



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

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

Commission  
**Commission**  
des Marchés Publics de l'Etat



2  
Rapp *o* rt d'activité

*o*  
7

*"Fournir aux services de l'Etat  
une assistance pour l'élaboration  
ou la passation des marchés"*

La Commission des Marchés Publics de l'Etat s'est réunie le 22 janvier 2008, sous la présidence de M. Pierre LELONG, et a approuvé le présent rapport d'activité.

<p><b>Etaient présents en séance :</b></p> <p>Mme Anne FROMENT-MEURICE  Mme Catherine BERGEAL  M. Bruno PARENT</p> <p>Mme Michèle HOURT-SCHNEIDER  M. Michel RADENAC  Mme Sabine SOLOVIEFF  M. François RENVOISÉ  M. Olivier NICOLARDOT  M. Gilles MARTIN  M. Nicolas CHAPON  Mme Dominique LOTTIN  M. Cécile ROUX  M. Christian GAL  Mlle Samira TOUITI  M. Raymond FÉKIK</p> <p>M. Michel-Régis TALON</p> <p>M. Michel POLLEZ  M. Philippe DUMAS</p>	<p>Vice-Présidente de la CMPE  Directrice des Affaires Juridiques du MINEFE  Directeur général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes du MINEFE</p> <p>Sous-directrice de la commande publique à la DAJ  Rapporteur général de la CMPE  Adjointe au Rapporteur général de la CMPE  Représentant le ministre du logement et de la ville  Représentant le ministre de l'agriculture et de la pêche  Représentant les services du Premier Ministre  Représentant le ministre de la défense  Représentant le ministre de la justice  Représentant le ministre de la culture et de la communication  Représentant le ministre de la santé, de la jeunesse et des sports  Représentant le ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité  Représentant le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales  Représentant le ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables  Représentant suppléant du ministre des affaires étrangères et européennes  Représentant le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique</p>
<p><b>Absents excusés :</b></p> <p>M. Philippe de BEAUREGARD</p>	<p>Vice-Président de la CMPE</p>
<p><b>Assistaient également à la séance :</b></p> <p>M. Eric EBERSTEIN  M. Eric PAUCHON  Mme Régine MOUTON  Mme Gilda DE SMET  M. Philippe BLONDEL  Mme Anne DESMET  M. Guy BORRELY  Mme Marie-Joseph PELLEGRINI</p> <p>M. André NASSET</p>	<p>Correspondant de la CMPE à la DGCCRF  Secrétaire technique – Secteur Armement et électronique  Secrétaire technique – Secteur Approvisionnements généraux  Adjointe au secrétaire technique – Secteur Approvisionnements généraux  Secrétaire technique – Secteur Bâtiment et génie civil  Adjointe au secrétaire technique – Secteur Bâtiment et génie civil  Secrétaire technique – Secteur Informatique et télécommunications  Adjointe au Secrétaire technique – Secteur Informatique et télécommunications  Représentant de la Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité Sociale</p>

# Sommaire

<b>I. FONCTIONNEMENT DE LA CMPE</b> .....	<b>6</b>
<b>A. Composition de la commission</b> .....	<b>6</b>
<b>1) Les membres de la commission</b> .....	<b>6</b>
<i>Le président et les vice-présidents</i> .....	6
<i>Les experts</i> .....	6
<i>Le représentant du ministre acheteur</i> .....	7
<i>Le rapporteur général</i> .....	7
<i>Le représentant de la direction des affaires juridiques</i> .....	7
<i>Le représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation             et de la répression des fraudes</i> .....	7
<b>2) Le secrétariat de la commission</b> .....	<b>7</b>
<i>Le secrétariat technique</i> .....	7
<i>Les rapporteurs</i> .....	8
<b>B. Champ de compétence</b> .....	<b>8</b>
<b>1) Saisine obligatoire</b> .....	<b>8</b>
<b>2) Saisine facultative</b> .....	<b>10</b>
<b>C. Les procédures de travail</b> .....	<b>10</b>
<i>Lettres d'observations</i> .....	11
<i>Avis de la commission</i> .....	11
<i>Procédure d'accompagnement</i> .....	11
<i>Lettres aux ministres</i> .....	12
<i>Enseignements tirés des rapports de présentation (art. 79 du CMP)</i> .....	12
<b>D. Les actions de communication et de formation</b> .....	<b>13</b>
<i>Le site internet</i> .....	13
<i>Réunions avec les services acheteurs</i> .....	14
<i>Formation des acheteurs publics</i> .....	14
<i>Visites de délégations étrangères</i> .....	14
<b>II. DONNEES STATISTIQUES</b> .....	<b>15</b>
<b>A. Nombre et montant des dossiers reçus</b> .....	<b>15</b>
<b>B. Répartition par type de prestations</b> .....	<b>16</b>
<b>C. Répartition selon les modalités de saisine</b> .....	<b>17</b>
<b>D. Répartition selon les modalités de traitement</b> .....	<b>18</b>
<b>E. Répartition par type de procédure</b> .....	<b>19</b>
<b>F. Répartition par ministère</b> .....	<b>20</b>
<b>G. Répartition selon la forme des contrats</b> .....	<b>21</b>
<b>H. Répartition selon la durée des marchés</b> .....	<b>22</b>

# Sommaire

<b>III. EFFICACITE ECONOMIQUE DE L'ACHAT PUBLIC</b> .....	<b>23</b>
<b>A. Mise en place d'une stratégie de l'achat</b> .....	<b>23</b>
1) Définition du besoin .....	23
2) Connaissance du contexte concurrentiel .....	24
3) Allotissement ou marché unique .....	24
4) Politique en faveur des PME .....	25
<b>B. Nouvelles orientations de l'achat public</b> .....	<b>27</b>
1) Mutualisation des achats .....	27
2) Externalisation .....	29
3) Achats durables .....	30
4) Ouverture à la concurrence de nouveaux marchés .....	32
<b>C. De certaines modalités de passation des marchés</b> .....	<b>33</b>
1) Accords-cadres .....	33
2) Marchés à bons de commande .....	35
3) Marchés à tranches conditionnelles .....	36
4) Crédit-bail .....	37
<b>D. Conditions financières</b> .....	<b>37</b>
1) Etablissement des prix .....	37
2) Evaluation des niveaux de prix obtenus .....	38
3) Variation des prix .....	38
<b>IV. SECURITE JURIDIQUE DES CONTRATS</b> .....	<b>40</b>
<b>A. Choix d'une procédure d'attribution appropriée</b> .....	<b>40</b>
1) Appel d'offres .....	40
2) Marchés négociés .....	40
3) Dialogue compétitif .....	43
4) Marchés de conception-réalisation .....	44
5) Concours .....	45
<b>B. Déroulement de la procédure</b> .....	<b>45</b>
1) Les intervenants aux marchés .....	45
2) Les étapes de la procédure .....	47
<b>C. Dossier de consultation</b> .....	<b>52</b>
1) Les documents destinés à l'information des candidats .....	52
2) Les documents contractuels .....	55
<b>Conclusion</b> .....	<b>61</b>
<b>Annexes</b> .....	<b>62</b>
<b>Tableaux statistiques</b> .....	<b>76</b>

# Sigles et abréviations

<b>AMP</b>	⇒	Accord sur les marchés publics
<b>BOAMP</b>	⇒	Bulletin officiel des annonces des marchés publics
<b>CCAG</b>	⇒	Cahier des clauses administratives générales
<b>CCAP</b>	⇒	Cahier des clauses administratives particulières
<b>CCAG-PI</b>	⇒	Cahier des clauses administratives générales des marchés de prestations intellectuelles
<b>CCTP</b>	⇒	Cahier des clauses techniques particulières
<b>CMP</b>	⇒	Code des marchés publics
<b>CMPE</b>	⇒	Commission des marchés publics de l'Etat
<b>DAJ</b>	⇒	Direction des affaires juridiques
<b>DCE</b>	⇒	Dossier de consultation des entreprises
<b>HT</b>	⇒	Hors taxes
<b>INSEE</b>	⇒	Institut national de la statistique et des études économiques
<b>JOUE</b>	⇒	Journal officiel de l'union européenne
<b>MCO</b>	⇒	Maintien en condition opérationnelle
<b>M€</b>	⇒	Millions d'euros
<b>Md€</b>	⇒	Milliards d'euros
<b>MINEFE</b>	⇒	Ministère de l'économie des finances et de l'emploi
<b>PME</b>	⇒	Petites et moyennes entreprises
<b>TTC</b>	⇒	Toutes taxes comprises
<b>UGAP</b>	⇒	Union des groupements d'achats publics

## Secteurs d'activité de la CMPE

<b>AE</b>	⇒	Armement et électronique
<b>AG</b>	⇒	Approvisionnements généraux
<b>BG</b>	⇒	Bâtiment et génie civil
<b>IT</b>	⇒	Informatique et télécommunications

# Avant-propos



## Une année au service de l'acheteur public

*Apporter aide et assistance aux services acheteurs afin d'utiliser efficacement les deniers publics, dans le respect du cadre juridique, telle est la mission assignée à la commission des marchés publics de l'Etat depuis 2004.*

*Le contexte réglementaire n'a pas été sensiblement modifié. L'année 2007 est la première année complète d'application du code des marchés mis en place par le décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006. Le décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007 concernant la CMPE a confirmé son rôle en faisant obligation de lui transmettre les rapports de présentation prévus à l'article 79 du Code des marchés publics. Les autres modifications apportées au décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 créant la CMPE ne concernent que des ajustements visant à en améliorer le fonctionnement.*

*Par l'examen de 667 dossiers, émanant de 14 départements ministériels et de 40 établissements publics administratifs, la CMPE a continué à prodiguer ses conseils visant à assurer la sécurité juridique des contrats et le bon usage des deniers publics.*

*Le nombre et l'intérêt des informations (dossiers transmis, rapports de présentation) permettent à la commission de connaître les besoins des acheteurs publics, la façon de les satisfaire et les difficultés rencontrées pour mener à bien leurs acquisitions. Elle est ainsi en mesure de participer à la réflexion sur les nouvelles orientations de l'achat public (externalisation, mutualisation, politique en faveur des PME, achats durables), d'en apprécier l'intérêt mais aussi les limites.*

**Pierre LELONG**  
**Président de la CMPE**

## I. FONCTIONNEMENT DE LA CMPE

Le fonctionnement de la CMPE est régi par le décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007 pris en application de l'article 129 du CMP qui n'a pas fondamentalement modifié les dispositions qui résultaient du décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004. Outre l'adaptation de la terminologie pour la mettre en cohérence avec le nouveau code, il a simplifié la procédure de nomination des membres de la commission, précisé le contenu des dossiers, aménagé la procédure d'accompagnement. Il comporte toutefois deux dispositions plus substantielles : il précise que la compétence de la commission s'étend aux entités adjudicatrices et impose la transmission du rapport de présentation prévu à l'article 79 du CMP.

### A. Composition de la commission

Elle est fixée par l'article 2 du décret précité.

#### 1) Les membres de la commission

- *Le président et les vice-présidents*

La commission est actuellement présidée par un président de chambre honoraire à la Cour des comptes assisté de deux vice-présidents, magistrats du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes. Ils ont été désignés par le ministre chargé de l'économie et des finances en raison de leurs compétences particulières en matière de marchés publics. Leur mandat est de trois ans renouvelable une fois.

