



*Liberté • Égalité • Fraternité*  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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

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

# RAPPORT ANNUEL 2009

## COMMISSION DES MARCHES PUBLICS DE L'ÉTAT



**C M P E**

# SOMMAIRE

---

<b>I – DE LA CMPE A LA CCMP</b>	<b>5</b>
<b>A. Champ de compétence et modalités de saisine</b>	<b>5</b>
<b>B. Composition de la Commission</b>	<b>5</b>
<b>C. Procédures de travail</b>	<b>6</b>
<b>1) Les moyens</b>	<b>6</b>
a) Le secrétariat	6
b) Les rapporteurs	6
<b>2) Les méthodes</b>	<b>7</b>
a) Les lettres d'observations	7
b) Les avis	7
c) Les consultations	7
d) Les réunions avec les services	8
e) Le bilan annuel	8
<b>D. Action de communication</b>	<b>8</b>
<b>1) Le site internet</b>	<b>8</b>
<b>2) Les entretiens avec les responsables des services acheteurs</b>	<b>8</b>
<b>3) Les visites des délégations étrangères</b>	<b>8</b>
<b>II – LES CONSEILS ET LES AVIS DE LA CMPE</b>	<b>9</b>
<b>A. Efficacité de la commande publique</b>	<b>9</b>
<b>1) Définition du besoin et connaissance du contexte concurrentiel</b>	<b>9</b>
<b>2) Forme de la consultation</b>	<b>9</b>
a) Allotissement ou marché unique	9
b) Mutualisation des achats	11
c) Externalisation	12
<b>3) Forme du marché</b>	<b>13</b>
a) Accords-cadres	13
b) Marchés à bons de commande	16
c) Marchés à tranches conditionnelles	16
<b>B. Liberté d'accès à la commande publique, transparence et égalité de traitement des candidats</b>	<b>17</b>
<b>1) Le choix de la procédure</b>	<b>17</b>
a) Appel d'offres	17
b) Dialogue compétitif	18
c) Procédure adaptée de l'article 30	19
d) Procédures négociées	19

# SOMMAIRE

---

2) Publicité, documents demandés et sélection des candidatures	20
3) Dossiers de consultation et jugement des offres	22
<b>C. La bonne utilisation des deniers publics</b>	<b>24</b>
1) Définition de l'objet du marché	24
2) Le rapport qualité-prix	26
3) Le prix	26
4) Le coût global	28
5) Le développement durable	28
<b>D. Sécurité juridique des contrats</b>	<b>29</b>
1) Les intervenants au marché	30
a) Le pouvoir adjudicateur	30
b) Les opérateurs économiques	30
c) La commission d'appel d'offres	31
2) La nature des prestations	31
3) Les documents de la consultation	32
a) Les avis de publicité	32
b) Le règlement de la consultation	33
4) Les documents contractuels	35
a) Utilisation de la langue française	35
b) Acte d'engagement	35
c) CCAP	35
d) CCTP	37
<b>III – MARCHES SPECIFIQUES</b>	<b>38</b>
A. Marchés de prestations de prélèvements et d'analyse des eaux	38
B. Marchés de représentation devant les juridictions	38
C. Marchés de formation	39
D. Marchés avec paiement par carte d'achat	40
<b>CONCLUSION</b>	<b>42</b>
<b>LES EVOLUTIONS DE LA REGLEMENTATION</b>	<b>43</b>
<b>LES EVOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE</b>	<b>46</b>
• I - Les changements concernant les risques contentieux	46
• II - Autres jurisprudences signalées	49
<b>ANNEXES</b>	<b>54</b>
<b>ORGANIGRAMME DE LA CMPE</b>	<b>65</b>

## SIGLES ET ABBREVIATIONS

---

▪ AAPC	: Avis d'appel public à la concurrence
▪ BOAMP	: Bulletin officiel des annonces des marchés publics
▪ CAO	: Commission d'appel d'offres
▪ CCAG	: Cahier des clauses administratives générales
▪ CCAP	: Cahier des clauses administratives particulières
▪ CCAG-PI	: Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles
▪ CCAG-MI	: Cahier des clauses administratives générales des marchés publics industriels
▪ CCAG-FCS	: Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et services
▪ CCAG-TIC	: Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de techniques de l'information et de la communication
▪ CCRA	: Comité consultatif de règlement amiable
▪ CCTP	: Cahier des clauses techniques particulières
▪ CE	: Conseil d'Etat
▪ CJCE	: Cour de justice des communautés européennes
▪ CMP	: Code des marchés publics
▪ CCMP	: Commission consultative des marchés publics
▪ CMPE	: Commission des marchés publics de l'Etat
▪ DAJ	: Direction des affaires juridiques
▪ DCE	: Dossier de consultation des entreprises
▪ GIEE	: Groupement d'intérêt économique européen
▪ HT	: Hors taxes
▪ JOUE	: Journal officiel de l'Union européenne
▪ MINEIE	: Ministère de l'économie, de l'industrie et l'emploi
▪ NUTS	: Nomenclature des unités territoriales statistiques
▪ OEAP	: Observatoire économique de l'achat public
▪ OIT	: Organisation internationale du travail
▪ OPAC	: Office public d'aménagement et de construction
▪ PME	: Petites et moyennes entreprises
▪ RC	: Règlement de la consultation
▪ TA	: Tribunal administratif
▪ TTC	: Toutes taxes comprises
▪ UGAP	: Union des groupements d'achats publics

## SECTEURS D'ACTIVITÉ DE LA COMMISSION

▪ AG	: Approvisionnements généraux
▪ ATIC	: Armement – Technologies de l'information et de la communication
▪ BG	: Bâtiment et génie civil

# AVANT PROPOS

---

L'année 2009 a été, pour la CMPE, une année de transition.

L'obligation de saisir la commission a été supprimée et sa mission de conseil a été étendue aux collectivités territoriales par décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008. Le décret 2009-1086 du 2 septembre 2009 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics a par la suite remplacé la CMPE par la CCMP.

Le décret spécifique à cette nouvelle Commission consultative des marchés publics (CCMP) et son arrêté d'application n'ont été pris que le 22 octobre 2009. La CMPE a donc continué à fonctionner selon les modalités antérieures.

Du fait de la saisine facultative, le nombre de dossiers transmis à la commission par les services de l'Etat a sensiblement diminué sans que cette diminution soit compensée dans l'immédiat par les dossiers des collectivités territoriales. Mais les dossiers soumis à l'expertise de la commission ont été généralement des dossiers complexes posant pour certains d'entre eux des problèmes nouveaux.

La commission a donc poursuivi sa mission de conseil et d'assistance afin d'aider les acheteurs publics à utiliser au mieux les deniers publics dans le respect des normes juridiques applicables.

Dans l'accomplissement de sa mission la commission a été soucieuse d'établir des liens de proximité avec les services acheteurs. Elle a cherché à assurer la compatibilité des objectifs opérationnels de ces derniers avec la réglementation des marchés publics afin de limiter les risques contentieux.

La nouvelle CCMP exerce son rôle de conseil auprès des administrations publiques dans le même esprit constructif.

**Bernard CIEUTAT**  
**Président de la CMPE**

## **I – DE LA CMPE A LA CCMP**

---

Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en place du plan de relance dans les marchés publics a modifié de façon importante le champ de compétence de la CMPE. La saisine de la commission est désormais facultative pour les marchés de l'Etat et certains de ses établissements publics mais sa mission de conseil a été étendue aux marchés passés par les collectivités territoriales.

Un décret du 2 septembre 2009 modifiant certaines dispositions du code des marchés publics a remplacé la commission des marchés publics de l'Etat par la commission consultative des marchés publics (CCMP). La composition et les règles de fonctionnement ont été fixées par un autre décret, du 22 octobre 2009, et précisées par un arrêté du même jour.

### **A. Champ de compétence et modalités de saisine**

La CMPE était compétente pour apporter une aide aux services de l'Etat et à ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux pour l'élaboration ou la passation des marchés et accords-cadres, qu'ils soient pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices. Depuis le 20 décembre 2008 cette assistance intervenait sans conditions de seuil. Il en est de même pour la saisine de la CCMP.

S'agissant des collectivités territoriales, le seuil de saisine de la CCMP pour le même type de mission a été fixé à 1 M€ HT.

La CMPE était également compétente, au titre de l'article 3.II du décret du 16 janvier 2007, pour donner un avis sur toute difficulté particulière rencontrée lors de la préparation ou la passation d'un marché ou d'un accord-cadre à tous les stades de la procédure et quel qu'en soit le montant. L'article 3.II du décret du 22 octobre 2009 relatif à la CCMP précise cette possibilité de saisine : le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut saisir la CCMP d'une difficulté particulière rencontrée au cours de la procédure de passation d'un marché ou d'un accord-cadre lorsque celui-ci a déjà été examiné par la commission.

### **B. Composition de la Commission**

Le président et les deux vice-présidents de la CMPE ont été reconduits dans leurs fonctions au titre de la CCMP. Leur mandat est d'une durée de trois ans renouvelable une fois.

Les principales modifications intervenues concernent les membres de la commission.

La nouvelle commission comprend :

- un ou deux représentants de l'Etat, 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'Etat ;
- 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 ministre chargé de la concurrence.

Comme précédemment, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est présent ou représenté lors de l'examen de son marché ou accord-cadre par la commission.

La fonction de rapporteur général a été supprimée. Par ailleurs, la commission ne comprend plus de représentant du ministre concerné par le dossier examiné.

## **C. Procédures de travail**

Les procédures de travail de la CMPE et celles de la CCMP sont identiques. Les demandes d'avis portent sur des dossiers comportant 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 la concurrence lorsque la procédure le prévoit et tout autre document jugé utile à l'instruction du dossier. Il convient de noter toutefois une croissance sensible des consultations demandées par les services acheteurs sous forme d'échanges téléphoniques, de mails, ou de réunions.

### **1) Les moyens**

#### **a) Le secrétariat**

Le secrétariat de la commission est assuré par la direction des affaires juridiques. Il est composé de secrétaires techniques spécialisés dont le nombre est passé à trois par la fusion du secteur informatique/télécommunication et du secteur armement/électronique. Il comprend donc actuellement un secteur armement/techniques de l'information et de la communication, un secteur bâtiment/génie-civil, et un secteur approvisionnements généraux. Chacun d'entre eux comporte un ou deux agents de catégorie A, expérimentés en matière de marchés publics, et ayant pour certains d'entre eux une compétence dans le domaine des marchés des collectivités territoriales. En outre, deux agents de catégorie A exercent des fonctions de chargé de mission auprès du président de la commission.

#### **b) Les rapporteurs**

La CMPE a bénéficié de la collaboration de rapporteurs, agents de l'Etat, en activité ou en retraite, choisis à raison de leurs compétences en matière de passation des marchés publics. Désormais la fonction de rapporteur est ouverte aux agents de catégorie A ou équivalent des collectivités territoriales.

Les rapporteurs 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.

## **2) Les méthodes**

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

La commission est convoquée par son président ou l'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.

### **a) Les lettres d'observations**

Les lettres d'observations concernent les dossiers qui ne présentent pas de problèmes de fond et pour lesquels une discussion en séance plénière ne s'avère pas nécessaire. Les remarques portent principalement sur les documents de la consultation (avis d'appel public à la concurrence, règlement de la consultation) ou les documents contractuels. Les erreurs et insuffisances ainsi relevées permettent aux acheteurs publics de disposer de conseils leur permettant de limiter les risques contentieux.

### **b) Les avis**

Les dossiers les plus complexes, ceux pour lesquels sont soulevées des questions de principe, font l'objet d'un examen en séance. Les avis rendus portent non seulement sur les documents contractuels mais également sur des problèmes de fond tels que la définition du besoin, l'objet du marché, la cohérence entre le besoin exprimé et la procédure ou le type de marché retenu, les conditions de mise en concurrence.

Ces avis sont transmis au service acheteur dans les jours suivant la réunion. Lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est une collectivité territoriale, les observations, les recommandations ou les avis sont communiqués au représentant de l'Etat en même temps qu'à la collectivité concernée.

Qu'il s'agisse de la CMPE ou de la CCMP les délais d'intervention sont brefs. 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. Ils interviennent souvent dans des délais plus courts.

Désormais, les services ou les collectivités concernés peuvent, à titre exceptionnel, demander que la commission formule ses observations, ses recommandations, ou donne son avis, dans un délai inférieur au délai susmentionné.

### **c) Les consultations**

Bien que ce rôle ne soit pas prévu par les textes qui la régissent, la commission accepte également de répondre aux demandes de consultation formulées par les services acheteurs de façon plus ou moins formelle, par courrier électronique ou par téléphone, sur des questions ponctuelles concernant la passation et la préparation des marchés.

#### **d) Les réunions avec les services**

Les responsables de chacun des secteurs organisent régulièrement des réunions avec les services. Dans ce cadre, les conseils et recommandations interviennent le plus souvent très en amont de l'engagement des procédures de passation afin d'appréhender les problèmes rencontrés, de dégager les solutions les plus appropriées et de procéder à la mise au point du dossier de consultation des entreprises avant le lancement de la consultation.

#### **e) Le bilan annuel**

Aux termes de l'article 11 du décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009 précité, la commission consultative des marchés publics établit chaque année un bilan des 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.

### **D. Actions de communication**

#### **1) Le site Internet**

La CCMP dispose, sous l'égide de la DAJ, d'un site internet sur lequel sont publiés les textes et formulaires relatifs à son fonctionnement (notamment la notice de présentation des dossiers) ainsi que ses rapports d'activité annuels et des conseils de portée générale.

Ce site répond à l'adresse suivante :

([www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr) – sur la page d'accueil du portail du ministère, dans la rubrique « Les grands dossiers » choisir l'action « Commande publique » et cliquer sur « Commission consultative des marchés publics »).

#### **2) Les entretiens avec les responsables des services acheteurs**

Le président de la commission a reçu plusieurs responsables de services acheteurs désireux de l'entretenir des modes de fonctionnement de leur service et des problèmes rencontrés pour la passation de certains marchés.

#### **3) Les visites des délégations étrangères**

Comme lors des années précédentes, le président de la commission a été sollicité pour accueillir des délégations étrangères soucieuses de s'informer sur le fonctionnement et le rôle de la commission. Ont ainsi été reçues des délégations marocaine, serbe, bulgare, macédonienne et russe.

## II – LES CONSEILS ET LES AVIS DE LA CMPE

---

### A. Efficacité de la commande publique

#### 1) Définition du besoin et connaissance du contexte concurrentiel

La recherche de l'efficacité économique de l'achat public et la bonne utilisation des deniers publics telles que définies par l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics passe par une définition précise des besoins.

Le pouvoir adjudicateur, avant d'engager une consultation, doit se poser toutes les questions susceptibles de lui permettre de déterminer au mieux la nature de son besoin, les différentes façons de le satisfaire et les risques de chacune des solutions envisagées.

La commission est souvent amenée à inviter l'acheteur public :

- à vérifier les finalités et les objectifs du projet ou de l'achat souhaité;
- à analyser les besoins fonctionnels des services ;
- à distinguer les achats standard et les achats spécifiques et à n'opter pour ces derniers que lorsque c'est nécessaire ;
- à s'interroger sur les innovations susceptibles d'être proposées par les fournisseurs.

Pour réaliser de bons achats, il est nécessaire de bien connaître le secteur d'activité concerné ainsi que les fournisseurs potentiels, et de savoir ce que ceux-ci sont susceptibles d'offrir. Un bon acheteur doit pouvoir identifier les entreprises ou les types d'entreprises qui peuvent répondre à ses besoins, leur niveau de technicité et leur surface financière. Or, les acheteurs sont souvent mal informés des données du marché et des caractéristiques des entreprises pouvant se porter candidates (chiffre d'affaires, nom des dirigeants, liens capitalistiques avec d'autres entreprises...). Il est donc nécessaire qu'ils mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour améliorer leur connaissance des données concrètes de l'offre dans chaque zone géographique et pour chaque catégorie de biens ou de services à acquérir.

#### 2) Forme de la consultation

##### a) Allotissement ou marché unique

La satisfaction du besoin exprimé par le pouvoir adjudicateur peut donner lieu à un marché unique ou à des lots séparés.

L'allotissement est désormais érigé en principe. L'article 10 du code des marchés publics prévoit en effet que « *Afin de susciter la plus large concurrence, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés...* ». La détermination des lots doit être faite en fonction des caractéristiques techniques demandées et de la structure économique du secteur concerné. La commission le rappelle régulièrement.

