plate-forme en temps utile pour prendre en compte les modifications intervenues. Il devra donc prévenir tous les candidats par courriel, et leur demander un accusé de réception. (TA Toulouse, 29 mars 2010 CBB contre Département de la Haute-Garonne, n° 1001105)

En revanche, quand le candidat a eu connaissance de la version modifiée du dossier de consultation, il doit en respecter les termes. Le juge a donné tort à un candidat qui avait répondu sur support papier, conformément à la première version du dossier de consultation, au lieu de

répondre sous forme électronique comme l'exigeait la version modifiée (TA de Melun, 13 juillet 2011, BG2M, n° 1105004/2). Il souligne que cette non-conformité a été faite en connaissance de cause, puisque le registre détaillé des retraits généré par la plate-forme électronique montrait clairement que la seconde version du dossier de consultation avait été téléchargée. Ce jugement – et c'est son second intérêt – montre également la haute valeur probante que le juge accorde au journal des événements générés par les plates-formes électroniques.

d) Réponse aux mails des candidats

Dès lors que les candidats ont la possibilité matérielle de déposer des courriels sur la plate-forme, l'administration doit faire en sorte de les relever et d'y répondre. (TA Nancy, 13 décembre 2006, Les laboratoires 3 M santé, n°0602010)

4. La signature électronique

La signature électronique des candidatures et des offres est au cœur de la procédure de dématérialisation. L'analyse de la jurisprudence montre que cette phase se passe bien, et que les incidents qui ont conduit à des contentieux auraient pu être évités aisément. La signature, associée à un certificat électronique, offre un haut niveau de crédibilité. De plus, la création d'un journal des événements par le système informatique du prestataire fait intervenir un tiers, et crédibilise toute une séquence d'événements en amont et en aval de la signature proprement dite. La lecture des décisions montre que le juge s'appuie sur ce document avec confiance. Elle montre également que certains juges sanctionnent des erreurs humaines maintenant aisément évitables par celui qui est averti. Pour les rares incidents proprement techniques (mauvaise transmission), le juge recherche où le dysfonctionnement se situait ; l'administration en est tenue responsable s'il se situait dans ses services ou chez l'entreprise qui administre la plate-forme, celle-ci étant le prestataire de l'administration ; dans tous les autres cas, y compris dans une espèce où l'origine du dysfonctionnement n'est pas pleinement élucidée, c'est le candidat qui porte le risque.

a) Erreurs humaines

a.1.) Signature du fichier « zip » à la place de l'offre

Le juge a, sans surprise, refusé que la signature du fichier « zip » puisse remplacer la signature de l'offre. En effet, ce fichier est un contenant ; en le signant, le candidat s'est mis dans une situation comparable à celle de celui qui répondrait sous forme « papier » en signant l'enveloppe au lieu de son contenu. (TA de Toulouse, 9 mars 2011, Société MC²I, n° 1100792)

a.2.) Création d'un fichier « zip » dont le contenu n'est pas précisé

Un candidat avait transmis un fichier « zip » dont il n'avait pas précisé le contenu. Le juge donne raison à l'administration pour ne pas l'avoir ouvert (CAA Bordeaux, 19 juillet 2010, M. Bernard A, n° 10BX01752) ; l'enjeu était d'autant plus important que le marché datait d'une époque où l'enveloppe des candidatures et celle des offres devaient être clairement séparées, même en procédure électronique, et où l'administration ne pouvait ouvrir l'offre si la candidature était rejetée ; la jurisprudence serait peut-être plus souple aujourd'hui, dans certains cas d'espèce où l'administration pourrait sans risque se permettre d'ouvrir une enveloppe « zip » sans contenu annoncé, mais la prudence recommandera aux candidats de donner un titre à leurs fichiers zip.

a.3.) Signature d'une offre sur support papier envoyée ensuite en télécopie

Dans la même affaire (TA de Toulouse, 9 mars 2011 Société MC²I, n° 1100792), le candidat avait doublé sa transmission électronique « zippée » de l'envoi d'une offre signée sur papier avant d'être envoyée en télécopie. Or, un tel envoi ne constitue pas une signature électronique et n'en offre pas les garanties. Le juge ne l'a donc pas accepté.

Des nuances sont apportées par un autre jugement (Tribunal administratif de Melun, 20 septembre 2010, Société Resadia, n° 1006045/2) ; au cas d'espèce – et le jugement souligne combien les circonstances de l'affaire sont importantes – le juge estime que l'administration n'aurait pas dû rejeter une offre dont l'acte d'engagement était signé sous forme « papier » et télécopié, alors que le signataire était parfaitement désigné et identifié et que d'autres pièces de l'offre avaient été signées électroniquement avec un certificat valable.

a.4.) Usage mal maîtrisé de la copie de sauvegarde

La copie de sauvegarde ne fait pas des miracles. Le juge (CAA Bordeaux, 19 juillet 2010, M. Bernard A, n° 10BX01752) a refusé de prendre en compte une copie de sauvegarde envoyée après la date limite de remise des offres. Il a en outre précisé que la copie de sauvegarde servait dans des circonstances précisément définies par la réglementation et non pas pour pallier l'absence de respect du règlement de la consultation.

b) Incidents techniques de transmission

Un candidat signe une offre électroniquement, mais la transmission ou l'ouverture se passe mal : les quelques jugements disponibles relatant de tels aléas montrent que le problème se résout rapidement, au besoin avec le service d'assistance de la plate-forme. Les candidats qui ont rencontré ces difficultés avaient tenté de transmettre leur offre peu de temps avant l'heure limite, ce qui d'ailleurs était leur droit.