Les attributions du président et des vice-présidents sont étendues. Ils sélectionnent les dossiers qui font l'objet d'un examen en séance, choisissent les experts participant à la commission en fonction du dossier examiné, animent les débats aboutissant à la formulation des avis qu'ils signent. Pour les dossiers non sélectionnés, le président et les vice-présidents procèdent à l'envoi direct d'observations et recommandations au pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'il estime que les observations et recommandations sont d'une particulière importance, le président peut en informer directement les ministres intéressés.

- *Les experts*

Pour l'examen de chaque dossier, sont présentes deux personnalités choisies par le président, en fonction de la nature du marché en cause, sur une liste d'agents publics 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 et de l'écologie. Leur désignation ne nécessite plus d'arrêtés du ministre des finances ; il suffit que le directeur des affaires juridiques dudit ministère en soit informé. Cette simplification permet de gérer plus facilement les départs ou les changements d'affectation des intéressés.

- *Le représentant du ministre acheteur*

Chaque ministre désigne un agent (avec un ou plusieurs suppléants) pour le représenter lors de l'examen des dossiers présentés par son département ministériel. Il s'agit généralement d'un spécialiste des achats publics, choisi parmi les membres des corps de contrôle ou parmi les responsables de services transversaux (service achats, direction financière) et qui est en mesure d'apporter un éclairage sur les orientations de la politique d'achat de son ministère. Le représentant du ministre joue un rôle essentiel lors des séances de la commission, à la fois pour défendre la position du service acheteur et pour contribuer à l'amélioration des procédures et des pratiques du ministère lorsque celles-ci sont en cause.

- *Le rapporteur général*

Le rapporteur général de la CMPE participe à l'ensemble des séances de la commission. A ce titre il veille à l'harmonisation des avis et des observations ainsi que des interprétations de la réglementation faites par les différents secteurs de la commission.

- *Le représentant de la direction des affaires juridiques*

Il est chargé de veiller au respect des principes fondamentaux qui régissent la commande publique. Il précise à la commission les éléments d'interprétation du code et la tient informée de la jurisprudence administrative.

- *Le représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*

Il informe la commission sur l'existence de freins à la concurrence sur le marché concerné. Il communique des informations sur les décisions prises par les autorités de concurrence dans le secteur économique considéré. Les renseignements recueillis lors des séances de la commission lui permettent également de prendre connaissance de risques de pratiques anticoncurrentielles pouvant conduire au déclenchement d'une enquête.

La composition interministérielle de la commission et le statut de sa présidence (mandat renouvelable une fois) lui permettent d'intervenir en toute indépendance. Les échanges fructueux et les éclairages diversifiés apportés sur les différents dossiers présentés participent ainsi à la qualité des achats publics.

## **2) Le secrétariat de la commission**

- *Le secrétariat technique*

La CMPE est organisée en quatre secteurs d'activité : armement et électronique, approvisionnements généraux, bâtiment et génie civil, informatique et télécommunications. Chacune de ces unités est dirigée par un secrétaire technique, spécialiste du secteur considéré, assisté d'un adjoint, tous deux de catégorie A.

Ils sont chargés d'assurer la préparation, l'organisation et le secrétariat des séances. Ils examinent de manière approfondie les dossiers et les proposent éventuellement au président pour un examen en séance. Si nécessaire, ils participent ensuite à l'accompagnement des dossiers tout au long de la procédure, jusqu'à la signature du marché. L'assistance aux services acheteurs prend également la forme de conseils téléphoniques ou de réunions organisées préalablement à la préparation des marchés.

- ***Les rapporteurs***

Conformément à l'article 6 du décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007, le secrétariat de la commission bénéficie de la collaboration de rapporteurs extérieurs chargés d'étudier les dossiers et de les présenter en séance. Ils assurent dans certains cas, sous la responsabilité du secrétaire technique, leur accompagnement jusqu'à la signature du contrat. Ils peuvent demander au service contractant toutes précisions ou pièces complémentaires nécessaires à l'instruction du dossier. Ils sont choisis parmi les membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, des corps d'inspection ou des agents de catégorie A en activité ou en retraite en raison de leurs compétences particulières en matière de marchés publics.

Les travaux du secrétariat technique et des rapporteurs sont coordonnés par le rapporteur général, également responsable de la gestion administrative du personnel affecté à la CMPE, assisté d'un agent de catégorie A et d'un secrétariat.

Un administrateur civil, chargé de mission auprès du président, est en charge des questions juridiques ainsi que du suivi et de l'exploitation des renseignements contenus dans les rapports de présentation.

Au total, une quinzaine d'agents à temps plein et une trentaine de rapporteurs intervenant de façon ponctuelle assurent le bon fonctionnement de la commission.

## **B. Champ de compétence**

### **1) Saisine obligatoire**

Selon les termes de l'article 3-I du décret précité, la commission doit être saisie obligatoirement de tout projet de marché ou accord-cadre passé par l'Etat et ses établissements publics administratifs dont le montant estimé est supérieur à 6 M€ HT. Toutefois, lorsqu'un accord-cadre a été adressé à la CMPE, les marchés dérivés de cet accord-cadre n'ont pas à lui être transmis. L'obligation concerne les marchés régis par le code des marchés publics et par le décret spécifique aux marchés passés pour les besoins de la défense (décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004).

Doivent en outre être soumis à la commission des marchés publics de l'Etat :

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

- les marchés d'études ou de maîtrise d'œuvre qui se rattachent aux marchés ou accords-cadres susceptibles, du fait de leur montant, d'être soumis à l'obligation de transmission ; il s'agit essentiellement des marchés de définition, de maîtrise d'œuvre, d'études ou d'assistance à maîtrise d'ouvrage qui contribuent à la préparation des marchés principaux auxquels ils se rapportent. Cette saisine obligatoire s'étend par conséquent à celles des « études amont » (au sens du ministère de la défense) qui sont directement préparatoires à l'élaboration d'un marché. Il convient de préciser que le fait d'avoir envoyé en amont à la CMPE un marché d'étude ou de définition ne saurait dispenser les services acheteurs de transmettre à la CMPE les marchés passés dans le cadre du même programme, même si la CMPE a jugé bon d'émettre, dès le marché amont, des recommandations valables pour les marchés suivants.
- les marchés complémentaires et les marchés qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles du marché initial ou de l'accord-cadre, mentionnés aux 4°, 5° et 6° du II de l'article 35 et aux 5°, 6° et 7° du II de l'article 144 du code des marchés publics et qui rendent les marchés ou accords-cadres auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la commission.

Le seuil de saisine obligatoire de la commission est calculé conformément aux dispositions de l'article 27 du code des marchés publics.

Pour apprécier si le seuil est atteint, il convient notamment de tenir compte :

- pour les marchés à tranches conditionnelles, du montant global constitué par la tranche ferme et les tranches conditionnelles ;
- pour les accords-cadres ou marchés à bons de commande comportant un engagement minimum et maximum, du montant maximal du contrat, reconductions incluses ;
- pour les accords-cadres ou marchés à bons de commande ne comportant pas de minimum et de maximum, du montant global estimé pour la durée totale de validité du contrat ;
- pour les accords-cadres ou marchés pouvant être reconduits (ex : maintenance, location, concession de licence), du montant global estimé pour la durée maximale du contrat, reconductions incluses ;
- pour les groupements de commandes visés à l'article 8 du code, du montant global estimé des marchés signés par des acheteurs soumis à l'obligation de transmission à la CMPE ;
- pour les marchés de l'article 35.II.6 et 114.II.7 qui prévoient la passation de marchés similaires, du montant global estimé pour la durée maximale pouvant être couverte par le marché initial, reconductions incluses, et par les marchés similaires.

Il peut arriver qu'en raison d'une mauvaise appréciation des seuils ou pour tout autre motif, un dossier n'ait pas été transmis à la CMPE. Cette irrégularité ne peut être corrigée et pourrait conduire le juge administratif à annuler la procédure pour violation d'une règle formelle du code. En cas d'incertitude sur le montant du marché, si celui-ci est susceptible d'atteindre 6 M€, il est prudent de transmettre le dossier à la commission. Par ailleurs, il est rappelé qu'il est toujours possible de saisir la commission, en cours d'élaboration du marché, d'une demande d'avis concernant une difficulté particulière (article 3.II du décret du 16 janvier 2007) mais qu'une telle démarche ne saurait effacer l'irrégularité initiale consistant à ne pas avoir saisi la commission, en début de procédure, au titre de l'article 3-I.

## 2) Saisine facultative

La commission peut être saisie à tout moment de la procédure de passation, (article 3.II précité) et quel que soit le montant du marché, dès lors qu'un pouvoir adjudicateur rencontre une difficulté particulière lors de la préparation d'un marché ou d'un avenant, ou avant leur notification, en cas de doute, notamment sur la régularité de la procédure ou la convenance du prix.

Cette procédure, bien qu'en progression, est relativement peu utilisée. Les services se privent ainsi de conseils qui leur permettraient de sécuriser la passation et l'exécution de leurs marchés.

La question est souvent posée de savoir si relèvent de la compétence de la commission les projets de marchés ou d'accords-cadres qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité. Certes, ces marchés ne sont pas soumis aux dispositions du CMP mais on peut considérer que, s'agissant de marchés publics au sens de l'article 1<sup>er</sup> du CMP, la commission a vocation à fournir une assistance pour ces contrats. En outre, la transmission à la CMPE des projets et accords-cadres relevant de l'article 3-7 est de nature à prévenir les dérives de certains services qui, pour échapper aux contraintes du code des marchés, feraient un usage abusif du recours aux dispositions relatives au secret, générant ainsi des contentieux préjudiciables aux intérêts de l'Etat. Il est donc souhaitable de communiquer ces dossiers à la commission.

S'agissant des établissements publics administratifs de l'Etat ayant dans leurs statuts une mission de recherche (ex : CNRS, universités), les achats « *destinés à la conduite de leurs activités de recherche* » relèvent de l'ordonnance du 6 juin 2005 et sont, de ce fait, dispensés de l'obligation de transmission. Cependant, les marchés classiques de ces organismes (ex : achat de mobiliers) relèvent du code des marchés et doivent être transmis à la CMPE. Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce que ces établissements se placent volontairement dans le champ d'application du CMP comme le permet l'article 3.II de l'ordonnance précitée. C'est ainsi que la CMPE a considéré que la référence explicite et constante aux articles du code, tant dans les documents de la consultation que dans les pièces contractuelles d'un marché, témoignait du choix de l'établissement de se soumettre à l'ensemble des dispositions du code et en particulier à son article 129 relatif à la CMPE.

## C. Les procédures de travail

Les dossiers transmis à la commission sont répartis entre les différents secteurs en fonction de l'objet du marché et, le cas échéant, en fonction de la charge de travail de chacun d'entre eux.

Ils ne peuvent faire l'objet d'avis ou d'observations de la commission que s'ils comportent l'ensemble des pièces figurant à l'article 3.I du décret du 16 janvier 2007 et rappelées dans l'instruction DAJ/CMPE/2007 (note de présentation, projets d'acte d'engagement, CCAP, CCTP, le cas échéant projets d'avis de publicité) et ce, quel que soit le type de procédure (appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, marché négocié). Le secrétariat technique de la CMPE est à la disposition des services pour les assister, si besoin, dans la mise au point de ces différents documents. Cependant, lorsqu'un dossier doit être complété, le délai d'examen par la CMPE ne court qu'à partir de la date de remise des pièces manquantes.

On ne saurait trop insister sur la nécessité de rédiger avec le plus grand soin les notes de présentation et de renseigner toutes les rubriques du modèle figurant en annexe B de l'instruction précitée.