Ainsi pour un marché d'imprimantes, de photocopieurs et de services associés, la commission a considéré que le recours à un lot unique pour huit configurations de matériels n'était pas justifié. En effet, l'allotissement était envisageable car les matériels répondaient à des fonctions et des capacités différentes.

De même, pour un marché de services de téléphonie mobile comportant également la fourniture des matériels, la commission a observé que le recours à un lot spécifique pour les mobiles et les accessoires pourrait permettre de faire jouer la concurrence de façon plus efficace et d'obtenir des prix plus intéressants.

D'une manière générale, elle invite les services à étudier si, en fonction du marché en cause et de l'état de la concurrence, une dévolution en lots séparés ne serait pas susceptible de compenser les avantages liés à un marché unique.

Il arrive que le pouvoir adjudicateur souhaite limiter le nombre de lots attribués à chacun des candidats. Ainsi, pour un marché relatif au paiement de prestations sociales donnant lieu à quatre lots géographiques, les candidats ne pouvaient faire acte de candidature que pour deux lots. La commission a observé que cette limitation était susceptible de porter atteinte à la liberté d'accès à la commande publique. Ce dispositif devait donc être dûment justifié. La commission a fait remarquer, en outre, que le nombre de lots devait être indiqué dans les documents de la consultation.

Le pouvoir adjudicateur ne peut envisager un marché unique que lorsque l'allotissement présente des inconvénients tels que :

- la restriction de la concurrence. Ces cas sont extrêmement réduits. Une telle situation ne peut se rencontrer que s'il n'existe pas d'entreprises de taille suffisante pour exécuter les prestations en lots séparés et si le seul moyen de permettre à des PME d'accéder au marché en cause est de recourir à des marchés globaux exécutés avec des sous-traitants ;
- des difficultés techniques ;
- des surcoûts, lors de l'exécution des prestations : « *La réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur, qui a pour corollaire une économie budgétaire pour celui-ci, constitue lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global ...* » (CE n° 328803 - 9 décembre 2009- Département de l'Eure). Pour savoir si l'allotissement risque de rendre financièrement coûteuse l'exécution d'un marché la commission recommande d'examiner poste par poste les économies susceptibles d'être générées par le choix d'un marché global ;
- ou lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

La commission veille à la légitimité des motifs invoqués et appelle l'attention des services sur les risques juridiques encourus si tel n'est pas le cas.

Le Conseil d'Etat a, d'ailleurs, dans un arrêt du 11 août 2009 – Communauté urbaine Nantes Métropole n° 319949 – annulé un marché de services de télécommunications lancé en groupement de commandes pour méconnaissance de l'article 10 du CMP, jugeant que le recours au marché unique n'était pas justifié car l'économie réalisée était insignifiante (moins de 2 % du budget alloué au marché) et les prestations regroupées étaient différentes techniquement.

Le Tribunal administratif de Paris, dans une ordonnance du 15 septembre 2009 a estimé que la complexité inhérente au dialogue compétitif peut justifier techniquement et financièrement un marché unique. La commission considère néanmoins que le recours à cette procédure serait dénaturé s'il n'était motivé que par le seul souci d'éviter l'allotissement.

Pour un marché de travaux à exécuter dans le cadre d'un marché unique comportant 21 « sections techniques » faisant appel à des qualifications distinctes la commission, rappelant la jurisprudence du Tribunal Administratif de Lyon dans une ordonnance du 7 avril 2008 (Société Groupe Pizzorno Environnement), a mis en garde le service contre le risque d'annulation de la procédure en cas de recours s'il n'était pas en mesure de justifier l'absence d'allotissement par une des exceptions prévues à l'article 10 du CMP.

Pour un marché de conseil juridique comportant deux lots géographiques, la commission a recommandé au service d'apprécier, à partir de l'examen des affaires traitées au cours des années précédentes, si un allotissement géographique plus fin ne permettrait pas d'étendre la commande à un nombre plus important de cabinets d'avocats.

Elle a rappelé à plusieurs reprises que le recours à un marché unique n'interdit pas au pouvoir adjudicateur d'identifier les prestations par poste technique de manière à attribuer le marché à un groupement conjoint d'entreprises, afin de permettre un plus large accès à la commande publique, notamment des PME.

#### **b) Mutualisation des achats**

Le souci légitime de rationaliser les achats publics conduit de plus en plus fréquemment les services à grouper leurs commandes afin d'économiser les moyens administratifs et de bénéficier, du fait de l'effet de masse, de baisses de prix de la part des fournisseurs. Toutefois, cette démarche ne doit pas aboutir à une réduction de la concurrence. La commission appelle donc l'attention des services sur la nécessité de concilier la mutualisation des achats et les obligations d'allotissement imposées par l'article 10 du CMP. En outre, l'intérêt de la mutualisation peut être limité si elle se traduit par la conclusion d'un accord-cadre unique pouvant donner lieu à un nombre important de marchés subséquents et de commandes différentes portant sur un petit nombre de produits.

La mutualisation des achats s'effectue sous différentes formes.

Il convient de noter la création du service des achats de l'Etat par décret n° 2009-300 du 17 mars 2009 afin de mettre en œuvre une politique globale des achats courants de fournitures et de services tels que le mobilier et le matériel de bureau, les matériels informatiques, la maintenance d'installations techniques... Des échanges fructueux ont eu lieu entre la commission et ce nouveau service.

Le groupement de commandes peut également passer par le recours à une centrale d'achats. L'UGAP constitue à cet effet un levier des politiques de rationalisation des achats publics. Elle a également pour mission de contribuer à promouvoir des fournitures et des services répondant à des objectifs de développement durable et à faciliter l'accès des PME à la commande publique. Ces objectifs, qui apparaissent dans les dossiers transmis à la CMPE, sont mis en œuvre, notamment, par un allotissement approprié.

- **Coordination de commandes (article 7 du CMP)**

En vue d'obtenir de meilleurs prix et des coûts de gestion plus faibles, les acheteurs publics peuvent faire le choix de se grouper, conformément aux dispositions de l'article 7 du code des marchés publics qui prévoit qu'« *au sein d'un pouvoir adjudicateur, les services qui disposent d'un budget propre peuvent coordonner la passation de leur marchés ou accords-cadres selon les modalités qu'ils déterminent librement* ».

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur, qui peut, par exemple, être une direction centrale d'un ministère, passe l'accord-cadre ou le marché à bons de commande. Les marchés subséquents ou les bons de commande quant à eux peuvent être conclus soit par le pouvoir adjudicateur pour répondre aux besoins de l'ensemble des services, soit par les services eux-mêmes. Il est souhaitable alors de prévoir dès le lancement de la consultation la liste des entités susceptibles de passer les marchés subséquents ou les bons de commande.

Un montage de cette nature (accord-cadre mono-attributaire et marchés subséquents passés par les services) a été utilisé pour globaliser la fourniture et la livraison d'équipements et de matériels d'ateliers destinés à l'ensemble d'un département ministériel.

- **Groupement de commandes (article 8 du CMP)**

La mutualisation des achats peut être effectuée également dans le cadre d'un groupement de commandes prévu à l'article 8 du CMP. Ces groupements peuvent associer, notamment, des services de l'Etat ou des établissements publics de l'Etat et une ou plusieurs collectivités territoriales ou établissements publics locaux.

Il convient alors d'arrêter la liste des participants, seul moyen d'évaluer de façon fiable le besoin correspondant, et de conclure une convention de groupement fixant la règle du jeu, notamment le rôle du coordonnateur. Signée par chacun de ses membres, cette convention doit préciser l'engagement de chacun d'entre eux de conclure avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres. L'accord-cadre ou le marché à bons de commande pourra être signé par le coordonnateur, ou par tous les membres du groupement ; les marchés subséquents ou les bons de commande ne pourront être signés que par les membres du groupement à l'exclusion d'autres intervenants.

### **c) Externalisation**

Avant même de prendre la décision de passer un marché, les acheteurs publics devraient s'interroger sur l'utilité d'une telle démarche.

En effet, pour la réalisation de certaines prestations, ils ont quelquefois le choix entre un mode de réalisation en régie - les prestations étant alors réalisées par leurs propres agents - et un mode de réalisation par un opérateur privé, nécessitant la passation d'un marché.

Le choix entre ces modes de gestion nécessite une analyse comparative de leurs avantages et désavantages respectifs.

En 2009, la commission a constaté que le second mode de gestion, adopté depuis plusieurs années, s'est poursuivi tant pour l'acquisition de fournitures que pour la réalisation de prestations de services afin de réduire les coûts de fonctionnement de l'administration et de recentrer l'activité de ses agents sur leur cœur de métier. Il en est attendu également de meilleures conditions économiques.

A propos d'un marché multi-services, le pouvoir adjudicateur, après avoir procédé à une analyse de la gestion déléguée et de la régie, a estimé que la gestion déléguée apportait une meilleure qualité de service, notamment en ce qui concerne la restauration et la buanderie, pour un coût de journée inférieur à celui résultant de la gestion directe.

Pour un marché multi-techniques portant sur un ensemble de bâtiments répartis sur plusieurs sites, l'externalisation et la mutualisation au sein d'un même contrat de prestations d'exploitation et de maintenance laissaient espérer un gain financier estimé entre 5 et 10%.

La commission a également examiné un projet d'accord-cadre pour la fourniture et la livraison de fournitures industrielles, équipements et matériels d'ateliers comportant plus de cent mille références couvertes par plus de cent cinquante fournisseurs. Ce contrat, passé avec un seul distributeur, avait pour but, outre la recherche d'économies par l'effet de masse des commandes, de confier au titulaire la gestion des catalogues et des commandes auprès des fabricants. La contrepartie de cette simplification de la gestion des commandes était la difficulté de définir avec suffisamment de précision l'objet même du marché et ses exigences techniques. Un tel montage laissait au titulaire la liberté de choisir auprès des différents fournisseurs un produit sans que l'acheteur soit à même de vérifier si celui-ci répondait au meilleur rapport qualité-prix. Il a donc fait l'objet de critiques de la part de la commission.

L'externalisation peut également être liée à l'évolution de la réglementation européenne concernant certaines activités. Ainsi en est-il pour le service de la poste inter-armée.

La commission a constaté que l'externalisation s'accompagne parfois d'une mise à disposition de locaux dans lesquels les agents du titulaire exécutent des prestations prévues au marché. C'est le cas notamment lorsqu'il s'agit de maintien en condition opérationnelle de matériels. Le risque est alors de voir qualifier le contrat en cause de prêt illégal de main-d'œuvre. La commission recommande de prévoir dans les marchés une clause précisant que les personnels demeurent sous l'entière responsabilité du titulaire et restent assujettis à l'ensemble des droits et obligations définis par leur entreprise.

L'externalisation n'est pas sans inconvénient lorsqu'elle implique des mesures particulières de sécurité. Ainsi, ayant à examiner le projet d'externalisation des services postaux, bancaires et financiers au profit des armées françaises, la commission a appelé l'attention du service sur les exigences de sécurité qu'il faudra imposer au titulaire lors de l'exécution du marché.

### **3) Forme du marché**

L'acheteur n'est pas toujours en mesure d'arrêter au moment du lancement de la consultation toutes les conditions d'exécution du marché ; dans ce cas, diverses formes de contrats lui permettent de satisfaire ses besoins.

#### **a) Accords-cadres**

Découlant de la réglementation européenne, elle-même inspirée de la technique française des marchés à bons de commande, les accords-cadres constituent un moyen d'obtenir une offre satisfaisante tout en apportant une plus grande souplesse dans le processus d'achat.

La commission a eu l'occasion d'examiner plusieurs projets d'accords-cadres. Cette formule est en effet appréciée par les acheteurs publics en raison des avantages suivants :

- planification des commandes ;
- réactivité des prestataires au moment de l'apparition du besoin ;
- possibilité d'ajuster les réponses au besoin au moment où l'achat est décidé ;
- possibilité de mettre en concurrence quand l'achat est décidé pour obtenir le meilleur prix ;
- réduction des coûts de procédure.

L'accord-cadre peut être mono ou multi-attributaire. Ce choix relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur en fonction, notamment, des conditions de concurrence dans le secteur considéré.

Les dossiers d'accords-cadres examinés par la commission ont concerné des achats de fournitures ou de services portant, notamment, sur :

- des fournitures industrielles et des matériels, équipements et matériels d'ateliers ;
- des prestations de téléphonie mobile ;
- des prestations de maintenance d'un système de coordination du trafic aérien ;
- des études et diagnostics de bâtiments, préalables à l'établissement de programmes de construction.

Le recours à cette forme de contrat implique certaines contraintes car il constitue un système clos, l'exécution étant limitée aux seuls prestataires parties à l'accord-cadre.

Il est rappelé qu'en application des dispositions de l'article 32 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, les procédures de passation des accords-cadres « *ne sont applicables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originaires partis à l'accord-cadre* ». La fiche explicative de la Commission européenne du 25 février 2005 précise 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 donc être identifiés de manière précise dès le lancement de la consultation. Ils sont alors tenus de recourir à l'accord-cadre pour leurs achats entrant dans le champ de ce dernier. Ce n'est pas parce que le marché est passé par l'Etat, entité juridique unique, que les services non mentionnés dans le dossier de consultation peuvent y être intégrés alors que le marché a été initialement limité à certains services.

En cas de groupement de commandes, la liste des participants à l'accord-cadre doit être arrêtée dès le dossier de consultation et demeure intangible. Ainsi, pour un accord-cadre présenté par un département ministériel, la commission a conseillé au pouvoir adjudicateur d'indiquer qui des services centraux et déconcentrés dudit ministère sont parties à l'accord-cadre en observant que, si le nom de ces entités évolue, un avenant pourra être conclu pour prendre en compte ce changement.

L'engagement vaut également pour les opérateurs économiques.

La commission recommande à cet égard de prévoir dans les accords-cadres l'obligation pour le titulaire de l'accord de faire des propositions pour les marchés subséquents ; cette obligation peut être utilement assortie de sanctions en cas d'absence non motivée de réponse ou de réponses inacceptables.

L'accord-cadre répond à des caractéristiques particulières. Il ne s'agit pas d'un système de référencement mais d'un véritable contrat qui doit comporter un certain nombre d'engagements des parties, notamment des dispositions concernant la définition du besoin et la description de la prestation attendue.

S'il donne la possibilité d'ajuster la réponse au besoin au moment de l'achat, l'accord-cadre ne dispense pas de respecter les dispositions de l'article 5 du CMP qui impose que la nature et l'étendue du besoin à satisfaire soient déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence. Le pouvoir adjudicateur doit définir autant que faire se peut les prestations qu'il sera amené à commander au titre des marchés subséquents même s'il n'est pas en mesure, au stade de l'accord-cadre, d'en faire une liste exhaustive. Les compléments d'offres demandés au stade du marché subséquent ne peuvent avoir pour effet de modifier substantiellement le contenu de l'accord-cadre.

Celui-ci doit également comporter des clauses relatives au prix ou aux modalités de sa détermination, sans pour autant que les conditions financières soient figées. Elles sont susceptibles d'évoluer lors de la conclusion des marchés subséquents, notamment lorsque ceux-ci donnent lieu à une remise en concurrence. Ainsi, pour un accord-cadre concernant des prestations d'études, la commission a recommandé de fixer un prix plafond afin de garantir dans les marchés subséquents des offres de prix au moins aussi avantageuses que celles de l'accord-cadre lui-même et d'éviter ainsi des dérives importantes pouvant aller jusqu'à des modifications substantielles par rapport aux prix sur la base desquels auront été sélectionnés les titulaires.

La commission veille à l'articulation entre les clauses des accords-cadres et celles des marchés subséquents. D'une manière générale, elle a conseillé de ne pas inclure dans l'accord-cadre les clauses qui ne concernent que l'exécution des marchés subséquents. Mais elle a recommandé d'indiquer dans les accords-cadres la forme des marchés subséquents ainsi que la forme et la nature du prix, les modalités de règlement étant précisées dans les marchés subséquents.

Lorsque les marchés subséquents donnent lieu à remise en concurrence, celle-ci peut être organisée au moment de la survenance du besoin, selon des modalités prévues dans l'accord-cadre ou selon une périodicité prévue dans l'avis d'appel à la concurrence (art. 76. III du CMP). La commission a rappelé que les marchés fondés sur un accord-cadre ne peuvent être conclus que pendant la durée de validité de l'accord-cadre mais que leur exécution peut se poursuivre au-delà. De même, si les marchés subséquents sont des marchés à bons de commandes, ces derniers ne peuvent être notifiés que pendant la durée de validité du marché mais leur exécution peut se prolonger au-delà. Toutefois, ces délais d'exécution ne doivent pas prolonger abusivement le délai de validité de l'accord-cadre et constituer une entrave à une remise en concurrence dans des conditions normales.