Dans les arrêts qui suivent, la solution juridique dépend largement des faits, mais quelques points de principe sont quand même soulignés par les tribunaux : l'administration est responsable des dysfonctionnements qui proviendraient de la plate-forme électronique, car celle-ci est son prestataire ; le candidat a pour seule obligation de signer valablement et de transmettre avant l'heure limite : ne peuvent lui être reprochés ni un incident qui sépare son offre et la transmet en deux fois, ni des difficultés d'ouverture de l'offre.

b.1.) Jugements favorables au candidat

➤ TA de Limoges, 15 novembre 2010, Société Infostance, n° 1001569

La société Infostance était en possession d'un certificat électronique dont il n'a pas été contesté qu'il était valide. Quelques minutes avant l'heure limite de dépôt, elle s'est résolue à transmettre une offre pour un marché, malgré le fait qu'elle avait reçu le message « signature altérée » (message ne figurant d'ailleurs pas au nombre de ceux mentionnés par le « manuel d'utilisation de la salle des marchés » de la plateforme). Ce n'est qu'après l'heure limite de remise des offres et après avoir réinstallé, suivant les recommandations du service en ligne de l'opérateur, son certificat de signature électronique, qu'elle a pu transmettre les documents avec une signature validée, l'opérateur de la plateforme lui ayant en effet indiqué que les difficultés rencontrées venaient de ce que le candidat n'avait pas installé le « certificat-racine » (notion dont rien n'indiquait jusqu'ici au candidat que cette installation soit différente de celle du certificat tout court). Cette fois-ci, la signature n'a pas été rejetée par la plateforme comme altérée ; mais, la résolution des difficultés rencontrées ayant pris plusieurs heures, la date limite de dépôt des offres était dépassée et l'offre a été rejetée comme tardive par le pouvoir adjudicateur.

Le tribunal a jugé cependant, en considérant les points qui suivent, que l'offre aurait dû être examinée :

- la société avait précédemment signé des offres sans incident grâce au certificat électronique prétendument mal installé ;
- il n'y a pas lieu d'accueillir favorablement le moyen de défense consistant à reprocher au candidat d'avoir transmis son offre peu avant l'heure limite dès lors que celle-ci n'est pas dépassée ;
- en principe, l'installation d'un « certificat-racine » n'appelle aucune opération distincte de l'installation des autres éléments du certificat ;
- le message « signature altérée » n'est pas mentionné dans le manuel d'utilisation de la plate-forme ;
- celle-ci n'a pas été en mesure de proposer au candidat une solution autre que celle consistant à réinstaller le certificat et s'est bornée à indiquer au pouvoir adjudicateur que les difficultés étaient imputables au candidat ;
- les défaillances de l'opérateur du portail électronique sont de nature à affecter la régularité de la procédure de passation du marché : le pouvoir adjudicateur est responsable des défaillances de son prestataire ;
- en admettant même que la vérification de la signature électronique du représentant du candidat se soit heurtée à des difficultés insurmontables, les documents de l'offre ne pouvaient être considérés comme non signés dès lors que l'existence d'un certificat de signature électronique adéquat n'était pas en cause, et que la difficulté concernait seulement le contrôle de la validité de l'utilisation de ce certificat.

➤ TA de Limoges, 10 mai 2011, Profils – 1 Egal 2

La plate-forme utilisée par le Département de la Creuse génère deux fichiers lors de la signature électronique : l'un correspondant à l'offre, et l'autre correspondant à la signature proprement dite, ce dernier portant la même référence que le document de l'offre, complété par le suffixe « sig.xml » ; la société Profils – 1 Egal 2 avait bien créé ces deux fichiers, mais, pour des raisons pas complètement élucidées, celui correspondant à la signature arriva seul avant la date limite, et celui correspondant à l'offre fut horodaté par la plate-forme deux heures et quarante-neuf minutes plus tard, et hors délai. L'offre fut rejetée.

Bien que n'étant pas certain que le dysfonctionnement provenait de la plate-forme, le juge estima que l'offre était valablement transmise et aurait dû être ouverte. *« ...dès lors qu'il n'est pas contesté, d'une part, que le fichier correspondant à son acte d'engagement comportait bien une signature électronique valide de son représentant et, d'autre part, qu'elle n'a transmis, avant les date et heure limites de réception des offres, qu'un seul fichier correspondant à son acte d'engagement ... ».*

b.2.) Jugements favorables au pouvoir adjudicateur

➤ Tribunal administratif de Bordeaux, 30 mars 2011, Magdalene Telecom, n° 1100972

Cet arrêt peut être comparé avec intérêt à l'arrêt précédent Infostance. Là aussi, un aléa technique a gêné les opérations de signature de l'offre, mais les circonstances sont différentes et vont conduire à une solution inverse : le candidat écarté perd son procès, car le juge considère que l'offre n'est pas signée électroniquement, et qu'en outre le problème technique provient du propre ordinateur du candidat. Le pouvoir adjudicateur fait valoir qu'une offre dématérialisée doit être signée électroniquement, et que ce n'est pas le cas de l'offre de ce candidat, qui a été signée de façon manuscrite, scannée, puis transmise électroniquement : cette séquence d'opérations ne vaut pas signature électronique.

Le problème provenait d'un mauvais dialogue interne entre le navigateur Mozilla Firefox et le système d'exploitation Windows XP.