- *Lettres d'observations*

Selon l'article 4 du décret du 16 janvier 2007, les dossiers envoyés à la commission font l'objet d'un premier examen par le secrétariat de la commission. A l'issue de cet examen, le président ou l'un des vice-président peut décider ou bien de sélectionner le dossier pour un examen en séance, ou bien de procéder à un envoi direct d'observations ou recommandations, ou enfin d'adresser au service un simple accusé de réception signalant que son projet n'appelle, de la part de la CMPE, aucune remarque.

Les lettres d'observations portent plus particulièrement sur les documents de la consultation (avis d'appel à la concurrence, règlement de la consultation et sur les documents contractuels (acte d'engagement, CCAP, CCTP). Les erreurs et insuffisances ainsi relevées, permettent aux acheteurs publics de disposer de conseils précis, de façon à lancer les consultations dans les meilleures conditions possibles.

- *Avis de la commission*

La sélection pour un examen en séance concerne les dossiers les plus complexes ou soulevant des problèmes de principe. Les avis ainsi rendus collégialement portent non seulement sur les clauses visant à améliorer les contrats mais également sur les 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 retenus, les conditions de mise en concurrence.

- *Procédure d'accompagnement*

La commission peut, en accord avec le pouvoir adjudicateur, mettre en place une mesure d'accompagnement dans les conditions prévues à l'article 4.II du décret du 16 janvier 2007. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur adresse à la commission, selon les modalités prévues lors de la mise en place de la procédure d'accompagnement, copie des pièces du marché éventuellement modifiées ainsi que des procès-verbaux retraçant les éléments du choix des candidatures et des offres. Le service peut alors bénéficier de conseils tout au long de la procédure d'attribution, c'est-à-dire pendant plusieurs mois. La commission émet des observations, recommandations ou réserves au vu des documents qui lui sont transmis. Vingt-six dossiers, pour la plupart transmis par le ministère de la Défense, ont fait l'objet d'une décision d'accompagnement. La plupart des services acceptent cette aide permettant d'améliorer les conditions de passation des marchés et de limiter les risques de contentieux.

**Les délais d'intervention de la commission, toujours respectés, sont brefs : 7 jours pour décider ou non de la sélection, 30 jours maximum pour émettre un avis ou formuler une lettre d'observations, 7 jours également pour examiner un document transmis au titre de la procédure d'accompagnement. Le plus souvent, les lettres d'observations sont même communiquées aux services dans un délai inférieur (de 7 à 10 jours). L'intervention de la CMPE n'allonge donc guère les procédures de passation des marchés, qui s'étendent généralement sur plusieurs mois.**

- *Lettres aux ministres*

Lorsqu'il le juge souhaitable, le président use de la faculté qui lui est offerte par l'article IV.5 du décret du 16 janvier 2007 pour informer les ministres des principales observations et recommandations formulées sur les dossiers émanant de leurs départements ministériels. Cette possibilité a été utilisée quatre fois en 2007.

Le président a ainsi relevé dans un courrier au ministre concerné que la mutualisation est à encourager si, outre les économies d'échelle espérées, elle permet de clarifier les besoins des services. Si tel n'est pas le cas, cette démarche, qui peut aller jusqu'à contredire certaines dispositions du CMP, est contraire à l'efficacité de l'achat public.

De même, l'attention du ministre concerné a été appelée sur un marché visant à globaliser et externaliser l'achat, la gestion et la distribution de fournitures. La commission avait estimé que, l'intérêt financier de ce mode de gestion n'étant pas démontré, l'architecture contractuelle envisagée comportait un risque d'entrave à la concurrence et de limitation abusive des conditions d'accès à la commande publique. En outre, la procédure choisie (dialogue compétitif) était inappropriée en raison de l'insuffisante définition du besoin.

Concernant la gestion des deniers publics, le président de la commission a également informé le ministre du budget des difficultés que pouvaient engendrer la passation de marchés à tranches conditionnelles lorsque celles-ci, loin de refléter des exigences fonctionnelles, ne répondent en fait qu'à des raisons de contrainte budgétaire. Il a observé qu'un fractionnement excessif place les services en position de faiblesse pour négocier, les industriels ne manquant pas de faire valoir la difficulté à rationaliser leur activité. Il a donc appelé l'attention du ministre sur la possibilité de résoudre ce problème en mettant en place en temps utile les autorisations d'engagement nécessaires.

Dans deux des cas précités, l'intervention du président de la CMPE a été suivie d'effet.

- *Enseignements tirés des rapports de présentation (art. 79 du CMP)*

En 2007, la commission a été destinataire de 133 rapports de présentation concernant des marchés notifiés en 2006 et 2007. Le contenu de ces rapports et leur qualité sont variables. Ils sont plus ou moins explicites sur le déroulement des procédures, les conditions de concurrence, la convenance des prix ou les entreprises attributaires des marchés (entreprises titulaires des marchés précédents, PME...).

Néanmoins quelques remarques générales peuvent être formulées.

En ce qui concerne la concurrence, la procédure de l'appel d'offres ouvert, la plus largement utilisée, suscite de nombreuses candidatures mais débouche souvent sur un nombre d'offres restreint. Ainsi, il est observé que le nombre de dossiers retirés peut être très important (70 dossiers pour un marché de fourniture de serveurs informatiques) sans qu'un grand nombre d'offres soit présenté (7 entreprises seulement ont fait des offres dans le marché précité). Lorsque le nombre de dossiers retirés est moins important (de l'ordre d'une dizaine), il n'est pas rare que 2 ou 3 entreprises seulement présentent des offres. Dans ces cas, même si l'on peut considérer que la concurrence a joué, le pouvoir adjudicateur tire peu d'avantages de l'ouverture à la concurrence.

Concernant les critères de jugement des offres, seuls quelques marchés sont jugés sur le seul critère prix. Généralement le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse se fait sur la base de plusieurs critères (prix, valeur technique, délai, critères environnementaux), eux-mêmes décomposés en sous-critères. Il s'avère toutefois que, le plus souvent, l'offre retenue est la moins-disante (constatation effectuée dans 71 % des rapports de présentation).

S'agissant des conditions financières des marchés, certains rapports font état de prix inférieurs à ceux annoncés dans les projets de marchés transmis à la CMPE ; quelques uns, au contraire sont supérieurs, sans qu'il soit possible d'en connaître de façon certaine les motifs : connaissance insuffisante du plan de charge des entreprises ou conditions particulières d'exécution du marché.

Les modalités de variation des prix figurant dans les marchés tiennent compte des observations de la CMPE, notamment en ce qui concerne l'importance de la partie fixe figurant dans les formules de révision.

Les observations et recommandations de la CMPE sont généralement suivies ou, si tel n'est pas le cas, les services acheteurs en donnent les raisons. Il peut arriver également que des remarques qui n'ont pas été intégrées dans le projet examiné par la CMPE soient prises en compte pour les marchés suivants.

#### **D. Les actions de communication et de formation**

La mission d'assistance de la CMPE ne se traduit pas seulement par des avis ou des lettres d'observations. D'autres moyens sont mis en œuvre.

- ***Le site internet***

La commission dispose, sous l'égide de la Direction des affaires juridiques, d'un site internet ([www.minefe.gouv.fr/themes/marches\\_publics/directions\\_services-daj-cmpe.php](http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/directions_services-daj-cmpe.php)), sur lequel sont publiés les textes et formulaires relatifs au fonctionnement de la commission ainsi que les rapports d'activité et des conseils de portée générale mis à jour régulièrement.

- ***Réunions avec les services acheteurs***

Les responsables de chacun des secteurs sont souvent sollicités par les services pour organiser des réunions préalablement à la transmission de dossiers complexes. Une soixantaine de réunions ont ainsi été tenues notamment dans les secteurs informatique, approvisionnements généraux et bâtiment génie civil. Ces échanges fructueux, à la fois pour les services acheteurs et les secrétaires techniques, permettent de mieux appréhender les problèmes rencontrés et de dégager les solutions les plus adéquates.

- ***Formation des acheteurs publics***

La commission est sensible à la compétence et à la qualité des services acheteurs. Il est nécessaire que leurs agents disposent de solides compétences à la fois en matière économique et en matière juridiques.

La commission est soucieuse de participer à la formation des acheteurs publics et à la professionnalisation de la filière achat. Elle s'efforce de faire bénéficier les acheteurs publics des compétences et l'expérience concrète des marchés acquise par ses membres et par les secrétaires techniques. Elle a ainsi reçu pendant un mois une stagiaire en 2007. D'autres stages sont prévus en 2008, dont un en janvier. Il s'agit d'acheteurs désignés par leurs services. La participation aux travaux de la commission leur permet d'étendre leurs connaissances à d'autres types de marchés que ceux sur lesquels ils travaillent habituellement.

Par ailleurs il a été envisagé de participer à la formation des acheteurs publics dans le cadre de l'Institut de la Gestion Publique et du Développement Economique (IGPDE) en proposant de présenter des cas pratiques élaborés à partir de dossiers examinés et rendus anonymes. Mais cette initiative n'a pu aboutir dans le cadre d'un programme de formation déjà prévu. Le sujet pourrait être réexaminé en 2008.

L'amélioration des pratiques de l'achat public passe non seulement par la formation des agents chargés de conclure et de gérer les marchés, mais également par l'implication des responsables de programme, des chefs des grandes administrations de l'Etat non seulement dans les décisions d'acquisition mais aussi dans les modalités de leur réalisation.

- ***Visites de délégations étrangères***

Ont été reçues par le président de la CMPE, une délégation congolaise, une délégation monténégrine, une délégation du service fédéral anti-monopole de Russie et une délégation chinoise parmi laquelle figurait le directeur général du Trésor au ministère des finances, un professeur d'université ainsi que des représentants des principaux ministères, du commissariat au plan et du Conseil d'Etat de la République Populaire de Chine. Par ailleurs, M. De Beauregard, vice-président, s'est entretenu avec un chercheur anglais de la London School of Economics, M. Radenac, rapporteur général, a reçu un haut fonctionnaire indonésien et M. Blondel, secrétaire technique du secteur bâtiment et génie civil, a accueilli une délégation japonaise. Il s'agissait dans tous les cas d'exposer à ces visiteurs la mission et le fonctionnement de la CMPE.

## II. DONNEES STATISTIQUES

### A. Nombre et montant des dossiers reçus

En 2007, la commission a reçu 667 dossiers pour un montant de 21,2 milliards d'euros hors taxes, ce qui représente le sixième de la commande publique au sens des directives européennes (évaluée à 120 milliards d'euros sur le site du ministère de l'économie, des finances et de l'emploi). L'année précédente, elle avait reçu 644 dossiers pour un montant de 18 milliards d'euros HT. Ces dossiers comportent 2120 lots, ce qui représente potentiellement 2120 marchés, leur nombre exact n'étant connu qu'après exploitation de l'ensemble des rapports de présentation. En 2007, 41 dossiers d'un montant supérieur à 100 M€ HT représentent à eux seuls un total de 12 Md€, soit 57 % du montant total des projets de marchés transmis. Le nombre et le montant des dossiers reçus varient selon les secteurs d'activité.