### **b) Marchés à bons de commande**

Les marchés à bons de commande permettent d'effectuer des achats à caractère répétitif sans pour autant organiser plusieurs mises en concurrence.

Ces marchés peuvent comporter un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou être conclus sans minimum et sans maximum, ou bien encore, en application du décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant certaines dispositions du CMP, avec seulement un minimum ou un maximum. Lorsqu'ils ne comportent pas de maximum, ces marchés doivent être conclus selon une procédure formalisée.

La commission a observé que lorsqu'un marché à bons de commande comporte un minimum et un maximum, aucune disposition du code ne prévoit explicitement que le titulaire est engagé sur le maximum et le pouvoir adjudicateur sur le minimum. Néanmoins, si le minimum n'est pas atteint, le titulaire devra être indemnisé du préjudice subi (CE 18 juin 1991 - Ville d'Antibes/SARL Dani n°91344). Les nouveaux CCAG précisent que cette indemnité est égale à la marge bénéficiaire que le titulaire aurait réalisée sur les prestations restant à exécuter pour atteindre ce minimum.

Rien ne s'oppose à ce qu'un marché à bons de commande soit attribué à plusieurs opérateurs économiques (au moins trois). L'émission des bons de commande s'effectue alors sans négociation ni mise en concurrence selon les modalités prévues au marché.

L'acheteur a parfois le choix du recours à un accord-cadre multi-attributaire avec remise en concurrence ou à un marché à bons de commande multi-attributaire sans mise en concurrence. Ainsi pour un marché visant à permettre à un public peu ou pas qualifié l'acquisition de compétences clé, et comportant plusieurs modules de formation, la commission a considéré qu'un marché à bons de commande multi-attributaire était plus approprié qu'un accord-cadre avec remise en concurrence car ce dernier pouvait conduire à confier les différents modules de formation à plusieurs titulaires et à donner ainsi plusieurs interlocuteurs à un même bénéficiaire.

La commission a rappelé que, lorsque les prestations sont couvertes par un marché à bons de commande, le titulaire du marché dispose en principe de l'exclusivité des commandes. En effet, comme le prévoit l'article 77.III du CMP, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le titulaire du marché, mais seulement pour des besoins occasionnels, de faible montant, et pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1 % du montant total du marché, ni la somme de 10 000 € HT.

### **c) Marchés à tranches conditionnelles**

Cette forme de marché est souvent utilisée lorsque la prestation est parfaitement déterminable mais que sa réalisation complète est incertaine. Elle peut également être envisagée lorsque les prestations doivent être étalées dans le temps.

Le marché à tranches conditionnelles peut permettre le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme dont le financement n'est pas assuré en totalité mais il ne doit pas répondre uniquement à des considérations financières visant à reporter des dépenses d'une année sur l'autre. En effet, les prestations de chacune des tranches doivent constituer un ensemble cohérent.

Ainsi, pour un marché à tranches conditionnelles comportant chacune un poste « provision » (il s'agissait d'un marché passé en application du décret « défense »), la commission a observé qu'il n'était pas possible de reporter les provisions non utilisées d'une tranche sur une autre, une telle pratique allant à l'encontre de la cohérence des tranches.

L'intérêt de conclure un marché à tranches conditionnelles doit être apprécié avant le lancement de la procédure notamment pour les marchés de prestations intellectuelles faisant référence au CCAG-PI. En effet, en application de l'article 18 de l'ancien CCAG/PI, « lorsque les prestations sont scindées en plusieurs phases techniques, l'arrêt de leur exécution peut être décidé par la personne publique à chacune de ces phases soit de sa propre initiative, soit à la demande du titulaire, dès lors que les deux conditions suivantes sont remplies :

- le marché prévoit expressément cette possibilité ;
- chacune des phases est assortie d'un montant. »

La commission a été amenée à conseiller à un acheteur de s'interroger sur le choix entre un marché à tranches conditionnelles et la simple application de l'article 18 du CCAG-PI (devenu l'article 20 dans la rédaction du CCAG- PI approuvé par arrêté du 16 septembre 2009).

## **B. Liberté d'accès à la commande publique, transparence et égalité de traitement des candidats**

Ces principes régissent l'ensemble des dispositions relatives aux procédures de passation des marchés, qu'il s'agisse du choix de la procédure ou de la manière dont elle est conduite.

### **1) Le choix de la procédure**

Le choix des procédures de passation s'appuie sur la réglementation européenne et la réglementation nationale ainsi que sur la jurisprudence. Les projets présentés à la commission donnent lieu généralement à des procédures formalisées.

#### **a) Appel d'offres**

L'appel d'offres est la procédure de référence répondant le mieux aux principes annoncés.

Il s'impose lorsque l'objet du marché peut être complètement défini dès le début de la procédure, même si, comme le prévoit l'article 6 du CMP, les spécifications techniques peuvent être arrêtées en termes d'exigences fonctionnelles ; ces dernières doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux concurrents de remettre une offre intangible.

S'ils ont suscité dans certains cas des observations sur la définition des spécifications techniques, les dossiers d'appel d'offres n'ont donné lieu à aucune critique sur le fond de la part de la commission.

La commission a observé que parmi les deux types de procédures possibles, l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint, celle de l'appel d'offres ouvert semble être la plus couramment utilisée.

S'agissant des marchés passés par appel d'offres restreint, la commission a invité les services à apprécier les conséquences du choix de cette procédure sur l'accès des PME à la commande publique. En ce qui concerne les critères de sélection des candidats, elle a recommandé de demander un chiffre d'affaires en rapport avec le montant du marché afin de ne pas privilégier les entreprises les plus importantes.

#### **b) Dialogue compétitif**

Cette procédure ne peut être mise en œuvre que lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure de définir les moyens techniques qui répondent à ses besoins ou lorsqu'il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier de son projet. Elle ne doit pas servir à pallier une insuffisante définition du besoin. En effet, conformément à l'article 67 du CMP, les besoins et les exigences doivent être définies par le pouvoir adjudicateur dans l'avis d'appel public à la concurrence et, le cas échéant, dans un projet partiellement défini ou dans un programme fonctionnel.

Ayant à examiner un accord-cadre relatif à des prestations de services postaux et financiers, la commission a rappelé que « *la philosophie du dialogue compétitif repose sur le fait que la personne publique a un besoin mais elle ne sait comment le paramétrer, l'identifier avec précision et ne connaît pas tous les moyens d'y répondre* ». Si un dialogue compétitif peut être lancé sur la base d'un projet incomplètement défini, un certain nombre de stipulations doivent être fixées par le service avant le lancement de la consultation.

Concernant un marché de fourniture et de mise en œuvre d'un progiciel de gestion, la commission a conseillé au service de mieux préciser dans le programme fonctionnel les performances et les résultats attendus.

Pour un marché de services postaux au profit des forces armées déployées sur divers théâtres d'opérations, elle a recommandé de faire figurer dans le programme fonctionnel les conditions dans lesquelles les prestations devaient être exécutées (périodicité du relevé des envois postaux et de leur distribution, délais maximaux de transport du courrier), ainsi que les conditions particulières d'exécution liées aux accords passés avec les pays dans lesquels ces accords-cadres seront exécutés. Elle a également invité le service à donner des précisions sur les prestations qu'il envisage de réaliser par ses propres moyens.

La procédure de dialogue compétitif se déroule en trois phases :

- la sélection des candidats ;
- la phase de dialogue ;
- le choix du titulaire à partir des dernières offres remises.

La commission a recommandé d'indiquer, dans l'invitation à participer au dialogue, les documents à fournir avant toute audition. Elle a observé que, même si le dialogue est conduit par phases successives, les solutions proposées par les candidats doivent être examinées de façon globale, au regard des critères annoncés dans le règlement de la consultation.

Le nombre d'auditions n'est pas limité par le code mais, afin d'assurer la transparence de la procédure, il convient d'indiquer leur nombre ainsi que leurs modalités et leur durée dans le dossier de consultation. Il est conseillé de limiter les auditions à un nombre jugé raisonnable.

Ainsi la commission a appelé l'attention d'un service prévoyant au minimum 6 auditions et au maximum 13 sur les contraintes de gestion qui en résultent à la fois pour le pouvoir adjudicateur et pour les candidats.

Le délai de remise de l'offre finale est de 15 jours minimum. Dans la mesure où ce délai est respecté, les jours supplémentaires sont laissés à l'appréciation de la personne publique.

L'article 67 du CMP prévoit qu'il peut être alloué une prime aux candidats participant au dialogue. La commission considère qu'il est préférable d'allouer une prime en fonction du classement des offres plutôt que d'octroyer la même somme pour tous les concurrents.

#### **c) Procédure adaptée de l'article 30**

La commission a examiné plusieurs marchés concernant des prestations de formation, d'assistance juridique ou d'agence de voyage et susceptibles d'être passés selon une procédure adaptée permettant au pouvoir adjudicateur de négocier sur tous les éléments de l'offre. De façon à répondre aux exigences de transparence et d'égalité de traitement des candidats, la commission a rappelé l'obligation de procéder à une publicité suffisante, adaptée aux caractéristiques du marché, à son objet, à son montant et au degré de concurrence entre les entreprises concernées. Elle a observé que le pouvoir adjudicateur peut examiner au cours d'une phase unique la recevabilité des candidatures et la valeur des offres (cf. arrêt du Conseil d'Etat n°314610 du 6 mars 2009 Commune d'Aix-en-Provence)

#### **d) Procédures négociées**

Les marchés négociés avec ou sans mise en concurrence revêtent un caractère dérogatoire. Les projets de marché soumis à la commission n'ont pas suscité de réelles critiques en raison de justifications fondées du recours à cette procédure. La commission a veillé à ce que l'égalité de traitement des concurrents et la transparence soient assurées par le respect des règles de publicité et par les modalités de la consultation. Elle a recommandé, notamment, de consigner par écrit tous les éléments de la négociation.

D'une façon générale, pour justifier le mode d'attribution retenu, et en particulier l'absence de concurrence, il est conseillé à l'acheteur public de conserver tous les éléments de nature à établir son bien-fondé, en cas de contestation de la régularité de la procédure.

Certains types de marchés négociés ont suscité quelques remarques.

- **Marchés de défense et de sécurité**

Dans l'attente de la transposition de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 qui ouvrira les marchés de défense et de sécurité, jusqu'alors soumis exclusivement aux règles nationales, à la concurrence européenne, ces dossiers sensibles relèvent généralement soit du décret « défense », soit de l'article 3.7 du CMP. Toutefois, dans certains cas rien ne s'oppose à ce que des marchés nécessitant certaines mesures de sécurité soient conclus selon les procédures du code des marchés. Le recours à ces procédures d'exception est donc examiné avec la plus grande attention.

Ainsi, la commission s'est interrogée sur la possibilité d'appliquer les dispositions de l'article 3-7 du CMP à un marché de services postaux et bancaires destinés à répondre aux besoins des armées.

Le service a estimé que ce projet ne répondait ni aux conditions posées dans l'article 296 du traité d'Amsterdam (devenu l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne) ni à celles prévues à l'article 14 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés. Au cas particulier, les dispositions de l'arrêté du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret des informations concernant la défense nationale et la sécurité de l'Etat dans les contrats, permettaient de répondre aux impératifs de sécurité, tout en assurant l'exercice de la concurrence dans les conditions prévues par le code.

- **Marchés relevant du décret défense (article 4 du CMP et décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 modifié).**

Il s'agit des 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'Etat au sens du traité instituant la communauté européenne. Ces marchés ou accords-cadres doivent pouvoir être rattachés à l'une des cinq catégories prévues au II de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 modifié dit « décret Défense ».

Ils peuvent être conclus, selon les cas, sans publicité mais avec mise en concurrence, ou sans publicité et sans mise en concurrence. Le recours au décret défense n'a donné lieu à aucune critique.

- **Marchés relevant de l'article 3.7 du CMP**

Cet article prévoit que les dispositions du code ne sont pas applicables aux contrats qui exigent le secret ou dont l'application doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Selon les dispositions de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « *aucun Etat-membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité* ».

Toutefois, cette procédure dérogatoire ne dispense pas de respecter les principes généraux de la commande publique, notamment la transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats.

## **2) Publicité, documents demandés et sélection des candidatures**

La transparence, le libre accès à la commande publique et l'exercice d'une véritable concurrence sont assurés par la publicité et les modalités de choix des candidats à la commande publique.

Pour la plupart des marchés soumis à la commission, le support de la publicité s'impose en raison de leurs montants. Il s'agit du BOAMP et du JOUE. S'agissant des marchés donnant lieu à une procédure adaptée, la commission a observé qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer le niveau de publicité souhaitable en fonction de l'objet du marché, de son montant et du degré de concurrence entre les entreprises.

L'avis de publicité doit permettre, au vu des informations destinées aux candidats potentiels et des renseignements qui leur sont demandés :

- aux entreprises, d'apprécier l'intérêt de répondre à la consultation. Pour cela l'avis doit comporter les informations essentielles qui peuvent les décider à faire acte de candidature : localisation, importance du marché, objet précis, conditions relatives au contrat, type de procédure, critères d'attribution, informations à produire y compris celles qui seront exigées avant la signature du contrat (habilitation, agrément...) ;
- au pouvoir adjudicateur, de juger de l'aptitude des candidats à réaliser la prestation. Les documents et renseignements à fournir par les candidats sont fixés par les articles 44 et 45 du CMP et par l'arrêté du 28 août 2006. Cette liste est limitative. Seuls peuvent être exigés au moment de la remise des candidatures les documents mentionnés dans l'arrêté précité. La commission a observé qu'il n'était donc pas possible, par exemple, de demander la fourniture du formulaire K bis.

Les documents et renseignements à fournir sont de deux ordres :

- les éléments qui relèvent de la situation des opérateurs économiques ;
- les éléments permettant d'apprécier si la capacité économique et financière, ainsi que les capacités techniques et professionnelles permettent aux candidats d'exécuter les prestations.

Concernant les conditions dans lesquelles des entreprises nouvelles pouvaient être invitées à participer à une consultation, la commission a convié les services à s'interroger sur leur souhait : contracter avec un prestataire établi, reconnu et disposant d'une bonne expérience ou ouvrir la concurrence à des entreprises nouvelles.

Dans le premier cas, l'AAPC doit s'abstenir de faire référence au cas des entreprises nouvelles. Celles-ci, si elles se présentent, ne pourront qu'être éliminées car ne répondant pas aux conditions fixées, étant précisé que la possibilité laissée aux acheteurs publics de demander de tels 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* ». (Conseil d'Etat, 10 mai 2006, Société BRONZO, n° 281976).

Dans le second cas, le service a effectivement la possibilité de faciliter l'accès du marché à de nouvelles entreprises en autorisant « *les entreprises candidates qui ne sont pas en mesure de produire les références demandées à justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens et notamment par la présentation de titres ou de l'expérience professionnelle du ou de leurs responsables* » (*idem*).

Il convient alors que le service le précise dans le règlement de la consultation.

La commission rappelle régulièrement que les informations demandées doivent être pertinentes au regard de l'objet du marché et permettre au pouvoir adjudicateur de procéder au contrôle des garanties requises des candidats dans des conditions d'égalité.

S'il est exigé des candidats des capacités minimales, celles-ci ne doivent être ni surdimensionnées par rapport à l'objet du marché, ni discriminatoires.

Ainsi, pour un marché de carburants la commission a recommandé au service de vérifier si les conditions de participation n'étaient pas susceptibles d'avoir pour effet de limiter la concurrence au titulaire du marché précédent.

En matière de prestations intellectuelles, concernant un marché faisant suite à des études de faisabilité approfondies, la commission a recommandé au service de s'assurer que les bureaux d'études ayant participé aux études antérieures ne disposaient pas d'informations leur permettant de se mettre en situation favorable par rapport aux autres candidats. Elle a rappelé à ce sujet, outre la jurisprudence européenne, l'arrêt n° 02-86597, en date du 28 janvier 2004, de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui apporte à cet égard une précision complémentaire : le candidat ne doit pas disposer d'éléments qui n'auraient pas été communiqués aux autres candidats et dont la teneur lui permettrait de présenter une offre à moindre coût par rapport aux autres candidats.