En vain le candidat fait-il valoir que l'administration avait autorisé l'usage de Mozilla : le juge répond qu'il ne pouvait être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir autorisé (entre autres) l'utilisation de ce navigateur très connu ; pour autant, cela ne rend pas l'administration responsable du mauvais « dialogue » entre Mozilla et d'autres logiciels installés sur l'ordinateur de la requérante.

En vain également fait-il valoir que le CMP, en son article 52, permet au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de compléter les dossiers de candidature incomplets, mais non de suppléer à l'absence d'une offre dûment signée.

- TA de Dijon, 30 juin 2011, Computacenter France, n° 1101387

Dans cette affaire aussi, il s'agit d'une offre que le candidat n'a pas réussi à transmettre avant l'heure limite. Le jugement ne donne pas d'informations détaillées sur la nature de la panne, mais il précise quand même que celle-ci n'a duré qu'une dizaine de minutes, et qu'elle n'est pas imputable au pouvoir adjudicateur ni à son prestataire. En conséquence, le tribunal estime que le pouvoir adjudicateur avait le droit de rejeter l'offre comme arrivée hors délai.

- TA de Nancy, 20 janvier 2011, EGT, n° 1100005

Dans cette affaire, la requérante se plaint des mauvaises conditions d'accès à la plate-forme du prestataire du pouvoir adjudicateur. Elle est déboutée par le juge, qui fait une relation détaillée des difficultés techniques de transmission survenues (ce qui, au passage, nous montre qu'il considère comme probant le déroulement des opérations de transmission tel que le journal des événements généré par la plate-forme les fait apparaître).

Entre 15 heures 06 et 15 heures 15, la candidate rencontre des difficultés d'accès à l'applet de constitution de sa réponse. Contrairement à ce qu'elle soutient, elle n'a pas fait appel à l'assistance hotline, mais s'est contentée de demander de l'aide par courrier électronique. Le problème est résolu à 15 h 15, moment où elle put accéder à l'applet, réaliser le travail de constitution de sa réponse, ajouter les fichiers et signer 17 documents ; elle devait ensuite procéder au chiffrement de son offre, ce qu'elle commença à 15 h 35 ; puis elle devait passer au dépôt proprement dit du pli ; cet envoi, qui ne prit que 2 minutes, ne fut entrepris qu'à 16 heures 50, après l'heure limite ; aucune précision n'est disponible sur ce qui s'est passé entre 15 h 35 et 16 h 50.

Le tribunal observe qu'à supposer même qu'EGT ait éprouvé des difficultés pour procéder au cryptage de son offre, ce qui n'est pas allégué, elle n'a pas fait appel à ce moment à l'aide de la hotline ; elle ne peut, dans ces circonstances, se plaindre des moyens électroniques mis à sa disposition, ni du fait que, comme le règlement de consultation en prévenait les candidats, un délai d'une heure trente pouvait être nécessaire à la transmission d'un fichier de 20 Mo.

5. Après la signature et la transmission électroniques

La jurisprudence permet de prendre connaissance de quelques incidents, d'origine humaine, survenus après la phase de signature et de transmission électronique. Une fois connus, ils sont aisément évitables.

a) Mise en ligne d'éléments des offres

Dans une procédure négociée, l'administration avant la fin de la procédure, met en ligne, par erreur, un document intitulé « Fiche de fin de négociation », qui comprend des éléments des

offres des différents candidats. Le juge souligne que cette mise en ligne était de nature à vicier la concurrence (TA de Versailles, 20 novembre 2008, Nexter, n° 0810472). L'administration n'est pourtant pas condamnée, car le requérant n'est pas lésé ; en effet, comme le registre des téléchargements en fait foi, la requérante est seule à avoir téléchargé cette pièce. Ses concurrents ne l'ont pas fait.

Encore une fois, nous observons la haute valeur probante accordée par le juge à l'enregistrement des événements opéré par la plate-forme.

b) Négociation par voie électronique

Dans le cas d'une procédure adaptée, la négociation est possible ; cependant, si l'autorité administrative prévoit, pour engager la phase de négociation, d'avoir recours uniquement au courrier électronique, elle doit l'annoncer dans le règlement de la consultation (TA de Toulon, 17 juin 2010, ADW Networks, n° 0901622)

6. La notification de l'attribution du marché

Cette notification, ainsi que l'information des candidats non retenus, est prévue à l'article 80 du CMP ; elle doit être suivie d'un délai d'attente de 16 jours, réduit à 11 jours en cas de transmission électronique.

Une notification par télécopie constitue une telle transmission électronique, et permet la réduction du délai. (TA Strasbourg, 21 juillet 2010, Energest, n° 1003146)

7. Les éléments de preuve

Au niveau contentieux, on note que :

- le journal des événements généré par la plateforme électronique est affecté de fait d'une valeur probante importante, comme le montrent les différents jugements qui font une description détaillée des échanges électroniques et en déduisent la solution juridique de l'affaire ;
- une copie d'écran faite par l'administration est acceptée comme probante (CAA Bordeaux, 19 juillet 2010, M. Bernard A, n° 10BX01752)

B. Les marchés passés en procédure adaptée

En deçà des seuils prévus à l'article 26, ou même sans limitations de montant dans le cas de certains services mentionnés à l'article 30, les marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée.

L'article 28 prévoit alors que « les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, ainsi que des circonstances de l'achat. »

La liberté du pouvoir adjudicateur est cependant limitée par l'obligation de respecter les principes généraux de la commande publique.

Afin de cerner sa marge de manœuvre le plus exactement possible, un point de jurisprudence a paru nécessaire. Il en ressort notamment que le juge administratif considère qu'un certain

nombre des principes qui s'imposent en procédures formalisées s'appliquent également aux marchés passés selon la procédure adaptée.