SECTEURS	Nombre de dossiers	Pourcentage	Montant (en M€ HT)	Pourcentage
Armement – électronique	155	23	9 225	43
Approvisionnements généraux	124	19	6 466	30
Bâtiment – génie civil	252	38	1 838	9
Informatique - télécommunications	136	20	3 721	18
<b>TOTAL</b>	<b>667</b>	<b>100 %</b>	<b>21 250 M€</b>	<b>100 %</b>

Le montant des projets, résultant d'estimations initiales, ne traduit qu'approximativement celui des achats qui seront effectués. En outre, 203 dossiers concernent des marchés à bons de commande pour lesquels le montant maximum est pris en compte. Les marchés à tranches conditionnelles, pour lesquels la totalité du montant des tranches est prise en compte, sont au nombre de 233. <sup>[1]</sup>

Le constat globalement effectué est celui d'une légère croissance du nombre de dossiers transmis à la CMPE (667 contre 644 en 2006) et d'une hausse sensible du montant global (passant de 18 à 21 milliards d'euros). Ceci est dû à la mutualisation des commandes publiques, qui se traduit principalement par les phénomènes suivants :

- regroupement des achats effectués par un ou deux ministères pilotes (ex : la justice pour les logiciels ou encore la défense et l'intérieur pour les carburants) ;
- centralisation au sein d'un pôle unique pour les achats des différentes directions d'un ministère (rôle joué par l'Agence centrale des achats pour le ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique ainsi que pour le ministère de l'économie, des finances et de l'emploi) ;
- incitation à passer des commandes auprès de l'UGAP (Union des groupements d'achats publics), par exemple ceux de papier respectant les critères environnementaux.

<sup>[1]</sup> Il est précisé à cet égard que, pour éviter les doubles comptes, les dossiers qui sont à la fois à bons de commande et à tranches conditionnelles ne sont enregistrés que sous l'une de ces rubriques (les services étant invités à indiquer la caractéristique la plus importante à leurs yeux).

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

- l'activité du secteur informatique-télécommunications est en hausse sensible (il avait reçu 95 dossiers l'année précédente pour 2,5 Md€) ;
- le secteur approvisionnements généraux a vu une baisse du nombre de dossiers, compensée par une augmentation significative du montant concerné (147 dossiers pour 5,6 Md€ en 2006) ;
- le secteur armement, pour sa part, a vu une augmentation du nombre et du montant des marchés, notamment avec la décision de réalisation du futur porte-avions ;
- en revanche, le secteur bâtiment et génie civil est en diminution par rapport à l'année 2006, cette situation pouvant s'expliquer notamment du fait du transfert aux conseils généraux de près des deux-tiers du réseau routier national hors autoroute.

DOSSIERS REÇUS EN 2006 ET 2007	Nombre		Montant	
	2006	2007	2006	2007
Armement - électronique	120	155	7 993	9 225
Approvisionnements	147	124	5 574	6 466
Bâtiment - génie civil	282	252	1 974	1 838
Informatique - télécommunications	95	136	2 488	3 721
<b>TOTAL</b>	<b>644</b>	<b>667</b>	<b>18 030 M€</b>	<b>21 250 M€</b>

## B. Répartition par type de prestations

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

NATURE DES MARCHÉS	Nombre de dossiers	Pourcentage	Montant (en M€ HT)	Pourcentage
Travaux	177	26,5	1 725	8
Services	195	29,2	7 047	33
Fournitures	191	28,6	11 804	56
Prestations intellectuelles	103	15,5	667	3
Définition puis réalisation	1	0,2	6	0,03
<b>TOTAL</b>	<b>667</b>	<b>100 %</b>	<b>21 250 M€</b>	<b>100 %</b>

En nombre de dossiers, la répartition est comparable à celle qui était constatée en 2006. En revanche, si le montant des marchés de travaux et de services est pratiquement le même que l'année précédente, le montant des marchés de fournitures passe de 8 à près de 12 Md€ du fait de la mutualisation évoquée ci-dessus.

### C. Répartition selon les modalités de saisine

En 2007, la commission a été saisie de 616 dossiers en saisine obligatoire, en application de l'article 3.I du décret du 16 janvier 2007 (ce qui représente 92 % des dossiers transmis) et de 51 dossiers en saisine facultative (8 % des dossiers). Cette répartition est variable selon les différents secteurs.

SECTEURS	SAISINE OBLIGATOIRE (nombre de dossiers)	SAISINE FACULTATIVE (nombre de dossiers)
Armement - électronique	139	16
Approvisionnement	118	6
Bâtiment – génie civil	234	18
Informatique - télécommunications	125	11
<b>TOTAL (667 dossiers)</b>	<b>616</b>	<b>51</b>

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

SECTEURS	MARCHÉS DE PLUS DE 6 M€ (nombre de dossiers)	MARCHÉS DE MOINS DE 6 M€ (nombre de dossiers)
Armement - électronique	131	24
Approvisionnement	115	9
Bâtiment – génie civil	101	151
Informatique - télécommunications	114	22
<b>TOTAL (667 dossiers)</b>	<b>461</b>	<b>206</b>

Par ailleurs, l'année 2007 a vu la transmission à la commission, par le biais de la saisine facultative, de projets ne relevant pas du code des marchés, notamment les exceptions visées à l'article 3-7° du CMP (« *marchés exigeant le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige* »). Il s'agissait, soit de services souhaitant bénéficier de l'avis de la CMPE pour améliorer la qualité de leur marché, soit d'acheteurs désireux de renforcer la sécurité juridique de leur achat en s'assurant de la pertinence du recours à l'article 3-7°. En sens inverse, la commission a été amenée, par deux fois, à conseiller à des services qui ne l'avaient pas envisagé de se placer en dehors du code, sans négliger pour autant les principes de la commande publique qui s'imposent à tous les acheteurs publics depuis la décision du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel.

#### D. Répartition selon les modalités de traitement

Sur l'ensemble de l'année, 50 dossiers (soit 7,5 % du total) ont été sélectionnés pour un examen en séance. Ce taux de sélection était de 9,5 % en 2006. Avec l'accord du service acheteur, 26 dossiers ont bénéficié de la mesure d'accompagnement prévue à l'article 4.II du décret du 16 janvier 2007. Sur les 617 dossiers traités hors séance, 325 ont donné lieu à des observations et recommandations. Les autres ont fait l'objet d'une lettre indiquant qu'ils n'appelaient pas de remarques particulières.

SECTEURS	Dossiers sélectionnés	Décisions d'accompagnement	Lettres d'observations
Armement-électronique	14	9	86
Approvisionnements	16	4	100
Bâtiment – génie civil	7	2	39
Informatique-télécommunications	13	11	100
<b>TOTAL PARTIEL : 403 sur 667</b>	<b>50</b>	<b>26<sup>[2]</sup></b>	<b>325</b>

La proportion apparemment importante de dossiers n'appelant pas d'observations s'explique par les contacts préalables au dépôt du dossier, le plus souvent à l'initiative du service acheteur, et qui témoignent du bon climat qui s'est instauré entre ceux-ci et la CMPE. D'une manière générale, la prise en compte par les pouvoirs adjudicateurs des observations et recommandations formulées par la commission mérite d'être soulignée. Les plus importantes de ces recommandations figurent sur son site Internet. Par ailleurs, l'existence de réseaux coordonnés d'acheteurs utilisant des progiciels régulièrement mis à jour (comme les directions régionales et départementales de l'équipement) facilite la diffusion des bonnes pratiques.

<sup>[2]</sup> En 2007, 26 décisions d'accompagnements ont été prises mais la CMPE a reçu 28 dossiers envoyés dans le cadre d'un accompagnement (souvent décidé en 2006). Pour mesurer la charge de travail de la commission en évitant les doubles comptes, les dossiers revenant pour accompagnement sont évalués à un euro.

## E. Répartition par type de procédure

En 2007, la CMPE a reçu quelques dossiers présentés par des entités adjudicatrices régies par la seconde partie du code des marchés. Ces dossiers étaient au nombre de 13 pour un montant de 261 M€. Il s'agit essentiellement des chambres de commerce et d'industrie pour les achats concernant des ports ou des aéroports. En effet, lorsque les CCI passent des commandes concernant la formation professionnelle, elles n'agissent pas en tant qu'opérateurs de réseaux mais comme établissements publics administratifs et sont, de ce fait, soumises à la première partie du code des marchés.

La procédure la plus largement utilisée est l'appel d'offres, qui représente 63 % du nombre des dossiers (comme en 2006), pour un montant sensiblement supérieur puisqu'il s'élève à 11 571 M€.

SECTEURS	APPEL D'OFFRES (nombre de dossiers)	DIALOGUE COMPÉTITIF (nombre de dossiers)	MARCHÉS NÉGOCIÉS * (nombre de dossiers)
Armement - électronique	30	1	122
Approvisionnements	102	4	12
Bâtiment – génie civil	207	0	13
Informatique - télécommunications	80	10	41
<b>TOTAL PARTIEL (622 sur 667)</b>	<b>419</b>	<b>15</b>	<b>188</b>

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

Les marchés négociés, dont la part augmente un peu par rapport à l'année précédente, font 28 % du nombre des dossiers (45 % d'entre eux relevant du décret défense). En montant, ce pourcentage s'élève à 40 % (soit 8,6 M€). La procédure de dialogue compétitif a été davantage utilisée puisque la commission a reçu 15 dossiers contre 7 en 2006.

SECTEURS	APPEL D'OFFRES (montant en M€)	DIALOGUE COMPÉTITIF (montant en M€)	MARCHÉS NÉGOCIÉS * (montant en M€)
Armement - électronique	1 429	45	7 504
Approvisionnements	5 729	176	252
Bâtiment - génie-civil	1 699	0	53
Informatique - télécommunications	2 719	139	778
<b>TOTAL PARTIEL (20 519 M€)</b>	<b>11 576 M€</b>	<b>360 M€</b>	<b>8 587 M€</b>

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

## F. Répartition par ministère

La CMPE a été saisie par la plupart des ministères au cours de l'année 2007. Toutefois le nombre et le montant des dossiers varient considérablement selon les départements. Le ministère de la défense a transmis 40 % des dossiers reçus, représentant plus de la moitié du montant total de 21 M€. Il est suivi par les institutions indépendantes, dont l'UGAP est le principal acteur avec 44 projets pour un montant prévisionnel de 4 Md€. Ce renforcement de la position de la centrale d'achat est à mettre en relation avec l'effort porté sur la mutualisation des commandes. Au total, ces institutions et les trois principaux ministères acheteurs ont représenté 76 % du nombre et 88 % du montant des dossiers transmis (503 projets pour 18,6 Md€).

DÉPARTEMENT	Nombre de dossiers	Pourcentage	Montant (en M€ HT)	Pourcentage
Défense	266	40	11 110	52
Institutions et autorités indépendantes	54	8	4 642	22
Ecologie, développement et aménagement durables	145	22	1 655	8
Intérieur, outre-mer et collectivités	38	6	1 257	6
Justice	29	4	644	3
Economie, finances, emploi	20	3	468	2
Santé, jeunesse et sports	21	3,1	393	1,8
Budget, comptes et fonction publique	9	1,3	274	1,3
Enseignement supérieur et recherche	45	6,7	211	1
Culture et communication	12	1,8	149	0,7
Travail, relations sociales, solidarité	6	0,9	136	0,6
Agriculture et pêche	5	0,7	136	0,6
Education nationale	9	1,3	117	0,55
Affaires étrangères et européennes	2	0,3	31	0,15
Premier ministre	6	0,9	22	0,1
<b>TOTAL PARTIEL</b>	<b>667</b>	<b>100 %</b>	<b>21 245 M€</b>	<b>100 %</b>

Il est rappelé que, pour leurs marchés ayant une finalité de recherche, les universités échappent au code des marchés et, par voie de conséquence, ne bénéficient pas des conseils de la CMPE.