La Commission a donc recommandé au pouvoir adjudicateur :

- d'indiquer, dans l'avis d'appel public à la concurrence, que les candidats qui auraient participé aux études antérieures concernant l'opération devront démontrer que l'expérience qu'ils ont ainsi acquise n'est pas de nature à fausser la concurrence ;
- de veiller, lors de l'examen des candidatures et des offres, à ce que les informations détenues par ces candidats n'exposent pas le service à des recours fondés sur la méconnaissance du principe d'égalité des candidats devant la consultation.

Lorsque les prestations sont alloties, les candidats peuvent faire acte de candidature pour un lot, un ou plusieurs lots ou l'ensemble des lots. Il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre des lots pour lesquels les entreprises peuvent remettre un dossier de candidature. Une telle limitation serait susceptible de porter atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique. Mais le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de lots qui sera attribué au même titulaire, à condition de l'avoir annoncé dans les documents de la consultation.

La commission a observé également que les conditions de participation ne sont pas obligatoirement les mêmes pour l'ensemble des lots. Dans certains cas, les lots d'un même marché appellent en effet des compétences différentes.

### **3) Dossiers de consultation et jugement des offres**

De la même manière, le contenu des dossiers de consultation et les modalités de jugement des offres doivent permettre de répondre aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Pour ce faire, les modalités correspondantes doivent être clairement établies dans le règlement de consultation afin de permettre aux candidats de répondre aux attentes de l'acheteur et à l'acheteur d'évaluer les offres par rapport à ses attentes.

Conformément aux dispositions de l'article 53 du CMP, le jugement des offres est effectué sur la base de critères non discriminatoires tels que le prix, la valeur technique, la qualité esthétique et fonctionnelle, les performances environnementales...

Le choix effectué doit être pertinent et directement lié à l'objet du marché. Un critère libellé « démarche environnementale de l'entreprise » ne peut être retenu en raison de son caractère trop général. De même, des exigences relevant de textes réglementaires ne peuvent constituer un critère de choix.

Pour répondre au souci de transparence affirmé à l'article 1<sup>er</sup> du CMP, l'article 53 du code impose la pondération de critères. Le pouvoir adjudicateur ne peut s'en dispenser que si la pondération est rendue impossible par la complexité du marché, complexité dont le pouvoir adjudicateur devra pouvoir apporter la preuve, ou bien s'il s'agit d'une procédure de concours.

Les critères les plus couramment utilisés sont le prix, la valeur technique et, désormais, le critère environnemental. Le poids donné à chacun d'entre eux dépend de la complexité de la prestation à réaliser et de la précision du cahier des charges. Le critère prix doit être prépondérant pour les produits de consommation courante et pour tous ceux dont les caractéristiques sont plus ou moins standard. L'importance donnée à la valeur technique dépend de la valeur ajoutée que peut apporter l'entreprise au vu des demandes du pouvoir adjudicateur exprimées dans le cahier des charges. Pour éviter que l'appréciation des offres ait un caractère trop arbitraire, il est indispensable que le règlement de la consultation traduise avec précision les attentes de l'acheteur et indique clairement les documents et les informations à fournir pour apprécier dans quelle mesure les offres répondent aux performances attendues. Il est rappelé qu'il convient de distinguer dans les informations demandées celles qui permettent de vérifier la conformité des offres et celles qui permettent de les distinguer au regard des critères annoncés.

La pondération des critères ne suffit pas à assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats ; elle doit s'accompagner d'une méthode de notation des offres. Certes, l'acheteur n'est pas tenu, au regard du CMP, de communiquer sa méthode de notation, mais il doit pouvoir la justifier, si nécessaire, devant le juge. En revanche, les fournisseurs sont en droit de savoir sur quoi et comment ils seront jugés. La commission a précisé aux services acheteurs qu'il ne suffisait pas d'énumérer les documents à fournir ; encore faut-il indiquer à quels critères ils correspondent ou inversement. Ainsi les informations demandées permettront d'apprécier sans ambiguïté les avantages respectifs de chacune des offres au regard de chacun des critères et de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les modalités de choix des offres doivent être suffisamment précises pour ne pas laisser à l'acheteur une liberté de choix incompatible avec les principes d'impartialité et de transparence. C'est la raison pour laquelle la commission a considéré qu'une consultation pour un marché de fournitures dans laquelle les candidats étaient invités à remettre un prix correspondant à plusieurs types d'offres (achat, location avec ou sans option d'achat) sans que soit précisé le critère permettant de choisir une formule d'acquisition plutôt qu'une autre n'était pas acceptable. Une telle démarche exposait le pouvoir adjudicateur à l'annulation du marché.

Pour assurer une parfaite égalité de traitement, il est nécessaire que les offres soient jugées les unes par rapport aux autres, et ce pour chacun des critères retenus. Concernant le critère prix, par exemple, elles ne peuvent être jugées par rapport à l'estimation prévisionnelle établie par l'administration.

L'attention des acheteurs est souvent appelée sur le fait que les propositions des entreprises, dès lors que le jugement de l'offre ne se fait pas sur le prix, sont appelées à être intégrées ensuite dans le cahier des charges pour devenir des obligations qui viennent s'ajouter (ou remplacer dans le cas des variantes) aux stipulations du cahier des charges.

Les informations fournies par les candidats dans leurs offres doivent donc être précises, vérifiables, et lorsqu'elles donnent lieu à un engagement de l'entreprise, celui-ci doit pouvoir être facilement vérifié pendant l'exécution du marché. Or, la commission constate que, bien souvent, des critères de choix décrits dans les cahiers des charges ne peuvent se traduire que par des déclarations d'intention et ne peuvent faire l'objet de vérifications de la part de l'acheteur au moment de l'examen des offres et pendant l'exécution du contrat.

Concernant la prise en compte du délai d'exécution des prestations dans l'appréciation des offres, la commission a recommandé à certains services acheteurs de s'assurer qu'il n'est pas préférable de fixer eux-mêmes dans les dispositions du marché les délais d'exécution plutôt que d'en faire un critère de jugement. En effet, il est parfois constaté que raccourcir le délai d'exécution n'apporte que peu d'avantage.

D'une manière générale, la commission recommande de distinguer les éléments qui constituent des exigences du cahier des charges et qui relèvent donc de la recevabilité de l'offre et ceux qui sont justifiables des critères de choix prévus par l'acheteur. La conformité de l'offre par rapport aux dispositions du cahier des charges ne peut être un critère permettant d'apprécier si une offre est plus avantageuse pour les pouvoirs adjudicateurs. Il s'agit d'une condition d'exécution qui doit être respectée par tous les candidats.

### **C. La bonne utilisation des deniers publics**

Il est possible de considérer que les deniers publics sont bien utilisés si les besoins, correctement définis dans le cahier des charges sont satisfaits dans le cadre de l'enveloppe financière prévue, en prenant en compte, si possible, le coût global et les préoccupations de développement durable.

#### **1) Définition de l'objet du marché**

La commission rappelle régulièrement que le périmètre du marché et les spécifications techniques attendues doivent être définis avec précision ; ces dernières doivent non seulement répondre à ce dont l'acheteur a réellement besoin, mais également à ce que peuvent réaliser les entreprises présentes sur le secteur d'activité concerné. Des spécifications techniques mal définies ou inutilement contraignantes ne peuvent que nuire à la concurrence et, par conséquent, à l'obtention d'un bon prix.

La réponse aux exigences techniques doit également pouvoir être vérifiée. La commission, ayant à examiner un marché de prestations de sécurité pour lequel les candidats étaient invités à compléter les moyens de détection et d'alarme, a demandé que le CCTP soit complété car le service risquait de ne pas pouvoir s'assurer au moment de la remise de l'offre et pendant l'exécution du marché que les équipements proposés étaient conformes à ce qu'il attendait.

Toutefois une bonne définition du besoin n'exclut pas de laisser une part d'initiative aux candidats en autorisant les variantes. Cette ouverture permet d'obtenir des propositions financières plus intéressantes ou des propositions techniques plus performantes, notamment en matière d'innovation technique ou de développement durable. Encore faut-il qu'elles soient encadrées et qu'elles répondent à des exigences minimales fixées dans le cahier des charges.

La commission est plus réservée sur les prestations additionnelles ou alternatives communément appelées « options » (à ne pas confondre avec les options au sens de la réglementation européenne) et dont les spécifications techniques sont imposées par l'acheteur. La commission ne les a admises qu'exceptionnellement (pour les marchés de travaux) à condition qu'elles soient limitées en montant et en nombre et que les modalités de leur prise en compte dans le jugement des offres soient précisées dans le règlement de la consultation.

S'agissant des provisions, parfois prévues dans les marchés pour couvrir des besoins imprévisibles, la commission observe de façon constante qu'elles ne sont admissibles que pour les marchés relevant du décret « Défense », à condition qu'elles soient justifiées, qu'elles ne dépassent pas 15 % du montant total du marché et que le prix ou les moyens de le déterminer soient fixés dans l'acte d'engagement. Elles sont formellement déconseillées pour les marchés relevant du CMP car elles n'ont aucun fondement juridique.

Si le besoin est souvent connu avec une relative précision, il est parfois plus difficile de l'exprimer de façon satisfaisante. C'est tout particulièrement le cas pour les marchés de prestations de service à bons de commande, ou les marchés sur catalogue.

Pour les marchés de prestations de services à bons de commande, il convient de définir des unités d'œuvre susceptibles d'être chiffrées par les candidats. Ainsi pour un marché de formation pour l'acquisition de compétences clé (comportant à la fois des prestations d'accueil et des prestations d'enseignement) s'adressant à un public hétérogène, la commission a suggéré de recenser et de définir les différents modules d'enseignement nécessaires ainsi que leurs conditions de mise en œuvre.

Concernant les prestations donnant lieu à l'établissement d'un catalogue par les fournisseurs, la commission a rappelé que l'acheteur ne devait pas se contenter de renvoyer globalement au catalogue, mais devait, si possible, établir un bordereau de prix comportant les fournitures susceptibles d'être commandées et en indiquer les quantités prévisionnelles. Tout au plus, est-il possible de renvoyer à certaines rubriques ou certaines subdivisions du catalogue lorsque celles-ci correspondent précisément à l'objet du marché.

L'achat sur catalogue ne doit pas permettre à l'acheteur d'acquérir de façon discrétionnaire d'autres fournitures que celles dont il a besoin et qui ont été préalablement définies. Ainsi, la commission a émis des observations sur un marché de fournitures industrielles comportant de très nombreux articles, pour lequel le titulaire était susceptible de proposer les catalogues de plusieurs fournisseurs pour le même type d'outillage. En effet, ce montage contractuel laissait à l'acheteur public la liberté de choisir des fabricants lors de la passation des commandes, liberté peu compatible avec les principes de la commande publique.

Les spécifications techniques doivent être définies avec précision mais ne pas être « surdimensionnées » afin de ne pas être inutilement coûteuses. S'agissant, par exemple de consommables informatiques, elles doivent permettre de recourir à des produits génériques plutôt qu'à des produits spécifiques proposés par les constructeurs, généralement beaucoup plus chers sans être pour autant plus satisfaisants à l'usage.

## 2) Le rapport qualité-prix

La recherche du meilleur rapport qualité-prix impose à l'acheteur de définir, en fonction de l'objet du marché, des critères de choix objectifs, définis et pondérés en fonction de ses attentes.

L'importance donnée à la valeur technique dépend de la valeur ajoutée que peut apporter l'entreprise au vu des demandes du pouvoir adjudicateur exprimées dans le cahier des charges. Le critère prix ne doit pas être sous-estimé bien que le code des marchés n'impose pas qu'il tienne une place prépondérante. Il doit avoir un poids important si la prestation à réaliser est bien définie dans le cahier des charges ou s'il s'agit de produits standard. Il peut même être le seul critère pour les produits dont les spécifications techniques sont clairement établies. Il en est ainsi, par exemple, pour l'achat de produits pétroliers.

En tout état de cause, et quel que soit le poids donné, la commission recommande de prendre en compte tous les postes constituant une offre dans son jugement, et ce, en proportion de leur importance.

Les pondérations doivent prendre en considération le surcoût que le service acheteur accepte de payer pour une meilleure valeur de l'offre. L'acheteur doit être en mesure de justifier son choix par les avantages escomptés. Il doit également vérifier si le nombre des critères et leur pondération ainsi que la méthode de notation ne lui font pas courir le risque de devoir choisir une offre qui ne correspondrait pas à son besoin.

La commission recommande donc de procéder à une simulation des résultats qui peuvent être obtenus après pondération et avec le procédé de notation prévu.

## 3) Le prix

L'une des clefs de l'équilibre d'un contrat réside dans le niveau des risques assumés par le titulaire et la rémunération qui y est associée. Il est souhaitable que la négociation ou la mise en concurrence aboutissent à une juste répartition des risques entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire et à une rémunération équitable de ce dernier. Si tel n'est pas le cas, il est à craindre des dérives de prix en cours d'exécution, des prestations de qualité insuffisante, voire la remise en cause du contrat, ou, au contraire, des prix excessifs, le titulaire cherchant à se couvrir.

Les prix, résultant du jeu de la concurrence ou de la négociation, ne peuvent être remis en cause après la signature du marché. En effet l'article 18 du CMP prévoit que, sous réserve des exceptions prévues à l'article 19, les marchés sont conclus à prix définitif.

A propos d'un marché de maintenance de matériels militaires pour lequel le titulaire souhaitait que soit introduite une clause de « revoyure », la commission a observé qu'aucune disposition du décret « défense » ne déroge à l'article 18 du CMP ni au principe selon lequel les prix ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du contrat. Elle a rappelé qu'en cas d'aléas imprévisibles, seule l'application de la théorie de l'imprévision peut justifier une indemnisation du titulaire. Elle s'est interrogée également sur le recours à des prix provisoires « plafonds » pour certaines prestations.

Les prix des prestations sont soit des prix unitaires applicables aux quantités réellement exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché. La commission a rappelé à nouveau que des taux horaires ou des taux journaliers rémunérant des prestations au temps passé ne sauraient à eux seuls constituer un prix et font, en outre, courir le risque d'une requalification du contrat en prêt illicite de main d'œuvre.

Le fait qu'un prix soit fixe n'exclut pas qu'il puisse évoluer dans le temps.

Les prix fermes peuvent être actualisables. L'actualisation est obligatoire pour les fournitures et services autres que courants ainsi que pour les travaux dès lors que le début d'exécution des prestations est postérieur de plus de trois mois à la date d'établissement des prix. Elle a lieu une seule fois.

En effet, comme l'a confirmé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Société 2H Energy du 18 novembre 2009, les dispositions du CMP « *ne prévoient pas, en cas de marché conclu à prix ferme, y compris lorsque celui-ci comporte des tranches conditionnelles, d'autre actualisation du prix que celle susceptible d'intervenir si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations* ». Cette date peut être celle de la notification du marché si elle correspond à celle du début des prestations, ou « *toute autre date convenue par les parties pour ce commencement* ». L'affermissement d'une tranche s'effectue, elle, aux conditions initiales.

Les prix peuvent être révisibles :

- en fonction d'une formule d'ajustement, notamment lorsqu'il s'agit de fournitures courantes dont les prix sont susceptibles de varier de façon importante pendant la durée du marché, ou de prestations qui font l'objet d'une livraison échelonnée sur une longue période ;
- en fonction d'une formule paramétrique s'il s'agit, notamment, de produits ou de prestations de services non courants et de marchés de bâtiment et de génie civil ;
- ou en combinant les modalités précédentes.

Quelle que soit la formule retenue, prix fermes ou prix révisibles, la commission a observé à plusieurs reprises que celle-ci est intangible. Il est impossible d'introduire en cours de marché une clause d'évolution des prix ou de la modifier sans remettre en cause les conditions de mise en concurrence. Dans sa réponse à une question écrite du 7 octobre 2009 (publiée au *Journal officiel* du 3 novembre), le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a rappelé que l'introduction d'une clause de variation des prix, même par voie d'avenant, serait considérée comme ayant rétroactivement une incidence sur les conditions de la mise en concurrence initiale et qu'elle serait en conséquence illégale et susceptible d'être annulée.

Pour faire face aux difficultés rencontrées - utilisation trop fréquente des prix fermes et manque d'information sur la manière de construire une formule de révision - invoqués à la fois par les pouvoirs adjudicateurs et par les opérateurs économiques, des modifications réglementaires sont intervenues par décret n° 2008-1335 du 19 décembre 2008.