1. Le respect des principes généraux

Les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le II de l'article 1^{er} de ce code ; les marchés passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du même code sont soumis aux dispositions de son article 1^{er}, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci. (CE, 24 février 2010, Enclave des Papes, n° 333569) ; cet arrêt confirme une décision précédente. CE, 7 octobre 2005, Région Nord Pas de Calais, n°278732)

2. L'allotissement

L'article 10 du Code des marchés publics, qui privilégie la dévolution du marché en lots séparés, s'applique aussi en cas de procédure adaptée. (TA de Lille, 3 juillet 2008, Huglo Lepage, n° 080463 ; TA de Marseille, 13 janvier 2009, Benoit Caviglioli, n° 0808874 ; CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n° 333737)

3. La publicité

a) L'étendue de la publicité

Le pouvoir adjudicateur apprécie, en fonction de l'objet et des circonstances du marché, la nature des mesures de publicité à prendre. Le juge administratif exige cependant que celles-ci soient suffisantes. Ainsi, un pouvoir adjudicateur qui s'est contenté d'une annonce dans la presse locale et sur son site internet pendant 15 jours pour annoncer un marché de programmation de 25 000 euros, a méconnu ses obligations de transparence. Le fait que la revue « Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment » ait repris l'annonce, de sa propre initiative, est sans incidence sur la solution juridique. (CE 7 octobre 2005, Région Nord Pas de Calais, n°278732)

b) La clarté du dossier de consultation

Un pouvoir adjudicateur se voit reprocher par le juge des contradictions entre les documents de la consultation ne permettant pas aux candidats de connaître avec précision la durée d'exécution du marché : en effet, le délai d'exécution annoncé dans l'avis d'appel public à concurrence était de 4 mois à compter de la notification du marché alors que l'article 3 du cahier des clauses administratives particulières mentionnait une durée d'exécution maximum de 80 jours soit moins de trois mois. (CE, 5 août 2009, Région Centre, n° 307117)

c) L'annonce des critères de choix des candidatures

Le pouvoir adjudicateur doit vérifier les capacités des candidats et indiquer les documents ou renseignements au nom desquels il sera opéré à la sélection des candidatures. (CE, 29 avril 2011, Garde des sceaux, n° 344617)

Lorsqu'il décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, y compris lorsqu'il met en œuvre une procédure adaptée sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents

ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures ; par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats ; cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures. (CE, 24 février 2010, Enclave des Papes, n° 333569)

4. Le délai de remise des offres

a) Le point de départ du délai

Pour juger si le délai laissé aux candidats pour présenter une offre est suffisant ou non, il convient de retenir, comme point de départ, la date de publication de l'avis et non sa date d'envoi pour publication. (CE, 5 août 2009, Région Centre, n° 307117)

b) La durée du délai

La procédure adaptée obéit à l'article 28 du code des marchés publics, lequel permet au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités de cette procédure et ne détermine donc pas de délai précis laissé aux candidats pour déposer leur offre ; cependant, le pouvoir adjudicateur doit prévoir un délai suffisant, sous le contrôle du juge. (CE, 5 août 2009, Région Centre, n° 307117)

Le délai laissé aux candidats doit être suffisant au regard notamment du montant du marché envisagé, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats. (TA Lille, 16 mars 2011, société Fornells, n° 1101226)

5. La sélection des offres

a) L'examen simultané des candidatures et des offres

En procédure formalisée, les phases d'examen des candidatures d'une part et des offres d'autre part sont bien distinctes. L'arrêt du 29 décembre 2006 (CE, société Bertélé SNC, n° 273783), par lequel le CE avait considéré, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert européen que la prise en compte de l'expérience professionnelle ne pouvait être qu'un critère de sélection des candidats, reste d'actualité.

Dans le cadre de la procédure adaptée, il est loisible au pouvoir adjudicateur d'examiner, au cours d'une phase unique, la recevabilité des candidatures et la valeur des offres. (CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix en Provence, n° 314610)

b) Le critère de l'expérience du candidat

En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés. Mais le juge procède à un contrôle de l'utilisation de ce critère : celui-ci peut être utilisé lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire. (CE, 2 août 2011, Parc naturel des Grands Causses, n° 348254)

Il ne doit pas recevoir un poids trop important compte tenu de l'objet du marché ni avoir pour effet d'accorder un avantage excessif à l'expérience des candidats de nature à porter atteinte au principe d'égalité d'accès à la commande publique. (CAA Douai, 7 juin 2011, Office municipal de tourisme de Berck-sur-Mer, n° 10DA00232).

6. La négociation

a) Le choix des candidats admis à la négociation

Le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier. (CE, 30 novembre 2011, ministère de la Défense, n° 353 121)

b) Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables

Le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure adaptée, admettre à la négociation les candidats ayant remis une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable, sans les éliminer d'emblée ; il n'y est cependant pas obligé. Il doit, par contre, à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables. (CE, 30 novembre 2011, ministère de la Défense, n° 353 121)

c) Le déroulement de la négociation

Dans une procédure adaptée, le fait de demander aux candidats de présenter de nouvelles offres, constitue une négociation et le pouvoir adjudicateur doit assurer la traçabilité de l'ensemble du processus de jugement des offres successives. (TA de Nantes, 31 août 2010, SA ETDE N° 1005638)