## G. Répartition selon la forme des contrats

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

### *Marchés à bons de commande*

SECTEURS	Nombre de dossiers	Proportion	Montant (en M€ HT)	Proportion
Armement - électronique	26	4	672	3
Approvisionnements	86	13	5 190	24,4
Bâtiment – génie civil	15	2	77	0,4
Informatique - télécommunications	75	11	2 568	12
<b>TOTAL PARTIEL</b>	<b>202 sur 667</b>	<b>30 %</b>	<b>8 507 M€</b>	<b>40 % de 21 Md€</b>

### *Marchés à tranches conditionnelles*

De leur côté, les marchés à tranches conditionnelles représentent 35 % des dossiers transmis en nombre et 48 % en montant.

SECTEURS	Nombre de dossiers	Proportion	Montant (en M€ HT)	Proportion
Armement	98	15	8 291	39
Approvisionnements	9	1,3	521	2,5
Bâtiment – génie civil	96	14,4	906	4,3
Informatique - télécommunications	30	4,5	476	2,2
<b>TOTAL PARTIEL</b>	<b>233 sur 667</b>	<b>35 %</b>	<b>10 194 M€</b>	<b>48 % de 21 Md€</b>

Par ailleurs, l'année 2007 a vu l'apparition, à une échelle encore limitée, des accords-cadres (41 dossiers pour un montant de 851 M€).

## H. Répartition selon la durée des marchés

Les dossiers reçus en 2007 se répartissent de la manière suivante :

DURÉE DES MARCHÉS	Nombre de dossiers	Pourcentage	Montant (en M€ HT)	Pourcentage
8 ans et plus	29	4	2 794	13
5 à 7 ans	98	15	6 331	30
3 à 4 ans	308	46	8 138	38
2 ans et moins	232	35	3 987	19
<b>TOTAL</b>	<b>667</b>	<b>100 %</b>	<b>21 250 M€</b>	<b>100 %</b>

La proportion des marchés d'une durée supérieure à quatre ans augmente légèrement (43 % en volume des projets examinés par la CMPE contre 39 % en 2006). Il s'agit souvent d'achats de prestations de service dans le cadre d'opérations d'externalisation, dont l'effet est à la fois de « lisser » la charge budgétaire (cas des locations longue durée de flotte automobile) et de transférer à un opérateur privé une maîtrise d'œuvre dont l'administration souhaite se dessaisir.

La durée moyenne des marchés (3,4 années) est en légère hausse par rapport à 2006 (3,2 années), mais cette évolution est contrastée dans la mesure où l'on note plus de marchés de très longue durée que l'année précédente, mais pour des montants prévisionnels moins élevés (19 marchés de 8 ans et plus en 2006 pour un montant de 4,2 Md€).

### III. EFFICACITE ECONOMIQUE DE L'ACHAT PUBLIC

#### A. Mise en place d'une stratégie de l'achat

##### 1) Définition du besoin

La mise en place d'une stratégie de l'achat passe d'abord par la définition du besoin. On ne saurait trop insister sur l'importance de cette démarche. De cette phase préalable dépendent l'efficacité de la concurrence, l'efficacité de l'acte d'achat et finalement l'utilisation optimale des deniers publics. La définition du besoin commande notamment le choix de l'architecture contractuelle, celui de la procédure de passation du contrat, et sa bonne exécution.

La commission rappelle donc constamment aux services que le pouvoir adjudicateur, avant d'engager une consultation, doit se poser toutes les questions susceptibles de lui permettre de déterminer au mieux l'ampleur et la nature de son besoin, les différentes façons de le satisfaire, les avantages et les risques de chacune des solutions envisagées.

Quelles que soient les prestations en cause, il convient de recueillir le maximum de données sur les besoins des utilisateurs, de les analyser et de les préciser en recourant à des spécifications techniques qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service.

Concernant les marchés de travaux, la commission rappelle la nécessité de réaliser des programmes précis et exhaustifs et, s'agissant de réhabilitation d'immeubles existants, d'effectuer toutes les études de diagnostic indispensables pour réaliser les prestations demandées dans des conditions techniques et financières satisfaisantes, avant de lancer les consultations de mandat de maîtrise d'ouvrage ou de maîtrise d'œuvre.

De même, pour un marché visant à mettre en place un réseau de données, la commission a souligné qu'il était indispensable de faire figurer dans le dossier de consultation un inventaire précis de l'existant.

En définitive, le pouvoir adjudicateur doit s'inspirer, pour les marchés publics, des principes qui président à la mise en place des contrats de partenariat public-privé. Il est souhaitable qu'il procède, préalablement au lancement de la procédure, notamment s'il s'agit de marchés complexes et de longue durée, à une évaluation des différentes options de financement qui se présentent par l'analyse de chacune des variantes envisagées, en termes de coût global et de performances. Ayant ainsi à examiner un marché d'achat de prestations de transport par voie maritime, la commission s'est interrogée sur l'intérêt, pour le service acheteur, de prévoir à terme l'acquisition des navires.

C'est, bien entendu, dès le stade de la définition du besoin que les services acheteurs doivent tenir compte des directives gouvernementales concernant, par exemple, l'achat durable, la protection des handicapés et les PME, encore que pour celles-ci le respect des orientations gouvernementales passe aussi par le choix d'un périmètre adéquat du contrat.

Une mauvaise définition du besoin peut conduire à des achats inappropriés ou inutilement coûteux. L'acheteur doit veiller, qu'il s'agisse de produits standard ou « sur mesure », à ce qu'ils soient satisfaisants pour les utilisateurs et obtenus aux conditions financières les plus avantageuses. La nécessité s'impose, de définir avec le plus grand soin les exigences auxquelles doivent répondre les marchés. Des spécifications techniques mal définies ou inutilement contraignantes ne peuvent que nuire à la concurrence et engendrer des contentieux.

## 2) Connaissance du contexte concurrentiel

Une stratégie d'achat passe ensuite par l'adoption d'une politique des fournisseurs en amont des procédures afin de connaître les entreprises susceptibles de répondre aux besoins. Il est nécessaire d'adapter la demande aux données concrètes de l'offre dans chaque secteur professionnel, pour chaque type de biens et de service et même, pour étudier l'opportunité d'un allotissement géographique, dans chaque zone.

La recherche de la concurrence suppose une bonne connaissance du contexte de chaque achat et du milieu économique susceptible d'y répondre. Pour réaliser des achats économiquement avantageux il est indispensable de bien connaître le secteur d'activité concerné ainsi que les fournisseurs potentiels et de savoir ce qu'ils proposent. La commission regrette que, même au stade de la séance plénière, trop d'acheteurs se révèlent ignorants des données du marché et des conditions de concurrence et qu'ils n'aient que peu ou pas de connaissances sur les entreprises. Les acheteurs sont invités à donner, dans les notes de présentation, des renseignements sur l'état de la concurrence dans le secteur d'activité concernant les marchés qu'ils présentent. Ces renseignements sont souvent insuffisants. 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.

Cette connaissance peut être acquise par divers moyens : exploitation des résultats des consultations précédentes, échanges d'informations avec d'autres acheteurs, participation à des salons professionnels, lecture de la presse spécialisée ...

## 3) Allotissement ou marché unique

De l'état de la concurrence dépend pour partie le mode de dévolution des marchés retenus par les pouvoirs adjudicateurs. Il est donc conseillé aux services d'y réfléchir avant de lancer la consultation.

L'article 10 du CMP fixe comme principe que les marchés doivent être passés en lots séparés s'ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, sauf si l'allotissement présente de sérieux inconvénients techniques, économiques ou financiers. La détermination des lots doit être faite en fonction des caractéristiques techniques demandées et de la structure économique du secteur concerné. Le choix entre un marché unique ou passé en lots séparés doit se faire au cas par cas, étant observé que la dévolution sous forme de marché global n'interdit pas au pouvoir adjudicateur d'identifier les prestations par postes techniques de manière à les attribuer à un groupement d'entreprises, sans que ce mode de dévolution puisse être considéré comme discriminatoire à l'encontre des entreprises générales.

La commission rappelle que l'acheteur public a l'obligation, en application des articles 10 et 51 du code des marchés publics, de justifier le choix du mode de dévolution (marché unique, marché alloti ou marché en groupement) et, s'il choisit la forme du groupement, d'indiquer pour quelles raisons il choisit un groupement solidaire ou un groupement conjoint. Ces renseignements doivent obligatoirement figurer dans les notes de présentation remises en accompagnement des dossiers transmis à la commission.

C'est ainsi qu'un service qui n'avait pas jugé bon d'allotir un marché de produits pétroliers, au motif qu'un allotissement géographique ne permettrait pas d'obtenir des prix intéressants et qu'un fournisseur était en situation de monopole dans le département concerné, a été invité à réexaminer la possibilité d'un allotissement permettant d'intéresser des entreprises situées dans des départements limitrophes.

Le choix d'allotir peut être motivé par le souci :

- d'assurer la sécurité des approvisionnements. Il peut alors être opportun de recourir à la multi-attribution telle que prévue à l'article 77 du CMP pour les marchés à bons de commande.
- de permettre l'accès des PME aux marchés publics. Ainsi, le champ de la concurrence est étendu à des entreprises compétitives mais qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité d'un marché.

Le non allotissement ne peut être accepté que dans les cas prévus par le code, notamment si le service est en mesure de démontrer qu'il procure un gain financier significatif. Ainsi, lors de l'examen d'un marché d'entretien renouvelant un ensemble de trois contrats, la commission a regretté que le service n'ait pas produit une analyse permettant d'apprécier le bien-fondé de cette absence d'allotissement.

#### **4) Politique en faveur des PME**

Le code des marchés, dans sa version 2006, a pour ambition d'améliorer les conditions d'accès des PME aux marchés publics dans le respect des principes de transparence et d'égalité dans la concurrence.

Le principe de l'allotissement constitue en faveur des PME une mesure importante. Il n'est pas incompatible avec l'objectif de rationalisation recherché par les acheteurs publics lorsque les commandes sont regroupées et alloties par produits, ou donnent lieu à des groupements momentanés d'entreprises. La commission est extrêmement attentive aux conditions dans lesquelles l'allotissement est mis en œuvre.

Lorsque le pouvoir adjudicateur renonce, pour des raisons qui lui sont propres, à allotir les prestations, le choix de retenir comme titulaire un groupement conjoint constitue un moyen d'ouvrir la consultation aux PME, puisque les membres du groupement conjoint ne portent la responsabilité que des seules prestations qui leur sont confiées. Ce choix est préférable à celui du groupement solidaire, dans lequel chacun des membres du groupement est engagé financièrement sur la totalité du marché.

La politique gouvernementale en faveur des PME a également porté sur la définition et l'appréciation des capacités exigibles des candidats aux marchés, telles que définies à l'article 45 du CMP. La commission veille à ce que les garanties professionnelles, techniques et financières ainsi que les niveaux de capacités demandés soient proportionnés à l'objet du marché. Elle a rappelé à de nombreuses reprises que l'absence de références relatives à l'exécution d'un marché de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat. Il s'agit ainsi de faciliter l'accès aux marchés publics des entreprises nouvellement créées.