La commission a été amenée à rappeler aux acheteurs que la disposition de l'article 18 qui prévoyait l'obligation de réviser les marchés de travaux d'une durée d'exécution supérieure à trois mois, nécessitant une part importante de fournitures dont le prix était directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, a été étendue à l'ensemble des marchés d'une durée supérieure à 3 mois.

La formule de révision est déterminée par le pouvoir adjudicateur et ne peut être laissée à l'initiative du titulaire. Elle est applicable automatiquement, à la hausse comme à la baisse. La commission a rappelé la nécessité de choisir des index en rapport avec l'objet du marché.

Ainsi, pour un marché de prélèvement et d'analyse des eaux, elle a observé que l'indice « transport, communication et hôtellerie » était inapproprié. Par ailleurs elle a rappelé qu'un décalage dans la lecture des index n'était pas conforme aux dispositions de l'article 18 IV du CMP qui dispose qu'un prix révisable a pour but de tenir compte des variations économiques par rapport à la date d'établissement du prix initial.

#### **4) Le coût global**

Les pouvoirs adjudicateurs sont invités à prendre en compte le coût global dans leur calcul économique. Toutefois cette notion est quelque peu difficile à appréhender et à prendre en compte dans le jugement des offres.

Pour apprécier le coût d'utilisation d'un matériel, il est fréquent que l'acheteur public demande aux concurrents de produire à l'appui de leur offre un projet de contrat d'entretien. La commission recommande alors de bien préciser aux fournisseurs que ces contrats d'entretien ne sont demandés qu'à titre informatif et ne préjugent pas de la suite qui sera donnée pour l'attribution des marchés de maintenance. Il est possible également de demander aux concurrents de fournir des notices d'utilisation des matériels, à condition d'indiquer comment ces éléments seront pris en compte dans le jugement des offres.

#### **5) Le développement durable**

Depuis 2004, le CMP fait obligation, dans son article 5, de prendre en compte les objectifs de développement durable. A cet effet, l'observatoire économique de l'achat public (OEAP) a publié un certain nombre de guides et de notices à l'usage des acheteurs publics.

La commission, de son côté, veille à ce que les dossiers qu'elle examine comportent des mesures visant à assurer la protection de l'environnement et l'équité sociale et invite donc les services à utiliser toutes les possibilités offertes par le CMP dans ses articles 6 (spécifications techniques), 14 (conditions d'exécution), 45.II (renseignement à fournir par les candidats), 53 (jugement des offres). Ainsi, la commission a conseillé de demander aux candidats la description des moyens mis en œuvre pour assurer la qualité environnementale, les entreprises pouvant en justifier en produisant une certification ISO14001. Cependant les services doivent apprécier si cette exigence n'est pas de nature à limiter la concurrence.

Le plus souvent ces préoccupations sont prises en compte dans les spécifications techniques ou dans les critères de jugement des offres, le critère environnemental étant valorisé dans une fourchette de 5 à 10%.

La commission invite les services à se demander s'il est préférable de prévoir des critères ou des exigences techniques. La réponse dépend à la fois de la volonté d'obtenir des résultats et de l'état de la concurrence. Une exigence au niveau du cahier des charges constitue le meilleur moyen d'obtenir les résultats souhaités en matière de développement durable. Encore faut-il qu'un nombre suffisant d'entreprises soient en mesure de répondre. Si tel n'est pas le cas, il est préférable d'introduire les exigences environnementales dans les critères de jugement des offres.

Il faut également que ce critère soit lié à l'objet du marché et ne soit pas formulé de façon vague. Ainsi la commission a eu à examiner un marché pour lequel le critère environnemental était décomposé en sous-critères : démarche environnementale de l'entreprise, caractéristiques environnementales des produits. Elle a observé que le critère « démarche environnementale de l'entreprise » était trop général. Pour les caractéristiques environnementales des produits, elle a recommandé d'exiger que ceux-ci soient conformes à l'écolabel correspondant et que soient introduites dans le cahier des charges des exigences répondant aux objectifs visés par la circulaire du 5 avril 2005 portant sur les moyens à mettre en œuvre pour promouvoir la gestion durable des forêts.

Si les préoccupations environnementales sont assez bien prises en compte par les acheteurs, il n'en est pas de même des mesures sociales.

La commission a rencontré peu de clauses à caractère social dans les dossiers qui lui ont été soumis. Elle a rappelé que l'engagement d'employer des personnes en difficultés relevait des conditions d'exécution du marché. En effet, la possibilité ouverte par l'article 53 du CMP de retenir parmi les critères de choix des offres les performances du candidat en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté n'est possible que dans les rares hypothèses où ce critère est en relation avec l'objet du marché, comme la commission a eu l'occasion de le rappeler. Si le service choisit de faire de l'engagement du titulaire d'employer des personnes éloignées de l'emploi une condition d'exécution du marché, comme l'y autorise clairement l'article 14, il lui appartient de choisir les indicateurs (nombres d'heures ou pourcentage du temps de travail réservé aux personnes en difficulté) et de les faire figurer dans le dossier de consultation et dans les pièces du marché.

Il convient de noter que les CCAG dans leur nouvelle version font obligation de respecter les conventions fondamentales de l'OIT lorsque celles-ci ne sont pas intégrées dans les lois et règlement du pays où la main-d'œuvre est employée. La commission conseille de décrire avec précision dans les CCAP les documents à fournir par le titulaire pour justifier du respect de ces conventions.

#### **D. Sécurité juridique des contrats**

Différents éléments doivent être pris en considération.

## **1) Les intervenants au marché**

### **a) Le pouvoir adjudicateur**

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice désigne, selon les règles d'organisation qu'il se donne, et par le biais des délégations de compétence et de signature, les agents qui seront habilités à passer et à signer les marchés ou les actes de procédure relatifs à la passation des marchés. Si plusieurs services interviennent dans l'acte d'achat, il est recommandé de décrire précisément dans les documents contractuels qui est le pouvoir adjudicateur par délégation, quels sont les services habilités à passer les commandes et qui intervient dans le processus de gestion du marché.

A l'occasion de l'examen d'un projet pour lequel il était envisagé la création d'un Groupement d'intérêt économique européen (GIEE), la commission a rappelé qu'aux termes du règlement 2137/58 du Conseil du 27 juillet 1985, le but du GIEE est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. La constitution d'un GIEE suppose donc que ses membres exercent une activité économique et que le GIEE intervienne pour soutenir cette activité.

### **b) Les opérateurs économiques**

Les opérateurs économiques peuvent prendre la forme d'entreprises individuelles, ou de groupements d'entreprises conjointes ou solidaires. Les titulaires de marchés de travaux ou de services ont la possibilité de faire appel à des sous-traitants dans les conditions prévues aux articles 45, 112 à 117 du CMP. En effet, si un candidat ne possède pas l'ensemble des compétences demandées, il peut recourir à un sous-traitant. Le titulaire assure l'entière responsabilité de la réalisation du marché, les engagements pris devant être respectés même si les prestations sont assurées par des sous-traitants.

En cas de groupement solidaire, chacun des membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché. La responsabilité de chacun des membres pourra être recherchée au titre des garanties prévues dans le contrat.

Dans un groupement conjoint, chacune des entreprises membres du groupement s'engage à exécuter les prestations qui lui sont attribuées dans le marché et à en assumer la responsabilité, le mandataire du groupement pouvant être, si le marché le prévoit, solidaire de chacun des membres du groupement pour l'exécution du marché.

Les opérateurs économiques sont libres de présenter leurs candidatures et leurs offres sous la forme qu'ils choisissent librement dans les conditions prévues à l'article 51 du CMP.

La personne publique peut imposer une forme particulière de groupement lors de la signature du marché ou de l'accord-cadre sous réserve que celle-ci ait été annoncée dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation. La commission a observé qu'il n'était pas possible de demander la convention de groupement au stade des candidatures dès lors que la transformation du groupement dans la forme imposée par l'acheteur ne peut intervenir qu'au moment de l'attribution du marché.

Le choix de la forme du groupement qui sera imposée au titulaire nécessite également réflexion et doit tenir compte de l'objet du marché ainsi que de la possibilité d'identifier divers types de prestations susceptibles d'être réalisées par des prestataires ayant des technicités différentes.

Ainsi, pour un marché de maintenance de bâtiments, la commission a considéré qu'il était contradictoire d'exiger des candidats des références multi-techniques et de prévoir la réalisation des prestations par groupements d'entreprises conjointes.

Pour un marché d'études, elle a observé que le recours à un groupement conjoint était inapproprié dans la mesure où une répartition détaillée des prestations entre les membres du groupement, ayant pour conséquence la répartition correspondante des responsabilités, était difficile à réaliser.

Dans les cas où l'avis de publicité stipule qu'aucune forme n'est imposée pour le groupement titulaire du marché, les entreprises pouvant se présenter en groupement conjoint ou solidaire, la commission a invité les services à procéder à une réflexion préalable sur le mode de dévolution choisi.

Rien ne s'oppose à ce qu'une personne publique soit elle-même opérateur économique si les règles de concurrence sont respectées : *« la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée, ni à l'existence d'un intérêt public »*. (CE. 10 juillet 2009 - Département de l'Aisne – n° 324156).

La commission, de son côté, a observé que, si le prix proposé par une personne publique est sensiblement inférieur à ceux émanant des entreprises privées, il appartient au pouvoir adjudicateur de demander à la personne publique candidate de produire les documents qui lui permettront d'établir qu'elle n'a pas bénéficié, pour établir son offre, d'un avantage découlant des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre d'une mission de service public.

### **c) La commission d'appel d'offres**

La commission d'appel d'offres (CAO) n'est maintenue que pour les marchés des collectivités territoriales. En effet, dans un souci de simplification des procédures, cette instance, qui ne disposait pas de pouvoir de décision, a été supprimée pour l'Etat, ses établissements publics, les établissements de santé et les établissements médico-sociaux.

La commission a donc veillé à ce qu'il ne soit plus fait mention de la CAO dans les règlements de consultation et que la composition des jurys de concours soit conforme au nouvel article 24 du CMP. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que l'acheteur instaure une instance collégiale dotée d'un pouvoir d'avis dont la composition est laissée à son initiative.

## **2) La nature des prestations**

Les procédures applicables dépendent de l'identification de la nature des prestations en raison des seuils différents selon qu'il s'agit de marchés de travaux ou de marchés de fournitures.

Ainsi, pour un marché de dispositifs de contrôle et d'accueil du public, la question a été posée à la commission de savoir s'il s'agissait d'un marché de travaux ou d'un marché de fournitures. Selon une jurisprudence bien établie, le critère de l'incorporation des fournitures dans la construction constitue le critère déterminant pour donner à des prestations le caractère de travail immobilier et, par suite, qualifier le contrat. Ainsi le juge administratif a considéré que le contrat de vente d'un système de téléalarme constituait un contrat de travaux publics et non de fourniture, dans la mesure où le dispositif comportait l'incorporation d'une partie du matériel dans l'immeuble.

Dans le cas particulier du dossier examiné, le marché comportant, pour l'essentiel, des fournitures et accessoirement, quelques travaux nécessaires pour mettre en place les dispositifs de contrôle de d'accueil, la commission a considéré, pour déterminer la procédure à suivre, qu'il convenait de retenir le seuil applicable aux marchés de fournitures.

### **3) Les documents de la consultation**

#### **a) Les avis de publicité**

Les acheteurs publics sont invités à se conformer aux modalités de publicité figurant à l'article 40 du CMP et à faire figurer dans les avis d'appel à la concurrence l'ensemble des informations exigées par le règlement CE du 7 septembre 2007, tout manquement étant susceptible de conduire à l'annulation du contrat, même si la jurisprudence récente du Conseil d'Etat tend à limiter les risques contentieux aux manquements les plus graves pouvant causer un tort effectif aux requérants.

Les remarques le plus souvent formulées par la commission portent sur les rubriques suivantes :

*I. 2 Identification du service acheteur* : il convient d'indiquer le profil d'acheteur.

*II.1.2 Lieu d'exécution* : il est nécessaire d'indiquer le code NUTS.

*II.1.3 et II.1.4* : ces rubriques doivent être remplies lorsque la publicité concerne des marchés à bons de commande, ces marchés étant considérés comme accords-cadres au sens de la réglementation européenne. Il convient alors de préciser dans la rubrique « autres observations » qu'il s'agit de marchés à bons de commande relevant de l'article 77.

*II.2 Quantité ou étendue globale* : cette exigence, qui vise à permettre aux opérateurs économiques de disposer d'une information essentielle pour décider de se porter candidats, est valable pour tous les marchés et accords-cadres, même ceux qui ne comportent ni minimum ni maximum. Dans le cas de marchés à bons de commande comportant un minimum et un maximum, il s'agit des quantités calculées pour l'ensemble du marché, reconductions comprises, et, le cas échéant, pour l'ensemble des lots.

Si le service estime qu'il ne peut fixer ni minimum ni maximum, il doit indiquer dans cette rubrique les quantités prévisionnelles ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché.

### II.1.2 Modalités essentielles de financement et de paiement.

Cette rubrique doit indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qui seront mobilisées pour financer l'opération objet du marché.

II.2 Options : ne doivent figurer que les options au sens communautaire (marchés complémentaires, tranches conditionnelles, reconductions) et non les prestations additionnelles ou alternatives.

### VI.4 Procédures de recours

La sous-rubrique VI 64-1 doit être remplie dans tous les cas.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit également remplir soit la sous-rubrique VI-4 -2, soit la sous-rubrique VI-4-3. Il peut également remplir les deux rubriques. Le choix lui appartient. Pour éviter tout risque d'erreur ou d'omission, la commission conseille aux acheteurs publics de ne remplir que la rubrique VI.4.3 en indiquant le nom et les coordonnées du greffe du tribunal administratif compétent ou de tout autre service compétent, cette information étant jugée suffisante par le Conseil d'Etat (CE n° 315138 - 6 mars 2009 - Commune de Savigny-sur-Orge.)

S'il renseigne la rubrique VI- 4- 2, l'acheteur devra également mentionner les recours juridictionnels propres aux contrats administratifs (référé précontractuel, référé contractuel, recours en contestation de validité du contrat).

Il est précisé que l'organe chargé des médiations (art. VI.4.1) doit se comprendre comme l'institution chargée de jouer un rôle de médiateur pendant la passation du contrat; il ne peut s'agir du comité consultatif de règlement amiable (CCRA), qui ne peut être saisi que pour des difficultés liées à l'exécution du contrat.

La même attention doit être apportée aux avis d'attribution ou aux résultats des concours.

#### **b) Le règlement de la consultation**

Ce document, qui précise les modalités de la procédure de passation et de jugement des offres, suscite également toute l'attention de la commission.

Celle-ci s'attache à la cohérence des différents documents des dossiers de consultation, et plus particulièrement à l'identité des informations figurant dans l'avis de publicité et le règlement de la consultation, toute distorsion pouvant conduire à l'annulation du contrat. Elle veille à ce que les dispositions qui doivent normalement figurer dans les règlements de consultation ne soient pas inutilement insérées dans les documents contractuels, CCAP et CCTP.

Les observations le plus souvent formulées concernent la clarté de jugement des offres, la commission constatant que les critères, notamment le critère technique, et les documents demandés pour pouvoir apprécier les offres par rapport à ce critère, ne sont pas toujours explicites. D'une manière générale, elle conseille d'indiquer de façon précise les informations demandées aux candidats au titre de chacun des critères afin de faciliter à la fois l'établissement des offres par les candidats et leur appréciation par le pouvoir adjudicateur.

Certaines dispositions attirent particulièrement l'attention de la commission

- **Les variantes**

La commission rappelle régulièrement que :

- le champ des variantes doit être défini avec soin;
- le règlement de la consultation doit préciser soit les exigences du cahier des charges que les candidats devront respecter, soit les seules clauses permettant aux candidats de proposer des dispositions différentes de la solution de base ;
- les modalités de présentation des offres doivent être indiquées : la commission recommande de demander aux candidats un dossier complémentaire pour chaque variante comportant un acte d'engagement distinct de celui produit pour la solution de base ;
- les critères utilisés, identiques pour la solution de base et les variantes, doivent permettre d'apprécier et de noter ces dernières et de rendre ainsi possible le choix d'une variante économiquement avantageuse.