L'autorité administrative qui n'informe pas explicitement les candidats, dans le règlement de la consultation, du fait qu'elle aura recours exclusivement au courrier électronique pour engager la phase de négociation, manque à ses obligations de transparence de la procédure. (TA de Toulon, 17 juin 2010, Société ADW Networks, n° 0901622)

Le pouvoir adjudicateur ne peut modifier les critères de choix des offres pendant les négociations. (CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n° 344244)

7. Le choix du titulaire

Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. (CE, 24 février 2010, Enclave des Papes, n° 333569)

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs ont la liberté de choisir leur méthode de notation des critères et n'ont pas l'obligation d'en informer les concurrents dans la mesure où elle n'introduit pas de rupture d'égalité entre les candidats. (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n°334279 ; CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n°333737)

8. L'information des candidats non retenus

Les marchés passés selon une procédure adaptée ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier, avant la signature du contrat, aux opérateurs économiques ayant présenté une offre non retenue, la décision d'attribution du marché. (CE, 19 janvier 2011, Grand port du Havre, n° 343435)

9. Les recours

a) En référé pré-contractuel

Quand une sous-estimation du montant du marché a conduit à recourir à la procédure adaptée, mais que le marché est en réalité attribué pour un montant supérieur au seuil des procédures formalisées, une entreprise lésée peut recourir au référé pré-contractuel. (TA de Saint-Denis de la Réunion, Genes Diffusion, 18 mars 2009, n° 0900320)

b) En référé contractuel

Les cas où un référé contractuel peut être utilement formé sont plus restreints en procédure adaptée.

S'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier, avant la signature du contrat, aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, la décision d'attribution du marché, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Le juge du référé contractuel doit également annuler un marché à procédure adaptée, sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, ou prendre l'une des autres mesures mentionnées à l'article L. 551-20 dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé. (CE, 19 janvier 2011, Grand port du Havre, n° 343435)

C. Autres jurisprudences signalées

1. Notion de marché public

✓ CJCE, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, n° C-274/09

Dans cette affaire, la CJCE eut à se prononcer sur la limite entre marché de service et concession de service pour qualifier des contrats d'organisation des secours. Il fut jugé que : *« lorsque la rémunération de l'opérateur économique retenu est intégralement assurée par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat portant sur des services de secours et que cet opérateur économique encourt un risque d'exploitation, fût-il très limité, en raison, notamment, du fait que le montant des droits d'utilisation des services en cause dépend du résultat de négociations annuelles avec des tiers et qu'il n'est pas assuré d'une couverture intégrale des coûts exposés dans le cadre d'une gestion de ses activités conforme aux principes énoncés par le droit national, ledit contrat doit être qualifié de contrat de «concession de services», au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de cette directive ».*

✓ CE, 20 mai 2011, Commune de Six Fours les Plages, n° 342520

La commune de Six Fours les Plages a confié par convention à un prestataire l'organisation d'un festival et accordé une subvention annuelle. Le Conseil d'Etat a requalifié cette convention en marché public après avoir constaté qu'elle prévoyait la fourniture d'une prestation de services qui répondait aux besoins de la commune et était rémunérée moyennant un prix tenant à l'abandon des recettes du festival et au versement d'une somme annuelle.

2. Contenu du dossier de consultation

a) Variantes

✓ CE, 5 janvier 2011, Société technologie Alpine sécurité, n°343206

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat définit ce qu'est une variante : celles-ci « constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation. »

b) Date d'achèvement des prestations

✓ CE, 1^{er} juin 2011, Commune de Saint Benoît, n°345649

Pour permettre l'élaboration de leur offre et pour en déterminer le prix, les candidats doivent disposer, notamment dans le cadre d'une procédure de passation formalisée, d'informations relatives à la date d'achèvement du marché ; si le pouvoir adjudicateur entend laisser aux candidats la faculté de proposer eux-mêmes une date précise d'achèvement, il lui revient alors d'encadrer cette faculté, en fixant par exemple une date butoir ou une fourchette de dates possibles pour l'échéance du marché.

c) Hiérarchie des pièces du marché

✓ CE, 12 janvier 2011, Léon Grosse, n° 334320

Cet arrêt souligne l'importance du classement des pièces contractuelles du marché tel qu'il est fixé dans ses pièces particulières. Ainsi, le Conseil d'Etat après avoir rappelé qu'un marché qui prévoit un début d'exécution avant notification est illicite, a jugé qu'au cas d'espèce, le marché ne pouvait être considéré comme nul pour ce motif car l'acte d'engagement, qui figurait en tête de l'ordre de priorité décroissant des pièces particulières du marché, stipulait que le marché prendrait effet à compter de sa date de notification et primait de ce fait sur le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux, qui prévoyait un commencement d'exécution avant la notification et même la conclusion du marché, et ne figurait qu'en troisième position au sein de ces documents.

3. Allotissement

✓ CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935

Le Conseil d'Etat estime que la collectivité était en droit de ne pas allotir le marché en raison des économies d'échelle obtenues grâce au choix de passer un marché unique.

4. Présentation et contenu des offres

✓ CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935

Une offre dont l'acte d'engagement n'est pas, avant la date limite de remise des offres, signé par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager l'entreprise candidate, est irrégulière et doit être éliminée comme telle avant même d'être examinée.

✓ CE, 23 mai 2011, Commune d'Ajaccio, n° 339406

Le règlement de la consultation doit être intégralement respecté. Une entreprise n'ayant pas produit de planning de réalisation du chantier alors que cette pièce était demandée ne peut se voir attribuer le marché.