D'autres pratiques auxquelles la commission porte une particulière attention peuvent également favoriser l'accès des PME aux marchés publics :

- connaissance des marchés par les fournisseurs potentiels. A cet effet, la commission recommande de compléter, en fonction de l'objet du marché, la publicité obligatoire au BOAMP et au JOUE par des publications dans la presse spécialisée.
- qualité des documents de la consultation. Les entreprises doivent pouvoir appréhender sans difficulté l'objet, les modalités d'exécution, les conditions financières des marchés ainsi que les critères de jugement des offres. Des documents trop complexes ou l'exigence de documents inappropriés peuvent dissuader des petites ou moyennes entreprises sans grands moyens administratifs d'étudier et de remettre des offres pertinentes. Ainsi la demande d'un mémoire technique peut décourager certaines entreprises lorsque son contenu n'est pas décrit de manière précise ou lorsque sa rédaction nécessite des moyens dont ne disposent pas les petites structures.
- possibilités de remettre des variantes : elles peuvent permettre aux PME performantes de faire valoir leurs capacités d'innovation.
- délais de remise et de validité des offres. Si toutes les entreprises sont pénalisées par des délais de remise des offres trop courts ou des délais de validité des offres les engageant sur une période trop longue, ceci est encore plus vrai pour les PME, compte tenu des moyens en personnel dont elles disposent et des difficultés qu'elles peuvent rencontrer pour gérer leur programme d'activité.
- respect des dispositions relatives à la sous-traitance et notamment de l'article 5 de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 qui fait obligation d'indiquer, non seulement la nature et le montant de la part du marché que le titulaire envisage de sous-traiter mais également le nom du ou des titulaires, le montant prévisionnel des sommes à leur payer et les modalités de règlement de ces sommes. La commission rappelle régulièrement cette obligation qui, en assurant une plus grande transparence, protège les sous-traitants.
- modalités de financement et de paiement. La commission veille à ce que les dispositions du code facilitant l'accès des PME aux marchés publics (conditions de versement de l'avance, délai de versement des acomptes pouvant être ramené à un mois) soient respectées.

D'autres mesures en faveur des PME figuraient également dans le CMP, notamment les dispositions des articles 60, 65 et 67 autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures restreintes d'appel d'offres, des procédures négociées ou de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de PME admises à présenter une offre. Ces dispositions qui conduisaient à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures, critère qui n'était pas nécessairement lié à l'objet du marché, ont été annulées par le Conseil d'Etat (arrêt du 9 juillet 2007) car elles méconnaissaient le principe d'égal accès à la commande publique. Le Conseil d'Etat a en revanche admis la légalité des dispositions permettant aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux candidats la part du marché qu'ils entendaient sous-traiter à des PME, tout en précisant que les conditions de sous-traitance ne pouvaient être considérées comme un critère de sélection des offres.

La commission, qui n'a pas eu jusqu'à présent à connaître de dispositions faisant référence aux articles 60, 65 et 67 du CMP dans les dossiers qui lui ont été transmis et n'a pas invité les services à les utiliser, ne peut que se féliciter de cette mise au point jurisprudentielle. L'orientation de l'achat public en faveur de telle ou telle catégorie d'entreprises ou de personnes peut se faire de bien des façons, que les services doivent apprendre à mettre en œuvre, mais en aucune manière en affectant les mécanismes de mise en jeu de la concurrence, une fois fixés le cahier des charges et le périmètre de la demande publique.

## **B. Nouvelles orientations de l'achat public**

### **1) Mutualisation des achats**

La commission a eu à connaître de plusieurs dossiers de mutualisation conclus directement par les ministères ou passés par l'intermédiaire de l'UGAP pour le compte de plusieurs départements ministériels. Cette démarche résulte du souci des instances politiques de rationaliser les achats publics et se traduit par des groupements de commandes entre différentes directions d'un ministère, entre différents départements ministériels ou entre un ministère et les établissements publics dont il assure la tutelle.

Cette démarche procède d'un souci légitime d'économiser les moyens administratifs consacrés à la préparation et à la gestion des marchés, et de bénéficier de l'effet de masse susceptible de pousser les fournisseurs à baisser leurs prix. Il ne faut pourtant pas se dissimuler que cette « mutualisation » n'est pas une panacée. La globalisation des commandes peut conduire à réduire la concurrence. Et surtout, la mutualisation implique une discipline - consentie sinon imposée- de la part de tous les ministères ou services concernés. Elle suppose que soit maîtrisé l'échelonnement des besoins dans le temps, variable au départ selon les participants, que chacun d'entre eux fournisse une information complète et précise sur des projets, bref qu'une certaine autorité s'exerce sur les services invités à exprimer leurs besoins. Il faut enfin que le service coordonnateur soit responsable du suivi de l'exécution du marché.

En définitive, la mutualisation peut être intéressante lorsque la standardisation et la massification permettent d'espérer un niveau satisfaisant de concurrence et de maintenir la sécurité des approvisionnements. Pour ce faire, il est nécessaire de définir cas par cas le meilleur niveau de mutualisation et de connaître les expériences déjà conduites ainsi que les fournisseurs potentiels. Les appels d'offres nationaux, s'ils sont lancés sans ces précautions, risquent d'éliminer du marché un certain nombre de produits, puis de fabricants. L'innovation est ainsi menacée, de même que le tissu industriel au premier rang duquel se trouvent les PME.

La mutualisation des achats est facilitée par les modalités prévues aux articles 7 (coordination d'acheteurs) et 8 (groupement de commandes) du CMP. L'article 7 prévoit qu'au sein d'un pouvoir adjudicateur, les services qui disposent d'un budget propre peuvent coordonner la passation de leurs marchés ou accords-cadres selon les modalités qu'ils déterminent librement.

La commission a ainsi examiné un dossier afférent à l'acquisition de droit d'usage et de prestations associées concernant des produits informatiques pour un ensemble de ministères. Il s'agissait d'un accord-cadre conclu selon le mécanisme de l'article 7 par un coordonnateur, les marchés subséquents étant ensuite signés par les différents participants à l'accord-cadre. La commission, constatant que les parties prenantes à l'accord-cadre n'étaient pas définies avec suffisamment de précision, a recommandé au service d'interroger l'ensemble des ministères sur leur intention de participer à ce contrat et de disposer d'un engagement formel de chacun d'entre eux.

Le groupement de commandes peut prendre également la forme d'un marché à bons de commande dans le cadre duquel ce sont les services concernés qui émettent des bons de commande. Il faut alors que le CCAP mentionne le nom des personnes habilitées à émettre ces bons. Cette formule a été retenue pour la fourniture de serveurs destinés aux services centraux et déconcentrés d'un département ministériel.

Il est également possible d'organiser la mutualisation des achats de plusieurs pouvoirs adjudicateurs dans les conditions prévues à l'article 8 du CMP. Le groupement ainsi constitué donne lieu à une convention, signée de l'ensemble des membres, qui en définit les modalités de fonctionnement.

La commission a ainsi examiné un marché relatif à la mise en place d'un réseau national de transmission de données. Ce projet a donné lieu à un groupement de commandes constitué par deux ministères ainsi que leurs établissements publics. La convention constitutive du groupement prévoyait que le ministère coordonnateur organiserait les opérations de sélection des candidatures et des offres et que chaque membre du groupement signerait son marché et en suivrait l'exécution. Dans un tel cas, il importe que la convention constitutive du groupement donne au ministère coordonnateur un réel pouvoir de commandement pour l'élaboration de l'exécution du marché. La commission a donc recommandé au service de définir les règles de management du projet pendant sa phase d'exécution et de les faire figurer dans la convention même si cela n'est pas imposé par l'article 8 du CMP.

D'autres modalités d'exécution sont encore possibles. La commission a ainsi eu à connaître d'un marché de voyages à bons de commande, ayant donné lieu à un groupement de commandes entre un département ministériel pour les besoins de ses services centraux et locaux et plusieurs établissements administratifs dont il assure la tutelle. Le service coordonnateur était chargé d'assurer les formalités de publicité et la gestion de tous les actes relatifs à la procédure de mise en concurrence, de coordonner la gestion d'ensemble du marché après sa notification et d'en suivre l'exécution administrative et financière avec l'aide d'un comité de pilotage ; les commandes devaient être passées ensuite par chacun des services concernés. La commission n'a pas émis d'objection à ces dispositions.

L'UGAP s'est vu officiellement assigner le rôle d'opérateur de marchés mutualisés par la signature d'un contrat d'objectif avec l'Etat, portant sur la période 2007-2009 et destiné à promouvoir la coopération interministérielle en matière d'achat. A ce titre l'UGAP a notamment piloté, au profit de l'ensemble des administrations centrales, un marché de papier prenant en compte les exigences environnementales. Ce dossier a donné lieu à l'analyse du besoin des différents participants et à la mise au point de la procédure d'attribution et des modalités d'exécution en accord avec tous les intervenants (accord-cadre et marchés subséquents avec remise en compétition, commandes en ligne et paiement par carte d'achat).

## 2) Externalisation

Le souci manifesté par les instances gouvernementales de réduire les effectifs de la fonction publique et de recentrer l'activité des agents sur leur cœur de métier conduit de plus en plus fréquemment à externaliser certaines tâches réalisées par les agents de l'administration.

L'externalisation est largement utilisée pour le maintien en condition opérationnelle (MCO) de matériels militaires. Il s'agit généralement de marchés dans lesquels l'industriel s'engage à assurer la disponibilité du matériel dans des délais prévus au contrat en assurant l'ensemble du processus de maintenance (réparations, fourniture des pièces détachées, gestion des stocks). Cette démarche peut conduire ainsi à une forme de partenariat avec l'industriel concerné. C'est ainsi que pour le MCO de véhicules militaires, le titulaire du marché a pu bénéficier d'une convention d'occupation temporaire du domaine de l'Etat moyennant une redevance et dans les conditions fixées par une convention de fonctionnement.

Ce type de partenariat industriel avec transfert progressif d'activités réalisées antérieurement par des ouvriers de l'Etat est une initiative intéressante à analyser. Ainsi, pour le marché de maintenance d'un système d'armes négocié sans mise en concurrence, le service a souhaité évaluer les gains éventuels qui pourraient être obtenus, soit par une centralisation du soutien correctif au sein de l'armée, soit par une externalisation de ce soutien correctif en le faisant assurer par l'industriel. A cet effet, le service a demandé au titulaire pressenti une offre relative à ces deux variantes du concept de maintenance. Ces marchés montrent aussi la nécessité de garder au sein des forces armées des compétences techniques et un savoir faire industriel à haut niveau pour conserver un pouvoir de négociation avec le fabricant.

L'externalisation est également utilisée pour assurer la gestion des parcs immobiliers de l'Etat. La commission a ainsi examiné un projet comportant à la fois la gestion administrative de l'occupant (suivi des surfaces allouées, gestion des charges, administration des logements entre deux occupations, réalisation des états des lieux d'entrée et de sortie des locataires) et la maintenance technique (réalisation du diagnostic technique du patrimoine domanial, élaboration d'un plan de gros entretien-renouvellement, réalisation des opérations de travaux, suivi et optimisation des contrats de services existants). Ce projet s'inscrivait dans une démarche volontariste de réduction des coûts globaux de fonctionnement par une recherche d'économie d'échelle associée à une redéfinition des missions des personnels qui réalisent ces prestations. Le service estimait que le surcoût par rapport à une gestion en régie serait compensé au moins partiellement par une diminution de l'emploi des personnels dédiés à cette activité.