- **Les offres équivalentes**

Plusieurs observations ont été formulées sur des dispositions des règlements de consultation concernant le jugement des offres pouvant être considérées comme équivalentes. Des offres ne peuvent être considérées comme équivalentes qu'après avoir été examinées au regard de tous les critères prévus. La probabilité que des offres soient réellement équivalentes est quasiment nulle lorsqu'il y a multiplicité des critères de jugement.

Si tel est le cas, il n'y a pas d'autre choix que de déclarer l'appel d'offres sans suite et de lancer une nouvelle consultation. En effet, le code des marchés publics ne comporte aucune disposition permettant de sortir de cette situation, a fortiori par un tirage au sort entre les offres jugées équivalentes.

Des offres équivalentes peuvent cependant être remises lorsque le seul critère de choix est le critère prix. Si ce risque est réel et si les prestations s'y prêtent, la commission recommande de recourir aux enchères électroniques.

- **Les primes**

Des primes sont généralement versées aux concurrents répondant à des procédures de concours de maîtrise d'œuvre, de conception-réalisation ou de dialogue compétitif. Dans ce cas le montant et les modalités de versement de la prime sont fixés dans les documents de la consultation.

L'article 49 du CMP prévoit également que, lorsqu'il est exigé des candidats la remise d'échantillons, de maquettes ou de prototypes et que ces demandes impliquent un investissement, celles-ci peuvent donner lieu au versement d'une prime. La commission recommande, dans ce cas, de fixer dans les documents de la consultation le montant de la prime qui sera versée aux concurrents.

#### 4) Les documents contractuels

##### a) Utilisation de la langue française

Cette obligation a été rappelée à l'occasion de l'examen d'un projet en coopération avec un autre pays européen pour lequel le service s'était interrogé sur la possibilité qu'une partie des documents contractuels (spécifications techniques) soit en anglais.

La commission a observé que l'article 5 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dispose que *« quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française. Ils ne peuvent contenir ni expression ni terme étrangers lorsqu'il existe une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française. »*

Toutefois, les opérateurs économiques étrangers, répondant à une consultation française, ne sont pas tenus d'y répondre en français si le pouvoir adjudicateur n'a pas précisé dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation la langue pouvant être utilisée ou si une traduction est exigée.

##### b) Acte d'engagement

Pièces maîtresses des marchés, il est indispensable que les actes d'engagement aient un contenu précis. La commission a rappelé, notamment, que, lorsqu'un marché est susceptible de donner lieu à un groupement, il convient de prévoir des projets d'acte d'engagement adaptés aux différentes hypothèses (entreprise unique, groupement conjoint, groupement solidaire).

Elle a également indiqué qu'un marché à bons de commande doit mentionner les montants minimum et maximum et renvoyer au bordereau de prix qui doit lui être annexé.

S'agissant des marchés de maîtrise d'œuvre, elle a conseillé de distinguer la mission de base qui fait l'objet d'un forfait provisoire, et les missions complémentaires dont le forfait de rémunération est définitif dès la signature du marché.

##### c) CCAP

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

- **CCAG de référence**

Le CMP n'impose plus de viser les CCAG dans les pièces constitutives des marchés. Néanmoins ces documents sont largement utilisés. La publication de nouveaux textes a amené les acheteurs à s'interroger sur le choix du CCAG de référence.

La commission a indiqué que rien ne s'opposait à ce qu'un service acheteur se réfère aux clauses des anciens CCAG mais a conseillé aux acheteurs de s'appuyer sur les nouveaux CCAG afin de bénéficier des améliorations apportées, notamment, en ce qui concerne les clauses relatives à la propriété intellectuelle, à la protection de la main d'œuvre et des conditions de travail ainsi qu'à la protection de l'environnement.

Elle a recommandé de donner les références précises du CCAG visé quel que soit le choix effectué.

Pour un marché de fournitures nécessitant quelques travaux de mise en place, la commission a rappelé que, même si le CCAG de référence était le CCAG-FCS, rien n'interdisait au pouvoir adjudicateur d'inclure dans son marché des dispositions relevant du CCAG-Travaux, si celles-ci étaient de nature à protéger davantage le service lors de l'exécution du marché.

- **Clauses de paiement**

La commission a veillé à ce que soient prises en compte les dispositions de la circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie. Celle-ci donne notamment pour instruction à l'Etat et à ses établissements publics de prévoir le versement d'une avance d'un montant minimum de 20% au lieu des 5% prévus par le Code des marchés et ce jusqu'à la fin de l'année 2009. Cette mesure n'a pas été reconduite pour l'année 2010.

Elle a rappelé également que les marchés doivent préciser les modalités de facturation et de paiement des acomptes et du solde et permettre au titulaire de savoir à quel moment il peut envoyer une note d'honoraires ou une facture.

- **Essais**

La possibilité de procéder à des essais pour s'assurer du bon fonctionnement des prestations est ouverte par les CCAG. La commission a précisé que, s'agissant des marchés informatiques et bureautiques, l'ancien CCAG-FCS indique dans son article 43.1 que « *dans le silence du marché, l'installation du matériel et sa mise en ordre de marche sont effectuées par le titulaire, sous sa responsabilité et sans supplément de prix, dans les locaux désignés par la personne publique et conformément à un plan arrêté par la personne publique après consultation du titulaire* ». De même, le nouveau CCAG-FCS, dans son article 22.1 prévoit que : « *les vérifications sont effectuées dans les conditions prévues par les documents particuliers du marché. A défaut d'indication dans le marché, les opérations de vérifications sont effectuées selon les usages de la profession pour les fournitures courantes ou services en cause* ». Par ailleurs, le CCAG-TIC, dans son article 26 sur la vérification d'aptitude précise : « *cette constatation peut aussi résulter de l'exécution, dans les conditions fixées par le marché, d'un ou plusieurs programmes ou bancs d'essai* ».

- **Admission des prestations**

On entend par admission la décision prise, après vérifications, par laquelle le pouvoir adjudicateur reconnaît la conformité, sans réserve, des prestations aux stipulations du marché. La décision d'admission vaut attestation de service fait et constitue le point de départ du délai de garantie. Le marché doit indiquer les personnes chargées de l'admission des prestations ainsi que la forme que celle-ci doit prendre. S'agissant des marchés à bons de commande, il est souhaitable que les prestataires puissent identifier très précisément le service qui passe les commandes, celui qui signe les bons de livraison, celui qui prononce l'admission et celui qui reçoit les factures. Il convient également de bien distinguer la date de livraison et la date d'admission.

- **Pénalités de retard**

Les marchés comportent généralement des clauses de pénalités. Cependant, pour pouvoir les appliquer, il est nécessaire que les obligations du titulaire qui pourront donner lieu à pénalités soient bien identifiées. Les contrats doivent donc prévoir de manière précise la prestation concernée, en fixer le délai d'exécution, indiquer les modalités de constat du retard ou du défaut d'exécution, ainsi que le mode de calcul des pénalités et leur point de départ.

- **Résiliation**

Il ne peut qu'être conseillé aux services de faire référence aux cas de résiliation prévus par les nouveaux CCAG. Une formulation trop vague telle que « dans le cas où le titulaire ne respecterait pas les obligations contractuelles » pourrait être considérée comme léonine en raison de son imprécision.

Si, après notification du marché, le titulaire déclare ne pas pouvoir exécuter ses engagements, le pouvoir adjudicateur est dans l'obligation de résilier le marché au tort du titulaire. Il peut alors, à la condition que les documents particuliers du marché le prévoient et que la décision de résiliation le mentionne expressément, faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire.

**d) CCTP**

Le CCTP est une pièce essentielle du cahier des charges puisqu'il fixe les spécifications nécessaires à l'exécution du marché pour que celui-ci réponde au besoin exprimé par le pouvoir adjudicateur.

La commission a observé qu'il est donc inopportun d'introduire des différenciations entre les spécifications (importantes, souhaitables), toutes les exigences d'un CCTP devant être respectées.

### III – MARCHÉS SPECIFIQUES

---

La commission a examiné en 2009 des dossiers sur lesquels elle n'avait jamais eu à s'exprimer.

#### A. Marchés de prestations de prélèvement et d'analyse des eaux

Les préfets des départements sont chargés d'organiser le contrôle sanitaire des eaux (eaux potables, eaux de loisir, eaux minérales et naturelles). Les prélèvements sont effectués par des laboratoires agréés par le ministère chargé de la santé. Ils donnent lieu à des marchés à bons de commande.

Pour ces marchés conclus par les préfets de département, le coût des analyses, en application des articles L.1321-5, L1332-6 et L1332-9 du code de la santé, n'est pas assumé par les préfetures mais par les personnes publiques ou privées responsables de la production et de la distribution de l'eau ainsi que par les gestionnaires des piscines et des baignades. Ils comportent des dispositions spécifiques concernant les conditions d'exécution et de paiement.

La commission a donc recommandé aux services acheteurs :

- de préciser, dans les contrats, les obligations du représentant de l'Etat et celles des personnes chargées du paiement ;
- d'y décrire notamment les modalités d'émission des bons de commande, les conditions dans lesquelles le représentant de l'Etat vérifie le service fait, applique éventuellement les pénalités et informe le titulaire que la prestation est réceptionnée, afin qu'il puisse envoyer sa facture à la personne chargée du paiement ;
- concernant les délais de paiement, de combiner les dispositions du code des marchés publics et de l'article 441-6 du code de commerce, en prévoyant que le délai de paiement a pour point de départ la réception de la facture par la personne publique ou privée chargée du paiement ;
- et d'indiquer le délai de paiement et les intérêts moratoires applicables, pour les collectivités publiques, d'une part, et les personnes privées d'autre part.

#### B. Marchés de représentation devant les juridictions

Ces dossiers ont donné lieu à un certain nombre de questions de la part des services sur la procédure d'attribution du marché (recours à la procédure adaptée), la façon de la conduire (audition des candidats) et sur les documents à produire par les candidats.

Concernant la procédure d'attribution du marché, la commission a rappelé que les services juridiques relèvent de l'article 30 du code des marchés publics et peuvent donc être conclus au terme d'une procédure adaptée telle que décrite à l'article 28 du même code.

La personne publique est donc libre de définir la procédure à mettre en œuvre à condition de respecter les grands principes de la commande publique rappelés à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement et transparence des procédures. En ce qui concerne la publicité, il appartient au service de déterminer le degré de publicité adéquat pour chaque marché afin d'assurer l'information des prestataires potentiels.

La commission a considéré que la publication d'une annonce au BOAMP, sur le site internet de l'Autorité de la concurrence et dans une revue professionnelle ou un site internet d'avocats semblaient répondre à cet objectif.

S'agissant du déroulement de la procédure, la commission a observé qu'une audition des candidats ne pouvait être conseillée. Outre le fait qu'elle n'est prévue par le code des marchés publics que dans le cadre de procédures spécifiques très encadrées, une telle audition ferait courir le risque que soient méconnus le principe d'égalité de traitement des candidats et la confidentialité des offres : la personne publique doit veiller à ne pas avantager l'un ou l'autre des candidats par la communication d'informations de nature à faire naître entre eux une inégalité de traitement. En outre, au cours des échanges, il pourrait aussi être porté atteinte au respect du secret professionnel, qui constitue l'un des principes déontologiques de la profession. Tout au plus, si la complexité du marché le justifie, le service peut envisager une réunion d'information dans le but d'éclairer les candidats sur le besoin à satisfaire.

Consultée sur les documents et renseignements à produire la commission a indiqué qu'il pouvait être demandé aux candidats de fournir des références de prestations similaires aux prestations demandées dans les conditions prévues dans la décision du 28 avril 2007 du conseil national des barreaux relative au règlement intérieur de la profession. En effet, celui-ci autorise désormais les avocats à faire mention, dans les procédures d'attribution des marchés, des références nominatives de leurs clients à condition toutefois d'avoir eu leur accord exprès et préalable.

La commission a admis par ailleurs que le prix des prestations puisse être un prix au temps passé (horaire ou journalier). Dans ce cas, il est conseillé de prévoir un tarif horaire dégressif en fonction du nombre d'heures consacrées à chaque affaire.

Lorsque le marché porte sur des types de contentieux bien identifiés, il est recommandé de procéder au recensement des affaires portées devant les différentes juridictions concernées dans les années précédentes afin d'établir un bordereau de prix comportant des rémunérations forfaitaires. Il est ainsi possible de prévoir plusieurs prix forfaitaires détaillés par procédure ou un prix forfaitaire par affaire, le marché indiquant quelle est la part du forfait qui sera versée à l'avocat en cas d'interruption de la procédure.

### **C. Marchés de formation**

La commission a été saisie de plusieurs dossiers, dont un dossier devant servir de modèle pour la réalisation de prestations de service de formation visant à l'acquisition de compétences clé par des publics peu ou pas qualifiés. L'acquisition de ces compétences clé (communication dans la langue maternelle, communication en langues étrangères, compétences mathématiques, compétences de base en sciences et techniques, compétences numériques, apprendre à apprendre) doit permettre à tout individu porteur d'un projet professionnel une intégration rapide dans l'emploi et sur le plan social.

Les bénéficiaires sont désignés par le service public de l'emploi ; les marchés sont passés, selon une procédure adaptée, par les directions régionales de l'emploi et de la formation professionnelle.

Concernant la procédure à adopter pour ce type de prestations, la commission a recommandé de conclure un marché à bons de commande de préférence à un accord-cadre multi-attributaire avec mise en concurrence lors de la passation des marchés subséquents pour éviter de donner plusieurs interlocuteurs au même bénéficiaire.

Pour un marché de formation comportant à la fois des prestations d'accueil et des prestations d'enseignement s'adressant à un public hétérogène, la commission a suggéré, pour définir des unités d'œuvre susceptibles d'être chiffrées par les candidats, de recenser les différents modules d'enseignement nécessaires ainsi que leur condition de mise en œuvre.

Elle a ainsi recommandé :

- de définir avec précision les prestations susceptibles d'être commandées, les modules de formation identifiés donnant lieu à l'établissement d'un bordereau de prix avec quantités indicatives. Les divers cas possibles doivent tenir compte du contenu de la formation, du niveau recherché, du nombre de personnes formées simultanément, du temps nécessaire ; les modules doivent également intégrer tant les charges administratives que les prestations de services pédagogiques ; une description de la formation à assurer dans chaque module devrait de plus figurer dans le CCAP ;
- de préciser les conditions d'exécution de la formation, notamment sur le plan matériel, (encadrement, modalités d'enseignement, modalités d'accueil) ;
- d'indiquer le processus de commande, de suivi et de paiement des formations ;
- de faire ressortir le rôle respectif des différents services ou organismes appelés à intervenir dans la gestion du marché et de préciser ces relations sous forme d'un accord formalisé (convention) ;
- d'établir une fiche de liaison relative à l'apprenant (parcours professionnel, parcours envisagé...) ;
- de mettre en place un comité de pilotage afin d'apprécier les conditions d'exécution et les résultats obtenus.

#### **D. Marchés avec paiement par carte d'achat**

La commission a été consultée sur un marché de fournitures pour lequel le service envisageait de rendre obligatoire la procédure de commande par catalogue électronique et de paiement du titulaire par carte d'achat.

La commission a observé que, dans l'état actuel des textes, l'usage de la carte d'achat ne peut être imposé aux candidats pour l'exécution d'un marché. En effet, dans son article 1<sup>er</sup>, le décret n° 2004-114 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat dispose que « *les entités publiques peuvent recourir à la carte d'achat comme modalité d'exécution des marchés publics. Les titulaires des marchés acceptant cet instrument obtiennent un paiement dans les conditions fixées par le présent décret* ». L'usage de la carte d'achat est donc soumis à l'acceptation préalable du titulaire. Par ailleurs, dans son article 2, le décret du 26 octobre 2004 précité dispose que « *ne peuvent faire l'objet d'une exécution par carte d'achat... les marchés faisant l'objet d'une avance forfaitaire ou facultative* ».

Or, le versement d'une avance forfaitaire ou facultative étant de plein droit lorsque certaines conditions sont réunies, la possibilité, pour le candidat, de ne pas renoncer à cette avance – et donc de pouvoir avoir accès librement à ce marché sans être soumis à l'obligation de faire usage de la carte d'achat – doit être préservée.

Il a donc été conseillé au service de prévoir le paiement et la gestion de ce marché par carte d'achat, sans, toutefois, rendre cet usage obligatoire.