5. Sélection des candidatures

✓ CE, 29 avril 2011, Garde des Sceaux ministre de la justice, n° 344617

L'agrément exigé pour l'exécution du marché ne suffisait pas pour garantir, en l'espèce, les capacités professionnelles et financières des candidats. Le pouvoir adjudicateur aurait dû demander d'autres éléments prouvant ces capacités ; le Conseil d'État a donc confirmé l'annulation de la passation du marché prononcée par le juge des référés.

✓ CE, 4 mars 2011, Région Réunion, n° 344197

En appel d'offres, l'examen des candidatures et des offres se réalise séparément. Certes, les dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics, qui régissent la sélection des candidatures, permettent au pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, de demander à tous les candidats concernés, avant l'examen des candidatures, et dans les conditions fixées à cet article, de compléter leur dossier de candidature. Mais, elles ne l'autorisent pas à leur demander de compléter la teneur de leur offre.

✓ CE, 24 juin 2011, Commune de Rouen, n° 347840

Dans cet arrêt, qui concerne un concours, le Conseil d'Etat précise plusieurs points touchant à l'examen des candidatures :

- aucune disposition de l'article 52 du code des marchés publics n'interdit d'exiger que chaque membre d'un groupement fasse preuve de l'aptitude requise : « la commune pouvait donc exiger que le mandataire du groupement, compte tenu de ses responsabilités propres, dispose de garanties financières suffisantes, sans rechercher si une absence de telles garanties peut être compensée par celles offertes par les autres membres du groupement » ;
- la seule production des documents exigés n'établit pas que les candidats ont les capacités requises ; il appartient au pouvoir adjudicateur de l'apprécier au regard de ces documents ;
- l'exigence que le candidat ait conduit des projets de complexité équivalente ne revient pas à fixer un niveau minimal de capacité ;
- le candidat qui demande que soient prises en compte les compétences d'un sous-traitant pour répondre aux conditions de candidature doit apporter la preuve qu'il en dispose pour l'exécution du marché ; le Conseil d'Etat a jugé, que faute d'avoir produit un formulaire DC4, même si la fourniture de ce document n'est pas légalement prescrite, le groupement candidat ne fournissait pas à la commune la garantie de l'intervention de ce sous-traitant.

6. Attribution du marché

a) Critère d'insertion professionnelle

✓ CAA Douai, 29 novembre 2011, Région Nord Pas de Calais, n° 10DA01501

Un pouvoir adjudicateur peut retenir, au nombre des conditions d'exécution du contrat, des éléments à caractère social prenant en compte l'objectif de progrès social, tel que mentionné à l'article 14 du Code des marchés publics. Mais il ne peut pas le faire au titre des critères

d'attribution lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'exécution des prestations objet du marché ne requiert ni ne suppose, en soi, un recours à des publics en difficulté engagés dans un parcours d'insertion.

b) Critère de valeur technique

✓ CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs, n° 343324

Le règlement de la consultation imposait aux candidats de fournir les caractéristiques du véhicule qui serait utilisé pour exécuter le marché et indiquait que ces renseignements contribueraient à apprécier la valeur technique des offres. Le pouvoir adjudicateur était fondé à éliminer l'offre d'un candidat, en considérant que la fourniture d'un simple devis ne lui garantissait pas que le candidat disposerait effectivement du véhicule pour l'exécution du marché.

c) Critère de développement durable

✓ CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570

Dans le cas d'un marché portant sur le ramassage et l'élimination des déchets ménagers, une entreprise évincée reproche au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas prévu spécifiquement un critère de sélection en matière de développement durable, permettant notamment de minimiser les distances ou les quantités de transport de déchets par voie routière ; le Conseil d'Etat estime que l'introduction d'un tel critère n'est pas obligatoire, étant précisé que le critère de la valeur technique utilisé par le pouvoir adjudicateur était lui-même décomposé en quatre sous-critères relatifs aux modalités d'organisation de la formation du personnel de la communauté urbaine affecté aux déchetteries, aux moyens en personnels et en matériels mis en œuvre dans le cadre du marché, aux modalités d'évacuation des déchets et, enfin, aux filières de traitement.

7. Fin de la procédure

✓ CE, 24 juin 2011, Commune de Rouen, n° 347840

Les dispositions de l'article 80 n'interdisent pas au pouvoir adjudicateur, après avoir communiqué les motifs justifiant le rejet d'une candidature ou d'une offre, de procéder ultérieurement à une nouvelle communication pour compléter ou préciser ces motifs, voire pour procéder à une substitution de motifs.

✓ CE, 2 août 2011, Clean Garden, n° 347840

Le délai que doit s'imposer puis respecter le pouvoir adjudicateur entre l'envoi aux concurrents évincés de la notification du rejet de leur candidature ou de leur offre et la conclusion du marché est un délai dont la computation s'opère de date à date.

8. Recours

✓ CE, 24 juin 2011, Office public de l'Habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines, n° 346 665 et 346746

Le candidat avait été informé du rejet de son offre mais non de l'existence d'un délai de suspension : le référé contractuel reste possible pour lui bien qu'il ait présenté un référé pré-contractuel.

✓ CE, 30 novembre 2011, DPM, n° 350788

Le Conseil d'Etat confirme ou apporte plusieurs précisions importantes quand au fonctionnement du référé contractuel :

- dans le cas d'un candidat qui a été informé du rejet de son offre, mais sans qu'un délai de suspension de signature lui soit indiqué, la haute juridiction considère que les délais de recours n'ont pas commencé à courir en ce qui le concerne ; le candidat ayant déposé un référé précontractuel et appris par le mémoire en défense que le marché avait été notifié, le Conseil d'Etat accepte que ce référé soit transformé en référé contractuel ;
- il fait usage de la possibilité de condamner la collectivité à une pénalité financière au profit du Trésor public ;
- il annule certains lots, mais diffère l'effet de l'annulation pour éviter que le service public soit interrompu pendant la procédure de passation du marché de remplacement.