D'autres activités encore sont confiées à des entreprises privées. C'est ainsi que la commission a été saisie d'un projet visant à externaliser l'ensemble de la gestion d'effets d'habillement (fabrication, approvisionnement, gestion des stocks et des commandes et distribution aux bénéficiaires). Il devait prendre la suite de nombreux marchés existants et remplacer la fonction logistique assurée en régie. Il avait donné lieu préalablement à une étude d'opportunité qui n'a pas convaincu la CMPE car le service n'a pas apporté la preuve des gains financiers susceptibles d'être réalisés. La commission s'est interrogée sur l'opportunité économique du projet, notamment au regard de la concurrence et des bénéfices attendus.

Enfin, d'un projet d'externalisation portant sur des prestations qui nécessitaient des mesures particulières de sécurité, la commission a constaté les limites. En effet, quelle que soit la procédure retenue pour faire appliquer ces mesures par le titulaire du marché (décret « défense », si celui-ci est applicable, ou article 3-7 du CMP dans le cas contraire) il devient, dans ce cas, très difficile de faire jouer la concurrence. D'autre part, la négociation sur de telles prestations comporte le risque de commettre le délit de prêt illégal de main-d'œuvre. En définitive, le maintien au sein de l'Etat des équipes susceptibles de réaliser les prestations en cause constitue parfois la meilleure solution.

### 3) Achats durables

L'obligation de prendre en compte les objectifs de développement durable, résultant de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la charte de l'environnement, est imposée par l'article 5 du CMP. Cet article prévoit que la prise en compte des objectifs de développement durable doit être faite lors de la définition du besoin. C'est d'abord à ce stade et lors de la définition du périmètre du marché que l'acheteur public doit intégrer ces préoccupations entendues au sens large (protection de l'environnement, équité sociale, efficacité à long terme), et ce, dans le respect des principes généraux de l'achat public.

Il lui appartient ensuite de s'enquérir des entreprises susceptibles de répondre à son besoin. C'est en fonction des possibilités de concurrence qu'il doit, le cas échéant, décider d'intégrer les préoccupations environnementales dans les critères de choix des offres ou de sélection des candidatures, puis, éventuellement, tenir compte de ces préoccupations dans les conditions d'exécution du marché.

Plusieurs cas peuvent se présenter :

- l'acquisition de produits ou de prestations pour lesquels il existe un référentiel (écolabel par exemple) et pour lesquels l'offre peut donner lieu à une vaste mise en compétition, ce qui laisse penser que les exigences environnementales n'occasionneront pas de surcoût. Il peut alors être opportun d'intégrer les préoccupations environnementales dans les spécifications techniques en indiquant que le produit en cause devra respecter les exigences du référentiel officiel concerné, étant observé que la preuve du respect de ces exigences peut être apportée par tout moyen approprié. Si le produit ne répond pas aux spécifications techniques, l'offre n'est pas recevable et le candidat est écarté ;
- l'acquisition d'un produit pour lequel il existe un référentiel mais pour lequel les offres potentielles sont faibles, ce qui risque de générer un surcoût significatif. Il est alors préférable de faire référence à l'écolabel dans les critères de choix des offres. Il est possible de libeller ce critère en « performance en matière de protection de l'environnement appréciée au regard des exigences de l'écolabel ou par tout moyen équivalent » et d'intégrer ce critère dans un système de notation. Ainsi le nombre d'offres susceptibles d'être remises ne sera pas limité par un niveau de performances à atteindre ;
- l'absence de référentiel mais la possibilité d'identifier des caractéristiques environnementales. S'il existe une offre importante, il est opportun d'intégrer ces préoccupations dans les spécifications techniques. Si au contraire la concurrence est faible, il est préférable d'intégrer le respect des exigences environnementales dans les critères de choix des offres.

Il est également possible de prendre en compte les préoccupations environnementales, exprimées préalablement dans le cahier des charges, au stade des candidatures en fixant, comme élément d'appréciation, les conditions de fonctionnement des entreprises.

De plus en plus de dossiers transmis à la CMPE intègrent le développement durable. Les services acheteurs s'en expliquent dans la note de présentation. Généralement cette préoccupation se traduit sous forme de critères d'appréciation des offres, pondérés dans une fourchette de 5 à 10 %.

Les observations émises par la commission concernent plus particulièrement :

✓ *Les marchés de construction ou d'entretien de bâtiment*

Il est indispensable que le souci de développement durable soit pris en compte le plus en amont possible, que des objectifs mesurables en phase d'exécution soient fixés dès la phase de programmation et que soit pris en considération le coût global de l'opération (coût de la construction et coût de fonctionnement). Il convient de veiller à ce que le choix des matériaux, les performances thermiques des constructions, la consommation énergétique des matériels, les conditions de traitement des déchets de chantier soient sérieusement étudiés et traduits dans le cahier des charges.

Ainsi, ayant à examiner un dossier concernant la restructuration de bâtiments, la commission s'est assurée que les dispositions de la circulaire du 5 avril 2005 portant sur les moyens à mettre en œuvre pour promouvoir la gestion durable des forêts étaient respectées, et que les recommandations de la circulaire du 28 septembre 2005 concernant les économies d'énergie avaient bien été prises en compte dans la rédaction des CCTP relatifs, notamment, aux lots chauffage-climatisation, électricité et ascenseurs. Concernant le nettoyage du chantier, la commission a recommandé de mentionner, le cas échéant, le plan départemental de gestion des déchets de chantier et d'en expliciter, si nécessaire, les dispositions. La commission a invité le service à prendre en compte les objectifs généraux d'économie d'énergie et de réduction des émissions de gaz à effet de serre exprimés dans la loi du 13 juillet 2005 et à préciser, le cas échéant, les exigences en matière de haute qualité environnementale.

✓ *Les marchés de fournitures*

La commission constate que les projets de marchés se réfèrent souvent aux préoccupations environnementales mais de façon trop imprécise. Il ne suffit pas d'indiquer par exemple que les matériaux ou les produits ne doivent pas contrevenir aux directives concernant l'hygiène et la protection de l'environnement. Les services sont donc invités à imposer les prescriptions totales ou partielles des référentiels dans les conditions d'exécution. Ces recommandations ont été faites, en particulier, pour des marchés de papier, ou faisant appel à l'utilisation de papier, ou encore des marchés de vêtements.

### ✓ *Les mesures sociales*

L'insertion, dans les marchés publics, de clauses permettant le retour à l'emploi et l'insertion professionnelle et sociale de personnes connaissant une situation de chômage et d'exclusion ou de certaines personnes handicapées est peu usitée malgré les nouvelles dispositions du CMP, les acheteurs craignant les risques juridiques réels ou supposés afférents à ce type de clauses. Les services peuvent désormais se reporter au « Guide à l'attention des acheteurs publics concernant la commande publique et l'accès à l'emploi aux personnes qui en sont éloignées » rédigé sous le timbre de l'Observatoire économique de l'achat public (DAJ). Ce document à caractère essentiellement juridique vise à sécuriser les clauses sociales figurant dans les marchés publics.

La CMPE a rencontré peu de clauses à caractère social dans les dossiers qui lui ont été soumis si ce n'est, dans un dossier de prestations d'entretien, l'obligation de réserver 10% du temps nécessaire à la réalisation des prestations à des travailleurs handicapés et, dans plusieurs autres contrats, des conditions d'exécution prévoyant l'utilisation de personnel en difficulté. La commission a observé que, pour être efficace, la mise en œuvre de dispositions de cette nature devait pouvoir être facilement vérifiée.

### 4) Ouverture à la concurrence de nouveaux marchés

Certaines prestations nouvellement soumises à la concurrence donnent désormais lieu à des marchés publics. A ce titre, la commission a été saisie de marchés d'électricité, de transport ferroviaire et de marchés de transport de courrier.

#### ✓ *Marchés d'électricité*

Le marché de l'électricité est ouvert à la concurrence, en application d'une directive européenne de 1996 transposée par trois lois du 10 février 2000, du 9 août 2004 et du 7 décembre 2005. Ayant à examiner un dossier relatif à la fourniture d'électricité sur plusieurs sites d'une même administration, la commission s'est interrogée sur les modalités de mise en compétition susceptibles de permettre aux candidats de proposer des conditions financières avantageuses pour la personne publique. D'une manière générale, pour ce type de fournitures, les entreprises tiennent compte, pour établir leurs prix, du profil et du volume de la consommation d'électricité annoncée. La commission a donc recommandé d'indiquer dans le dossier de consultation un profil de référence, comportant notamment l'historique des consommations, afin de permettre aux concurrents d'anticiper les fournitures, de faire face aux écarts constatés dans les courbes de consommation et de proposer ainsi un prix adapté, en fonction des besoins exprimés pour chacun des sites.

#### ✓ *Marchés de transports ferroviaires*

Le fret national est ouvert à la concurrence depuis le 31 mars 2006. Le décret 2006-368 modifiant le décret 2003-194 transposant la directive 2004/51/CE relative au développement des chemins de fer communautaires vise explicitement le transport de marchandises et le transport combiné (par ce terme on entend généralement le transport rail-route de marchandises). L'affrètement d'un train auprès d'une entreprise de l'Union européenne pour effectuer une liaison France – autres pays de l'Union est également autorisé par ce texte. Le fret traditionnel en containers ou en wagons non accompagnés de personnels peut donc être transporté par un autre prestataire ferroviaire que la SNCF.

La commission, saisie d'un marché de transport de véhicules et d'engins blindés accompagnés de personnels, s'est interrogée sur le fait de savoir si le transport des unités constituées et le transport combiné fret/unités constituées (hors réquisition) étaient ouverts à la concurrence. A ce jour, le libre accès de l'ensemble du réseau ne concerne que le fret et ne s'applique pas au transport de personnes. Le transport des unités et du matériel ne pouvant être dissociés, la commission a considéré qu'il pouvait être fait application de l'article 35.II.8 pour des raisons techniques et a suggéré de passer avec la SNCF un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

### ✓ *Transport du courrier*

Transposée par la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, la directive 97/67 modifiée par la directive 2002/39 vise à ouvrir l'intégralité du marché postal à la concurrence d'ici le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le seuil des prestations réservées au monopole de La Poste est ainsi passé de 100 grammes à 50 grammes. La commission a eu à examiner plusieurs projets de marchés de transmission de courrier. Le poids prévisible des plis à transporter excédant 50 grammes, une mise en concurrence s'avérait indispensable. La commission a constaté que les marchés étaient répartis en plusieurs lots géographiques afin de favoriser la mise en concurrence dans un domaine récemment libéralisé. Néanmoins la Poste semble être actuellement le seul prestataire susceptible d'assurer la distribution des plis à domicile.

## **C. De certaines modalités de passation des marchés**

### **1) Accords-cadres**

Découlant de la réglementation européenne, les accords-cadres ont pour but d'améliorer la recherche de l'offre la plus avantageuse tout en apportant une plus grande souplesse dans le processus d'achat.

Ces contrats régis par l'article 76 du CMP fixent les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée. Ils constituent un dispositif qui devrait permettre de planifier et d'optimiser l'achat public, d'informer les entreprises très en amont des intentions des acheteurs et de mutualiser les commandes. Ils répondent à des objectifs de gain économique, de réactivité, de déconcentration des commandes et de gestion des incertitudes sur les quantités à commander.

Les accords-cadres peuvent être mono ou multi-attributaires, conclus avec ou sans minimum. Ils permettent de scinder le choix d'un ou plusieurs prestataires en deux phases : choix du ou des titulaire(s) de l'accord-cadre puis attribution de marchés subséquents. La désignation des titulaires des marchés subséquents peut être faite directement ou après remise en compétition des titulaires de l'accord-cadre.