En ce qui concerne l'usage obligatoire du catalogue électronique, la question s'est posée de savoir si cette exigence n'était pas de nature à limiter la concurrence et à faire courir un risque contentieux au service, tous les candidats potentiels n'étant pas en mesure de répondre à cette obligation. La commission a considéré que le fait de prévoir la possibilité de commander en ligne ne paraissait pas susceptible d'entraîner une rupture d'égalité d'accès des candidats au marché si les fournisseurs pouvaient mettre en place ce dispositif en début d'exécution du contrat. Elle a donc recommandé au service de faire en sorte que les entreprises soient en mesure d'apprécier les fonctionnalités du catalogue en ligne demandées, afin de savoir si leur catalogue répondait à ces exigences ou d'évaluer le coût de la mise en place de cet outil.

# Conclusion

---

La CMPE est désormais remplacée par la CCMP mais la mission confiée à cette nouvelle instance de conseil aux acheteurs publics reste la même.

La CCMP a pour tâche de fournir, à leur demande, aux services de l'Etat, à ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux ainsi qu'aux collectivités territoriales, une aide pour la préparation et la passation de leurs marchés et accords-cadres.

Elle dispose d'une équipe expérimentée et réactive qui travaille dans un esprit de dialogue et d'échange avec les services acheteurs. Elle est donc en mesure de réaliser une analyse globale des projets qui lui sont transmis et de prendre en compte à la fois les aspects économiques et juridiques des dossiers, d'autant plus qu'elle est en lien direct avec la direction des affaires juridiques, chargée d'élaborer les textes réglementaires en matière de marchés publics.

Son ambition est de répondre au souci des acheteurs publics de passer et d'exécuter leurs marchés dans les conditions juridiques et économiques les meilleures possibles.

A cet effet elle est particulièrement attentive aux modifications qui ont affecté récemment la commande publique et tout particulièrement la dématérialisation des procédures et son incidence sur la concurrence, les délais de paiement imposés aux collectivités territoriales et les nouvelles procédures contentieuses.

Ainsi, la CCMP est-elle en mesure de prendre utilement sa place dans le paysage de la commande publique

## LES EVOLUTIONS DE LA RÉGLEMENTATION

En 2009, la réglementation des marchés publics a fait l'objet des modifications et ajouts suivants :

### ➤ **Décrets modifiant le code des marchés publics :**

- le décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 tendant à assurer l'effet utile des directives 89/665/CEE et 92/13/CCE et modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics.

Ces modifications ont concerné, notamment :

- l'utilisation des variantes dans le cas des marchés passés selon une procédure adaptée ;
- la possibilité de régulariser la capacité juridique des candidats en cours de procédure ;
- la composition du jury des marchés de conception- réalisation ;
- le calcul des avances ;
- le remplacement de la commission des marchés publics de l'Etat par la commission consultative des marchés publics.

### ➤ **Décrets et arrêtés pris pour l'application du code des marchés publics :**

- le décret n° 2009-573 du 20 mai 2009 modifiant le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du CMP et concernant certains marchés passés pour les besoins de la Défense (JO du 24 mai 2009) ;
- le décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009 (JO du 24 octobre 2009) relatif à la commission consultative des marchés publics ;
- l'arrêté du 10 mars 2009 modifiant l'arrêté du 26 décembre 2007 pris pour l'application de l'article 133 du code des marchés publics (marchés conclus l'année précédente) ;
- l'arrêté du 10 avril 2009 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de l'article 132 du code des marchés publics concernant l'observatoire économique de l'achat public (OEAP) ;
- l'arrêté du 10 avril 2009 modifiant l'arrêté du 10 novembre 2005 pris pour l'application de l'article 130 du code des marchés publics ;
- l'arrêté du 22 octobre 2009 (JO du 24 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 ;
- l'arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.

➤ **Textes relatifs à la passation des marchés publics de haute technologie :**

- le décret n° 2009-193 du 18 février 2009 (JO du 20 février 2009) relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n° 2008-76 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour la passation des marchés publics de haute technologie avec les PME innovantes.

Aux termes de cette loi, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices peuvent, à titre expérimental et pour une durée de 5 ans, réserver aux PME innovantes une partie de leurs marchés de haute technologie d'un montant inférieur aux procédures formalisées. Le décret précise que, pour ces marchés, le prix peut ne pas être le critère d'attribution exclusif ni même principal.

- l'arrêté du 16 mars 2009 définissant les domaines mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2009-193 du 18 février 2009 (JO du 25 mars 2009).

Cet arrêté définit les domaines concernés (informatique, maîtrise des énergies, vêtements professionnels et spéciaux, services relatifs à l'environnement).

➤ **Directive relative à certains marchés passés dans le domaine de la défense et de la sécurité :**

La directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices prévoit des mesures spécifiques pour les marchés passés dans le domaine de la défense et de la sécurité. Elle modifie les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Les règles de passation sont adaptées aux secteurs sensibles, tout en assurant transparence et concurrence :

- la procédure normale est la procédure négociée avec concurrence. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent choisir entre une procédure négociée, avec mise en concurrence, un appel d'offres restreint ou un dialogue compétitif ;
- le pouvoir adjudicateur peut exiger des garanties spécifiques en matière de sécurité de l'information et de sécurité des approvisionnements ;
- des dispositions particulières sont prévues pour les marchés de recherche et de développement ;
- il est possible d'imposer au titulaire la mise en concurrence des sous-traitants.

➤ **Réforme des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics (CCAG) :**

- l'arrêté du 19 janvier 2009 (JO du 19 mars 2009) portant approbation du CCAG des marchés de fournitures courantes et services ;
- l'arrêté du 8 septembre 2009 (JO du 1<sup>er</sup> octobre 2009) portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux ;
- l'arrêté du 16 septembre 2009 (JO du 16 octobre 2009) portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles ;

- l'arrêté du 16 septembre 2009 (JO du 16 octobre 2009) portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels ;
- l'arrêté du 16 septembre 2009 (JO du 16 octobre 2009) portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics des techniques de l'information et de la communication.

➤ **Règlements communautaires :**

- le règlement n° 1177/ 2009/CE de la Commission du 30 novembre 2009 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuil d'application pour les procédures de passation de marché ;
- le règlement CE n° 1150/2009 du 10 novembre 2009 modifiant le règlement CE n° 1564/2005 en ce qui concerne les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.

➤ **Transposition de la directive recours**

Les textes procédant à cette transposition se distinguent de ceux cités précédemment en ce sens qu'ils ne concernent pas seulement les marchés publics mais la commande publique dans son ensemble, notamment les contrats relevant de l'ordonnance n° 2009-649 du 6 juin 2005 modifiée relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, les contrats de partenariat, et les délégations de service public.

Ces textes sont les suivants :

- l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO du 8 mai 2009).

Cette ordonnance transpose la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Elle améliore l'efficacité du référé précontractuel et crée également un référé contractuel.

- le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

## LES EVOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE

L'année 2009 a connu une activité jurisprudentielle intense.

Des évolutions importantes sont intervenues. Elles conduisent à constater des déplacements majeurs du risque contentieux, et l'apparition de problématiques nouvelles comme celles liées à la dématérialisation des échanges. Ces profondes mutations sont appelées à se poursuivre.

### I - LES CHANGEMENTS CONCERNANT LES RISQUES CONTENTIEUX

#### Evolution à l'initiative du juge

Les conditions dans lesquelles la procédure de référé précontractuel peut être mise en œuvre avaient été précisées en 2008 par l'arrêt SMIRGEOMES (*CE. Sect. 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, n°305420*). Une entreprise ne peut désormais invoquer un manquement aux obligations de publicité et de concurrence que si elle démontre qu'elle est directement lésée. En effet, il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée (ou risquent de la léser) en avantageant une entreprise concurrente, fût-ce de façon indirecte.

Cette jurisprudence SMIRGEOMES a été confirmée cette année à plusieurs reprises, par exemple dans l'arrêt *CE - 3 juin 2009- Ministère de l'environnement (n°321808)* qui constate que la requérante a pu déposer son recours et n'a donc pas été lésée par les imperfections alléguées dans l'indication des conditions de recours à l'AACP. Toutefois l'intérêt à agir peut être admis alors même que la requérante n'a pas présenté d'offre (*CE- 5 août 2009- Région Centre - n°307117*). Par ailleurs, le Conseil d'Etat a refusé d'étendre à un référé ordinaire les pouvoirs de suspension qui sont ceux du juge dans le cadre d'un référé précontractuel (*CE 10 juillet 2009 - EURELEC- n°3201143*).

Ces décisions tendent à limiter le risque contentieux, et à réserver le référé précontractuel aux cas les plus graves, ceux dans lesquels la méconnaissance des obligations de publicité ou de mise en concurrence a causé un tort effectif.

En revanche, un renforcement du risque contentieux est observé du côté des contradictions internes du dossier ; d'une part ces contradictions deviennent plus apparentes pour les opérateurs économiques quand le dossier est en ligne sur le profil d'acheteur ; d'autre part le juge a eu plusieurs occasions de sanctionner de telles contradictions. Par exemple :

- **CE - 20 mai 2009- Département du Var (n°318871)** : Cet arrêt sanctionne une contradiction interne au règlement de consultation : celui-ci permettait aux candidats de ne renseigner qu'une partie du bordereau de prix alors qu'il était indiqué que tous les prix unitaires seraient pris en compte pour le jugement des offres.
- **CE - 5 août 2009- Région Centre (n°307117)** : Cet arrêt relève une contradiction entre le délai et la durée d'exécution (il s'agit ici d'une procédure adaptée).

## Evolution liées aux procédures de dématérialisation

La montée en puissance des procédures dématérialisées a produit ces dernières années un petit volume de contentieux resté jusqu'ici principalement au niveau des Tribunaux administratifs. Cette montée en puissance est appelée à se poursuivre.

Un pallier important a été franchi le 1<sup>er</sup> janvier 2010, puisqu'en vertu de l'article 41 du CMP, et au dessus du seuil de 90 000 euros, les documents de la consultation doivent obligatoirement être publiés sur le profil d'acheteur.

Au fur et à mesure que s'étendra le champ des échanges dématérialisés obligatoires, cette source de risque contentieux ne fera que croître, au moins jusqu'à ce que les acheteurs aient augmenté leur expertise dans ces nouvelles problématiques.

En sens inverse, il est arrivé que la dématérialisation d'une procédure joue en faveur de l'acheteur lorsqu'une information manquante dans un document se trouvait présente dans un autre document accessible simultanément.

Les jugements parus ces dernières années éclairent certaines difficultés que les acheteurs ont rencontrées et rencontreront de plus en plus.

Quelques exemples :

- **TA de Lyon 2 mars 2006 ALPES (n<sup>os</sup> 0600801 - 0600838 - 0600842)**

Une administration a été condamnée pour avoir, avant la publication de l'AAPC, organisé à l'attention des opérateurs qu'elle connaissait, une opération de pré-information comportant une présentation de son système Extranet, violant de ce fait le principe d'égalité de traitement des candidats.

Ce jugement ne doit évidemment pas conduire les acheteurs à rejeter complètement l'idée d'organiser des formations à la dématérialisation à l'intention des fournisseurs; cependant, il importerait que de telles formations soient annoncées au-delà du cercle des fournisseurs habituels, et qu'elles soient sans lien avec la passation d'un marché particulier.

- **TA Grenoble 27 février 2007 Société ROQUET Frères (n<sup>o</sup>0700586)**

Ce jugement sanctionne une erreur dans l'adresse de la plate-forme pour échanges dématérialisés et conduit à souligner qu'une telle erreur n'est jamais anodine. Cette administration avait écrit « achatmpublic.com » au lieu de « achatpublic.com » ; le tribunal refuse de considérer que cette erreur est légère au motif que, si un candidat français rectifie de lui-même, il n'en va pas de même d'un candidat étranger.

Cet exemple conduit aussi à observer que, dans le cas d'une procédure dématérialisée, certaines mentions de l'AAPC deviennent des critères de recherche ayant vocation à guider le candidat vers le reste du dossier en ligne, si bien que la plus petite erreur peut empêcher de trouver l'annonce du marché.

- **TA Paris 20 février 2009 ACCOR (n°0901491/3-3)**

Ce jugement est également caractéristique du renforcement de l'importance de certaines mentions. A une requérante qui se plaignait de l'obscurité de l'objet du marché, le TA répond, en particulier, que l'indication du bon code CPV rendait l'objet du marché parfaitement clair.

On ne saurait exclure que, en sens inverse, un marché soit annulé parce que le code CPV n'était pas le bon car le code CPV, dans le cadre d'une procédure dématérialisée, est aussi un critère de recherche utilisé par les entreprises. Si ce code est indiqué de façon erronée, il est possible qu'une entreprise en soit lésée, et que sa requête soit donc fondée.

- **TA Versailles 20 novembre 2008 NEXTER (n°0810472)**

L'administration avait mis en ligne par erreur, sur son profil d'acheteur, des éléments appartenant à l'offre de candidats à une procédure de passation de marché en cours; cette erreur est jugée fautive par le TA ; cependant, seul le téléchargement des pièces permettait d'en prendre connaissance de façon effective, et la lecture du registre des téléchargements montre que seule la requérante a procédé à un tel téléchargement; en conséquence, en application de la désormais classique jurisprudence SMIRGEOMES la requérante n'est pas lésée et sa requête n'est pas recevable

Toutefois, en sens inverse, il arrive que les procédures de dématérialisation diminuent le risque contentieux.

En 2008 déjà, le Conseil d'Etat n'avait pas condamné une administration qui avait omis d'indiquer la date d'envoi au JOUE, jugeant que : « ... *il n'est pas contesté que l'UGAP avait eu recours au formulaire électronique unique dont le BOAMP assure lui-même la transmission en vue de la publication de l'avis au JOUE, en même temps qu'il l'utilise pour sa propre publication ; que dans une telle hypothèse, la « date d'envoi du présent avis » figurant sur l'avis publié au BOAMP doit être regardée comme étant également celle de l'envoi de l'avis à l'office des publications officielles de l'Union européenne.* » (CE 24 octobre 2008 - UGAP).

En 2009, saisi du fait que l'administration n'avait pas rempli la rubrique « options » à l'AAPC, le Conseil d'Etat a rappelé, en application de la jurisprudence SMIRGEOMES, que le premier juge aurait dû vérifier que la requérante était lésée. Ce n'était pas le cas en l'espèce, car l'information manquante à l'AAPC figurait au CCAP, lequel, au stade de la procédure incriminée, était en possession de la requérante (CE-3 juin 2009 GIP carte professionnelle de santé-n° 319103).

Même si rien n'indique que l'arrêt précité du 3 juin 2009, ni ceux qui seront cités ci-après, intervenaient dans le cadre d'échanges dématérialisés, il reste permis de souligner que la dématérialisation rendra de plus en plus courants les cas où les candidats auront en mains simultanément l'AAPC et le reste du dossier. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, et en application de l'article 41 du CMP, (au dessus du seuil de 90 000 euros), les documents de la consultation doivent obligatoirement être publiés sur le profil d'acheteur.

On peut donc penser qu'il arrivera plus souvent qu'une information manquante à l'AACP soit disponible grâce à sa présence dans un autre document. Cependant, la vigilance restera de mise, car :

- même s'il arrive qu'une information manquante à l'AACP soit présente ailleurs au dossier, il peut aussi arriver qu'un document renvoie à un autre, et qu'en fait l'information soit toujours manquante, entraînant la condamnation de l'administration (*CE - 1<sup>er</sup> avril 2009 ministère de l'écologie-n°321752* ;
- il ne suffit pas que les informations manquantes à l'ACCP soient présentes au règlement de la consultation ; il faut aussi, pour que le requérant ne soit pas considéré comme lésé, que la mise en ligne de l'AACP et du règlement de la consultation ait eu lieu le même jour (*TA Versailles 6 février 2009 -MARBOT* )
- le juge sanctionne également les contradictions entre documents, par exemple une contradiction entre l'AACP et le CCAP : *CE - 5 août 2009 - Région Centre – (30307117)*.

Quand les documents de la consultation seront tous sur le profil d'acheteur, ce genre de contradictions apparaîtra aux candidats plus clairement et plus rapidement. La vigilance sera donc plus que jamais de mise.

## **II – AUTRES JURISPRUDENCES SIGNALÉES**

La CCMP a été amenée à appeler l'attention des acheteurs publics sur d'autres jurisprudences concernant certains points qu'il convient de signaler.