✓ CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs, n° 343324

Le juge des référés, lorsqu'il constate un manquement se situant au niveau de l'examen des offres, ne peut annuler l'ensemble de la procédure : il ne peut prononcer l'annulation qu'à partir de l'étape de la procédure au cours de laquelle le manquement a été commis, en l'espèce l'examen des offres.

ANNEXES

Annexe 1 : Décret n°2009-1279 du 22 octobre 2009 relatif à la commission consultative des marchés publics

Annexe 2 : Arrêté du 22 octobre 2009 relatif à l'assistance apportée aux collectivités territoriales par la commission consultative des marchés publics pour l'élaboration et la passation de leurs marchés et accords-cadres

Annexe 3 : Organigramme de la CCMP

ANNEXE 1

Décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009 relatif à la commission consultative des marchés publics

Le Premier ministre,

Sur le rapport de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

Vu le code des marchés publics, notamment son article 129 ;

Vu le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif,

Décète :

Article 1

La commission consultative des marchés publics fournit aux services de l'État et des établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, à leur demande, une assistance pour l'élaboration ou la passation de leurs marchés et de leurs accords-cadres.

Cette commission fournit également aux collectivités territoriales, à leur demande, la même assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés et accords-cadres dont le montant est supérieur à un seuil fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Article 2

La commission consultative des marchés publics comprend les membres suivants :

- a) Un président désigné par arrêté du ministre chargé de l'économie, choisi en raison de ses compétences en matière de marchés publics ;
- b) Deux vice-présidents désignés par arrêté du ministre chargé de l'économie, choisis en raison de leurs compétences en matière de marchés publics ;
- c) Un ou deux représentants de l'État choisis par le président de la commission consultative des marchés publics, pour leur expertise en fonction du marché en cause, à partir d'une liste d'agents publics de l'État, arrêtée par le ministre de l'intérieur, le ministre de la défense, le ministre de la justice, le ministre chargé de l'éducation, le ministre chargé de l'enseignement supérieur, le ministre chargé de l'équipement, le ministre chargé de la santé, le ministre chargé de l'agriculture, le ministre chargé de la culture et le ministre chargé de l'écologie, qui en informent le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ;
- d) Un ou deux représentants des collectivités territoriales choisis par le président de la commission consultative des marchés publics, pour leur expertise, en fonction du marché en cause, à partir d'une liste d'agents publics des collectivités territoriales arrêtée par le ministre chargé de l'économie sur proposition du ministre de l'intérieur ;
- e) Le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie ou son représentant ;
- f) Le directeur général des collectivités locales ou son représentant ;
- g) Un représentant du ministre chargé de la concurrence.

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

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.

Article 3

I. – Lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice saisissent la commission consultative des marchés publics, ils lui adressent le projet de marché ou d'accord-cadre 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.

II. – Lorsqu'un projet de marché ou d'accord-cadre a été examiné par la commission consultative des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut saisir la commission d'une difficulté particulière rencontrée au cours de la procédure de passation de ce marché ou de cet accord-cadre, avant sa notification.

Article 4

I. – La demande d'avis comporte au minimum une note de présentation à la commission, le règlement ou la lettre de consultation, les projets de documents contractuels, le projet d'avis d'appel public à concurrence lorsque la procédure le prévoit et tout autre document jugé utile à l'instruction du dossier.

Le dossier est adressé au secrétariat de la commission qui, lorsque le dossier est complet, en accuse réception.

La saisine peut s'opérer sous forme dématérialisée.

II. – Les dossiers font l'objet d'un examen par un des secrétariats techniques de la commission mentionnés à l'article 7. A l'issue de cet examen, le président de la commission ou l'un des vice-présidents peut choisir, selon la complexité de la question soulevée, de procéder à un envoi direct d'observations ou de recommandations au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou de convoquer la commission pour un examen en séance. Il désigne alors un rapporteur sur la liste mentionnée à l'article 9. La commission rend alors un avis.

Article 5

Les observations, les recommandations ou l'avis sont portés à la connaissance du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice dans un délai qui ne peut excéder trente jours francs à compter de la date de délivrance de l'accusé de réception du dossier.

Le service ou la collectivité concerné peut, à titre exceptionnel, demander que la commission formule ses observations, ses recommandations, ou donne son avis, dans un délai inférieur au délai susmentionné.

Article 6

Lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est une collectivité territoriale, les observations, les recommandations ou les avis sont transmis au représentant de l'État en même temps qu'à la collectivité concernée.

Article 7

Le secrétariat de la commission consultative des marchés publics est assuré par la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie. Ce secrétariat est composé de secrétariats techniques spécialisés chargés de l'instruction des dossiers et de la préparation des observations, des recommandations et des avis formulés par la commission.

Article 8

La commission consultative des marchés publics est convoquée par son président ou un des vice-présidents qui arrête l'ordre du jour et l'adresse à ses membres sept jours au moins avant la date de la réunion.

Les débats peuvent être organisés dans les conditions prévues à l'article 7 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 susvisé.

Dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 5, la commission est convoquée vingt-quatre heures avant la date de la réunion et le dossier est adressé aux membres dans le même délai.