### **1 - Les principes de la commande publique**

#### **✓ CE n°290236 - 30 janvier 2009 - Agence Nationale pour l'Emploi**

Le Conseil d'Etat rappelle les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, énoncés à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics et applicables à tous les marchés.

#### **✓ CE n°321752 - 1<sup>er</sup> avril 2009 - Ministère de l'Ecologie**

Le juge des référés doit vérifier si l'entreprise requérante est lésée par le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence.

#### **✓ CE n°817672 - 10 juin 2009 - Port autonome de Marseille**

En cas de doute sur la nature du marché à conclure, la procédure la plus rigoureuse doit être appliquée.

#### **✓ CE n°318187 - 8 juillet 2009 - Ministère de la Justice**

Si l'absence d'indication dans l'AACP ou dans le RC de la pondération d'un critère n'a pas lésé un requérant, sa requête n'est pas recevable.

✓ **CE n°520088 - 11 août 2009 - Département des Alpes Maritimes**

Cette jurisprudence complète la liste des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui sont sans incidence pour un candidat évincé. Le Conseil d'Etat rappelle au passage que c'est à la société requérante d'apporter la preuve qu'elle a été lésée ou qu'elle pourrait l'être.

✓ **CJCE - C - 229 du 12 décembre 2009 - Commission/ France**

La procédure du marché de définition n'est pas conforme à la directive 2004/18/CE en ce qu'elle ne respecte pas le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et l'obligation de transparence. Elle ne peut être assimilée à une sorte de mise en œuvre du dialogue compétitif

## 2 – Allotissement

✓ **CE - 11 août 2009 - Communauté urbaine Nantes Métropole**

L'allotissement est la règle, le marché global l'exception. Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur doit passer un marché en lots séparés.

✓ **CE n°328803 - 9 décembre 2009 - Département de l'Eure**

La réduction significative du coût des prestations constitue, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés et un marché global, un motif légal de dévolution en marché global.

## 3 – Publicité – Information des candidats – Jugement des candidatures

✓ **CE n°290236 - 30 janvier 2009 - Agence nationale pour l'emploi**

Les pouvoirs adjudicateurs doivent fournir « *l'information appropriée* » aux candidats dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'AAPC ou dans le cahier des charges tenu à la disposition des candidats.

✓ **CE n°315138 - 6 mars 2009 - Commune de Savigny sur Orge**

Les exigences de l'administration quant aux moyens matériels dont disposent les candidats doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser.

Des précisions sont apportées sur la manière de remplir la rubrique VI-4 du formulaire européen d'avis d'appel public à la concurrence.

✓ **CE n°311379 - 20 mai 2009 - Commune de France**

Si le pouvoir adjudicateur a obligation de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats, il n'est pas tenu de fixer des exigences minimales de capacité.

✓ **CE n°321808 - 3 juin 2009 - Ministère de l'environnement**

On ne peut renvoyer au règlement de la consultation les informations devant figurer dans l'AAPC, « un tel renvoi, alors notamment que le RC ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'AAPC, est incompatible avec les obligations de publicité ».

✓ **CE n°324153 - 10 juin 2009 - Région Lorraine**

Un pouvoir adjudicateur ne peut écarter, par principe, un candidat qui n'a pas donné satisfaction lors de l'exécution d'un précédent marché. Si des manquements sont constatés, ils ne peuvent, à eux seuls, justifier le rejet de la candidature.

✓ **CE- 6 mars 2009 - Commune d'Aix en Provence**

L'obligation de présenter des références est compatible, sous certaines conditions, avec le secret professionnel auquel sont soumis les avocats.

#### 4 – Jugement des offres

✓ **CE n°814244 - 22 décembre 2008 - Ville de Marseille**

Une entité adjudicatrice peut s'affranchir des exigences du règlement de la consultation quand la fourniture des éléments demandés est manifestement inutile, notamment si ces informations ont un caractère public.

✓ **CE n°290236- 30 janvier 2009 - Agence nationale pour l'emploi**

Les indications relatives aux critères d'attribution doivent être appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

✓ **CE n°321752 - 1<sup>er</sup> avril 2009 - Ministère de l'écologie**

Les critères de jugement des offres doivent être exprimés de façon explicite. Le dossier de consultation doit préciser comment ils seront appréciés.

Une procédure de marché est ainsi annulée au motif que les sous-critères de la valeur technique n'étaient pas prévus dans les documents de la consultation, ce qui constituait un manquement empêchant les concurrents de présenter une offre adaptée à la demande du pouvoir adjudicateur.

✓ **CE n°318871 - 20 mai 2009 - Département du Var**

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter un candidat à régulariser quand bien même cette irrégularité résulterait d'une demande de précision formulée par ce dernier.

#### 5 – Appel d'offres sans suite

✓ **CE n°305287- 30 décembre 2009 - Société ESTRADERA**

Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de déclarer un appel d'offres sans suite pour un motif d'intérêt général.

« Considérant ...Qu'il est apparu au maître d'ouvrage que les logements locatifs pouvaient être réalisés pour un coût nettement moins élevé sur des bases techniques nouvelles qu'en renonçant, pour ce motif d'intérêt général, à conclure le marché, lequel ne pouvait faire l'objet d'un avenant, eu égard aux modifications substantielles consécutives aux nouvelles solutions retenues par l'OPAC, qui remettaient en cause les conditions de l'appel à la concurrence, et en soumettant à un nouvel appel d'offres le marché ainsi techniquement modifié, l'établissement public n'a commis aucune illégalité constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité ».

## 6 – Délais

### ✓ CE n°307117 - 5 août 2009 -Région Centre

S'agissant des procédures adaptées, le juge apprécie si le délai laissé pour remettre les offres est suffisant à partir de la parution de l'avis de publicité et non de sa date d'envoi.

## 7- Marchés négociés

### ✓ TA de Nancy - 06NC00473 - 8 janvier 2009

La négociation ne doit pas conduire à remettre en cause les conditions initiales de la mise en concurrence.

De même les candidats ne peuvent modifier unilatéralement leurs offres, sauf sur les points sur lesquels le pouvoir adjudicateur entend négocier.

### ✓ CE n°316602 - 20 mai 2009 - Ministère de la Défense

Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à un pouvoir adjudicateur d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre.

### ✓ CE n°3225465 et 325498 - 11 août 2009 - Société Val Horizon - Syndicat Emeraude

Ces décisions concernent les formalités à effectuer et les modalités de jugement des offres, concernant un marché négocié après un appel d'offres infructueux.

## 8- Pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices

### ✓ CE n°330052 - 14 décembre2009 - Département du Cher

Le fait de confier à un tiers l'exécution du service de transport scolaire n'est pas constitutif d'une activité d'exploitation de réseau ni d'une activité de mise à disposition de réseau au sens de l'article 135 du CMP. Le département ne pouvait donc se prévaloir de la qualité d'entité adjudicatrice même s'il exerce un contrôle sur les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public en cause.

## 9 – Opérateurs économiques

### ✓ CJCE - 19 mai 2009 - ASSITUR

Deux entreprises liées entre elles par un rapport de contrôle peuvent participer de façon concurrente à un même appel d'offres si ce rapport n'a pas influé sur leur comportement respectif.

✓ **CE n°321841 - 3 juin 2009 - CIMADE**

Les entreprises ne sont pas les seules à pouvoir être candidates à un marché public, les candidatures des associations peuvent également être admises.

**10 - Dossier de consultation des entreprises**

✓ **CE n°318871 - 20 mai 2009 - Département du Var**

Les incertitudes et les contradictions dans les documents de la consultation constituent un manquement aux obligations de publicité et de concurrence.

**11 - Clauses du contrat**

✓ **CE n°296930 - 29 décembre 2008 - OPHLM de Puteaux**

Le Conseil d'Etat précise que le juge administratif peut modifier le montant des pénalités de retard infligées au titulaire d'un marché public si ce montant est manifestement disproportionné.

✓ **CE n°328803 - 9 décembre 2009 - département de l'Eu re**

Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux doivent comporter une clause de révision de prix sans partie fixe.

# ANNEXES

---

## Annexe A :

→ Statistiques

## Annexe B :

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

## Annexe C :

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

## Annexe D :

→ 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 E :

→ Organigramme de la CCMP

## STATISTIQUES

---

Il est d'usage que les rapports d'activité comportent des données statistiques. Le présent rapport ne déroge pas à cette règle, même si les statistiques de l'année 2009 ne permettent pas de comparaisons pertinentes avec l'activité des années antérieures.

Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 a supprimé l'obligation de saisir la CMPE avant le lancement d'une procédure de marché d'un montant supérieur à 6 millions d'euros. Dans de nombreux cas, les services de l'Etat et les établissements publics autres qu'industriels et commerciaux n'ont donc pas jugé utile de transmettre leurs dossiers à la commission ; d'autres ont préféré attendre de connaître plus précisément les nouvelles modalités de saisine.

Le décret précité étendait la mission de la CMPE aux collectivités territoriales. Toutefois, les modalités de saisine de la commission n'ont été connues qu'à l'automne 2009, après publication du décret n° 2009-1086 remplaçant la CMPE par la CCMP, du décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009 relatif à la CCMP ainsi que de son arrêté d'application concernant l'assistance apportée aux collectivités territoriales et fixant le seuil de saisine pour ces dernières à 1 million d'euros.

Cette situation explique le faible nombre de dossiers reçus par la commission au cours de l'année 2009.

Pour autant la CMPE (devenue CCMP) a continué à être sollicitée par les acheteurs publics et a poursuivi sa mission de conseil. Mais celle-ci a pris une forme quelque peu différente, comme le montre le tableau ci-joint.

La transmission des dossiers ne répondant plus à une exigence réglementaire mais à un réel besoin d'assistance, les projets de marchés soumis à l'expertise de la commission concernaient souvent des domaines nouveaux et nécessitaient donc des études approfondies de la part du secrétariat technique sans qu'il soit pour autant nécessaire de procéder à un examen en séance. Les dossiers reçus ont, pour la plupart, donné lieu à des lettres d'observations précédées d'échanges avec les services sous forme de courriels, d'entretiens téléphoniques ou de réunions hors séance.

Par ailleurs, un certain nombre de demandes de conseil ont pris la forme de consultations. Leur nombre est du même ordre que celui des dossiers d'appels à la concurrence ; 13 % d'entre elles correspondent à des demandes de collectivités territoriales. Dans ces cas, l'assistance de la CCMP s'est également traduite par des courriels, des entretiens téléphoniques et des réunions.

Les réunions hors séances avec les représentants des pouvoirs adjudicateurs et les échanges informels avec les services acheteurs ont donc constitué une part importante de l'activité de la commission tout au long de l'année 2009.

**Saisines de la commission et types de traitement**  
**Année 2009**

	<b>TOTAL</b>		<b>Secteur Armement/TIC</b>		<b>Secteur AG</b>		<b>Secteur BG</b>	
	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT
<b>I. Dossiers reçus</b>	<b>104</b>	<b>3 207 052 097</b>	15	1 665 851 303	30	970 548 753	59	570 652 041
<b>I.1 Origine</b>								
État	<b>104</b>	<b>3 207 052 097</b>	15	1 665 851 303	30	970 548 753	59	570 652 041
Collectivité territoriales	<b>0</b>		0		0		0	
<b>I.2 Traitement</b>								
Traités en séances (=avis)	<b>5</b>	<b>84 389 623</b>	2	9 000 00	3	75 389 623	0	
Traités hors séance	<b>99</b>	<b>3 122 662 474</b>	13	1 656 851 303	27	895 159 130	59	570 652 041
Avec observations	51	1 728 068 684	11	1 086 851 303	19	462 152 722	21	179 064 659
Sans observations ou en cours d'instruction au 31.12.09	48	1 394 593 790	2	570 000 000	8	433 006 408	38	391 587 382
<b>I.3 Échanges avec les services</b>								
Courriels envoyés		34		4		1		29
Entretiens téléphoniques		98		15		17		66
Réunions hors séances		21		6		7		8
<b>II. Consultations</b>		<b>97</b>		<b>7</b>		<b>39</b>		<b>51</b>
<b>II.1 Origine</b>								
État		84		7		37		40
Collectivité territoriales		13		0		2		11
<b>II.2 Traitement</b>								
Courriels envoyés		22		6		7		9
Entretiens téléphoniques		70		1		19		50
Réunions hors séances		12		2		10		0

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

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

Vu le décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics, notamment l'article 129 du code annexé ;

### Décrète :

#### Article 1er

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

#### Article 2

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Article 3**

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

Il en est de même pour :

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

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

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

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

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

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

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

### **Article 4**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **Article 5**

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

## **Article 6**

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

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

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

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

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

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

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

- des membres de l'inspection générale des finances ;

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

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

- des membres du contrôle général des armées ;

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

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

#### **Article 7**

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

#### **Article 8**

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

## 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,

Décrète :

### Article 1

La commission consultative des marchés publics fournit aux services de l'Etat 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'Etat 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'Etat, 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'Etat 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'Etat 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'Etat est abrogé.

#### **Article 13**

Le ministre d'Etat, 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'Etat, 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'Etat, 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.

## **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 :

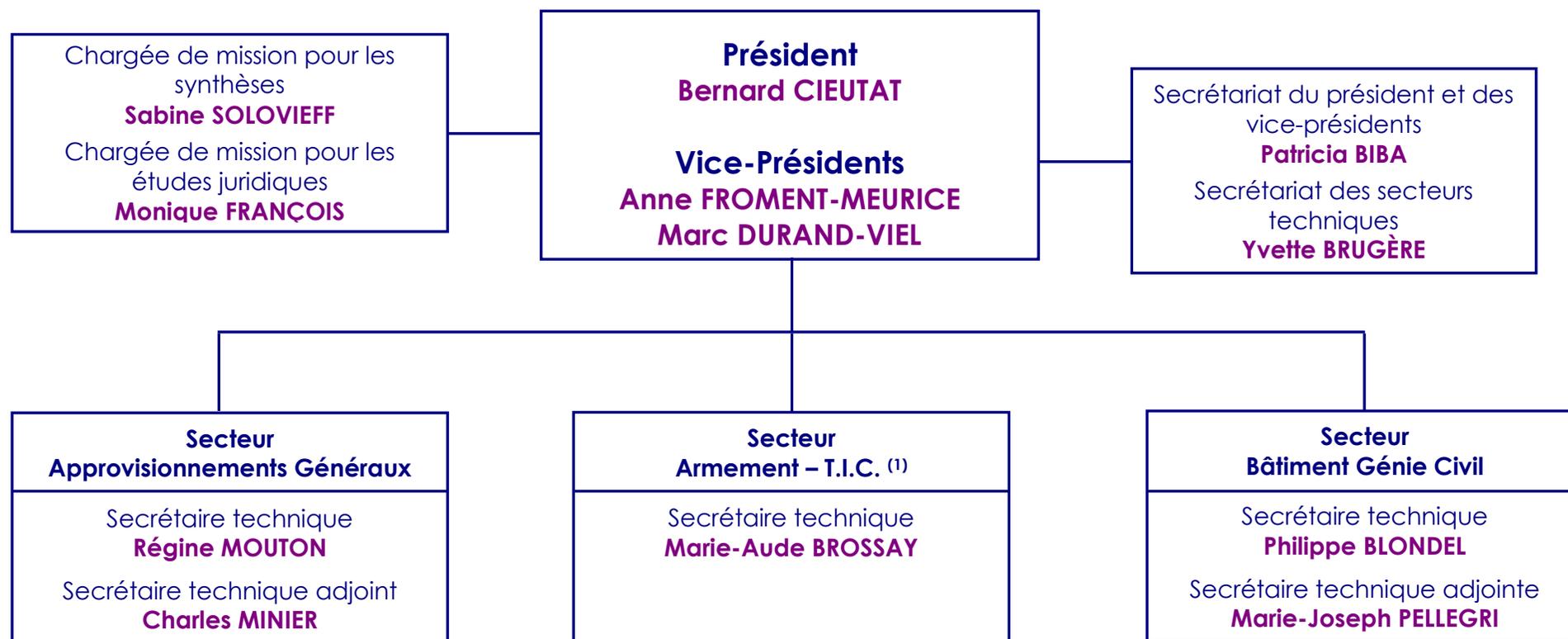
### **Article 1**

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.

# Organigramme de la CCMP



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



**COMMISSION  
CONSULTATIVE DES MARCHES PUBLICS  
6, rue Louise Weiss  
Bâtiment Condorcet  
75703 PARIS CEDEX 13  
Tél : 01.44.97.33.28**