Article 9

Les rapporteurs de la commission consultative des marchés publics sont des agents de catégorie A ou de niveau équivalent, de l'État et des collectivités territoriales, en activité ou en retraite, choisis à raison de leurs compétences en matière de passation des marchés publics.

Ils peuvent être chargés d'étudier les dossiers dont est saisie la commission et de présenter ceux qui sont inscrits à l'ordre du jour des réunions de la commission.

La liste de ces rapporteurs est arrêtée par le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie sur proposition du président de la commission.

Article 10

Les délibérations de la commission font l'objet d'un procès-verbal, signé par le président ou le vice-président de la commission.

Article 11

La commission consultative des marchés publics établit chaque année un bilan des travaux de la commission. Ce bilan est adressé au directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie et au directeur général des collectivités locales du ministère de l'intérieur.

Article 12

Le décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007 relatif à la commission des marchés publics de l'État est abrogé.

Article 13

Le ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, la ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État, le ministre de l'éducation nationale, porte-parole du Gouvernement, la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche, le ministre de la défense, la ministre de la santé et des sports, le ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche et le ministre de la culture et de la communication sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

ANNEXE 2

Arrêté du 22 octobre 2009 relatif à l'assistance apportée aux collectivités territoriales par la commission consultative des marchés publics pour l'élaboration et la passation de leurs marchés et accords-cadres

La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales,

Vu le code des marchés publics, notamment son article 129,

Vu le décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009 relatif à la commission consultative des marchés publics,

Arrêtent :

Article 1

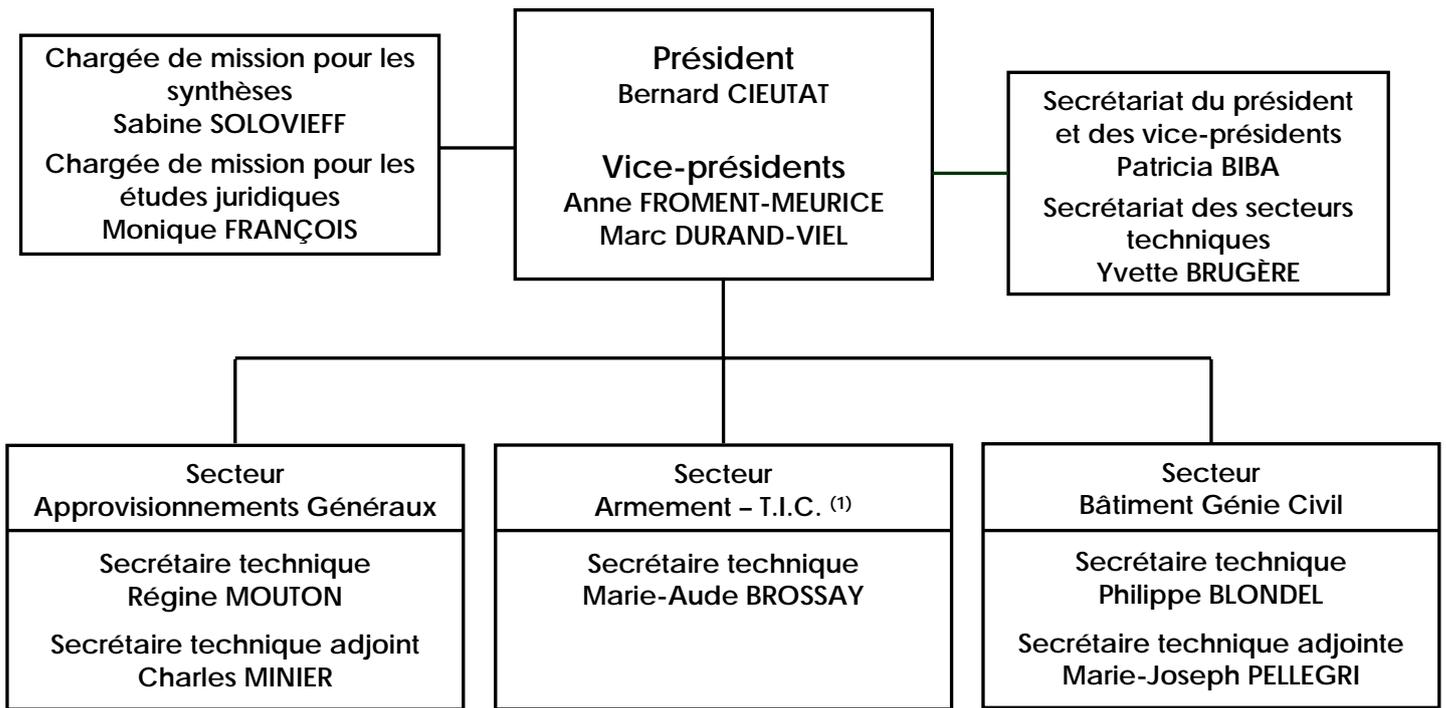
La commission consultative des marchés publics peut fournir aux collectivités territoriales, à leur demande, une assistance pour l'élaboration ou la passation de leurs marchés et de leurs accords-cadres dont le montant estimé est supérieur à 1 000 000 €(HT).

Article 2

Le directeur général des collectivités locales du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et la directrice des affaires juridiques du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal Officiel de la République française.

ANNEXE 3

Organigramme de la CCMP



(1) Technologies de l'Information et de la Communication

**COMMISSION
CONSULTATIVE DES MARCHES PUBLICS
6, rue Louise Weiss
Télédoc 333
Bâtiment Condorcet
75703 PARIS CEDEX 13
Tél : 01.44.97.30.10**