La première phase, celle de l'accord-cadre stricto sensu, ne constitue pas pour autant un simple système de sélection des candidatures. La définition des besoins et la description du contenu des prestations attendues doivent être suffisamment complètes pour que la passation des marchés dérivés ne nécessite que des compléments de faible importance au contenu de l'accord-cadre. L'article 76 prévoit que ces marchés sont des documents écrits qui précisent « *les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre* » et que les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés subséquents. Ainsi, la consistance des prestations, excepté pour les quantités, doit être fixée dans l'accord-cadre, les marchés dérivés ne pouvant se substituer à l'accord-cadre pour définir le cœur des prestations attendues (normes, performances, exigences fonctionnelles) ni remettre substantiellement en question leur contenu.

L'articulation entre l'accord-cadre et le marché subséquent impose de veiller avec soin à la rédaction des documents contractuels, en séparant clairement les clauses administratives spécifiques à l'accord-cadre et celles relatives aux marchés subséquents. Ces dernières peuvent comporter, notamment, les informations sur le service qui passe le marché, les clauses relatives aux modalités de commande et de paiement des prestations, aux vérifications, aux pénalités et aux conditions de résiliation.

Au cours de l'année 2007, la CMPE a examiné 41 dossiers d'accords-cadres. Il s'agissait principalement d'achat de prestations informatiques ou de fournitures pour lesquelles cette forme de contrat est bien adaptée. En revanche, les accords-cadres ne sont pas adaptés aux travaux neufs de bâtiment et de génie civil pour lesquels il convient de passer des marchés ordinaires ou, le cas échéant, des marchés à tranches conditionnelles. Dans ce domaine, ils ne sont envisageables que pour les prestations répétitives de maintenance bien identifiées.

De même, les prestations intellectuelles, qui sont généralement des œuvres originales, non répétitives et peu propices à l'établissement d'unités d'œuvre, se prêtent mal à ce type de contrat.

Les principales observations formulées par la commission sont les suivantes :

- les accords-cadres sont des contrats soumis à quasiment toutes les règles de procédure du code des marchés publics (cf. art 76). Ainsi, les candidatures, tout d'abord, puis les offres doivent être examinées en deux phases distinctes. Et les offres doivent avoir été établies sur la base d'un cahier des charges suffisamment consistant pour permettre aux concurrents de présenter des propositions comparables, qui puissent être l'objet d'une notation transparente ;
- contracter un accord-cadre entraîne des droits et des devoirs pour chacune des parties. Le service acheteur est tenu de réserver les marchés subséquents aux titulaires de l'accord-cadre, aussi longtemps que celui-ci est en vigueur. De son côté, le (ou les) titulaire(s) doivent fournir des prestations requises (accord mono-attributaire) ou présenter des offres sérieuses lors de l'ouverture des marchés subséquents (accord multi-attributaire). Le non-respect de ces obligations peut conduire à des sanctions, dont les modalités sont à prévoir dans l'accord-cadre ;

- lorsqu'un accord-cadre multi-attributaire, comportant une définition des prestations, ne fixe pas les prix, il doit cependant au moins indiquer les modalités de détermination de ceux-ci. Il peut ainsi renvoyer à une mise en concurrence au moment de la passation de chaque marché subséquent, pourvu que les règles d'attribution soient précisées dans l'accord-cadre. Un tel dispositif suppose que lors de la passation de chacun des marchés subséquents la concurrence soit effective. En outre, les prestations attendues doivent, pour l'essentiel, avoir été clairement décrites dans l'accord-cadre, de telle sorte que l'attribution des marchés subséquents se fasse principalement sur le critère du prix ;
- si, pour l'un des marchés subséquents, la concurrence s'avérait être douteuse (deux offres, avec suspicion forte d'entente) ou inexistante (une seule offre) les offres devraient être déclarées inacceptables, au cas où elles apparaîtraient comme manifestement supérieures au prix du marché. Le service acheteur serait alors habilité, sur la base de ces offres - ou de cette offre - à entreprendre une négociation, dans le cadre de la procédure en cours ;
- lorsqu'un accord-cadre, qu'il soit mono ou multi-attributaire, est passé par un service de l'Etat, non seulement en son nom propre, mais au nom d'autres services acheteurs, il importe que des dispositions claires et précises soient établies entre les services concernés, au besoin par simple échange de lettres. Ces dispositions doivent donner mandat au service coordonnateur de prendre toutes décisions utiles pour le lancement et le déroulement de la procédure, ainsi que pour la durée de vie de l'accord-cadre.

En principe, la résiliation d'un accord-cadre n'entraîne pas celle des marchés subséquents, dont l'exécution peut donc se prolonger au-delà de la date de validité de l'accord-cadre, à condition toutefois que cette prolongation soit d'une durée raisonnable. Lorsque le service acheteur souhaite que la résiliation de l'accord-cadre entraîne celle des marchés subséquents, il doit le mentionner dans l'accord-cadre. En toute hypothèse, jamais un marché subséquent ne peut être conclu après la date d'expiration de l'accord-cadre.

## **2) Marchés à bons de commande**

Lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de connaître précisément à l'avance les quantités de prestations à commander, il a, sans pour autant recourir à la procédure de l'accord-cadre, la possibilité de recourir au marché à bons de commande, avec ou sans minimum et maximum, dans les conditions fixées à l'article 77 du CMP. La commission a observé que l'incertitude résultant de cette dernière disposition peut inciter les concurrents à renchérir le montant des prestations à réaliser.

A la différence des accords-cadres, l'objet des marchés à bons de commande doit être défini de façon exhaustive, précise et intangible. L'évolution des caractéristiques des prestations et des fournitures peut toutefois être prise en compte, par substitution d'un matériel plus performant que celui initialement prévu, à condition qu'il s'agisse de matériels similaires à ceux figurant au marché, aux performances équivalentes ou supérieures et à prix égaux ou inférieurs à ceux figurant au contrat initial.

Un marché à bons de commande peut être conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission des bons de commande. Différence avec l'accord-cadre, le marché à bons de commande multi-attributaire ne donne pas lieu à remise en concurrence. Il est souvent utilisé pour assurer la sécurité des approvisionnements. La commission a rappelé que dans ce cas la répartition des commandes entre les différents titulaires de marchés ayant le même objet doit être annoncée dans l'avis d'AAPC, dans le règlement de la consultation et dans le CCAP.

### **3) Marchés à tranches conditionnelles**

Lorsque la prestation est parfaitement déterminable mais que sa réalisation complète est incertaine, l'article 72 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut passer un marché à tranches conditionnelles pour lequel il n'est engagé que sur la tranche ferme. Chaque tranche doit alors constituer un ensemble cohérent. Le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit.

La CMPE a examiné 233 marchés à tranches conditionnelles. Nombre d'entre eux concernaient des marchés de prestations de maintien en condition opérationnelle de matériels militaires, pour lesquels le recours à ce type de contrat était en fait rendu nécessaire pour des raisons budgétaires. La difficulté d'allouer les autorisations d'engagement en proportion du besoin réel oblige en effet les pouvoirs adjudicateurs à fractionner les marchés, ce qui peut les placer en position de faiblesse dans le cas des procédures négociées.

Les tranches conditionnelles sont également utilisées, dans les marchés de maîtrise d'œuvre, pour adapter le déroulement de la mission de maîtrise d'œuvre au fractionnement des travaux ou pour isoler des éléments de mission ou des missions complémentaires, que le pouvoir adjudicateur n'a pas encore décidé de faire exécuter par le maître d'œuvre ou d'exécuter lui-même (par exemple s'agissant de la définition du mobilier ou de la prise en compte de l'obligation de décoration des constructions publiques). Il est arrivé à la commission de proposer que la mission d'ordonnancement-pilotage-coordination fasse l'objet d'une tranche conditionnelle ne devant être confiée au maître d'œuvre que si les études de conception conduisaient à allouer les travaux en marchés séparés.

La commission recommande régulièrement de prévoir des indemnités de dédit, de façon à obtenir des titulaires une économie en coût global. Ainsi, pour un marché de maintien en condition opérationnelle de matériels militaires, le décalage dans le temps pour l'affermissement de la tranche conditionnelle, et l'absence d'indemnité de dédit, ont dû être compensés par la prise en compte dans la tranche ferme des pièces détachées nécessaires à la réalisation de l'ensemble du marché.

Pour les marchés négociés, il arrive que le montant de l'indemnité de dédit soit laissé ouvert à la négociation. La commission recommande alors d'en fixer le montant au plus tard avant de demander la dernière proposition afin que les candidats puissent établir leurs offres sur des bases comparables.

#### 4) Crédit-bail

Pour acquérir les biens qui leur sont nécessaires, plusieurs possibilités s'offrent aux personnes publiques : l'achat, le crédit-bail ou la location de plus ou moins longue durée. L'achat est la solution la plus communément retenue.

La commission, saisie de quelques marchés de crédit-bail concernant, notamment, l'extension d'un réseau numérique et l'acquisition d'un aéronef, a rappelé que le crédit-bail ne peut servir qu'à financer des biens d'équipement, des matériels ou des outillages.

Par ailleurs, ayant à examiner un marché de prestations de transport maritime qui prévoyait une option d'achat du bateau, la commission a observé que la réglementation de la commande publique n'empêchait pas de prévoir la location avec option d'achat des moyens de transport mais qu'il convenait de prévoir deux lots : l'un pour les prestations de service et l'autre pour la location.

En tout état de cause, et sans méconnaître l'intérêt de tels montages contractuels, il est indispensable qu'une étude soit menée, préalablement au choix, sur le coût et les effets budgétaires par rapport à une solution classique.

### D. Conditions financières

#### 1) Etablissement des prix

Les prix des marchés résultent des conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence, ou de l'efficacité de la négociation. Pour que ces démarches soient fructueuses plusieurs conditions doivent être réunies :

- une bonne définition des prestations à réaliser ; de cette définition dépend le type de prix qui sera retenu (prix unitaire ou prix forfaitaire) ;
- une connaissance du paysage économique concerné qui permet de définir l'allotissement le plus approprié ;
- un nombre suffisant de candidats admis à soumissionner dans les procédures restreintes ;
- une estimation prévisionnelle établie non seulement par rapport à l'enveloppe financière prévue mais également par comparaison avec les prix connus de prestations analogues ;
- l'information des fournisseurs : pour certains achats spécifiques, il peut être utile d'informer les fabricants des intentions de l'acheteur le plus en amont possible de façon à leur permettre de pallier d'éventuelles variations de prix erratiques ;
- pour les marchés ne pouvant donner lieu à concurrence, il est recommandé de procéder à des enquêtes de coût. Les éléments d'information ainsi recueillis permettent de négocier plus aisément les marchés.

## 2) Evaluation des niveaux de prix obtenus

La commission s'est efforcée de comparer les estimations de prix figurant dans les projets de consultation soumis à son appréciation, avec les prix effectivement constatés à l'ouverture des offres ou à l'issue de la négociation, dans les cas où les rapports de présentation (article 79 du CMP) fournissaient à ce sujet des indications suffisantes.

Dans tous les cas, cette comparaison est difficilement significative compte-tenu de la fiabilité variable de l'évaluation initiale, et de la date d'établissement des prix.

Les rapports de présentation ne comportent pas toujours des indications sur le niveau des prix des marchés précédents, même conclus pour des prestations identiques. D'autre part, peu de marchés sont conclus à périmètres comparables, ou pour des matériels ayant les mêmes caractéristiques techniques. Néanmoins, il a été constaté des baisses non négligeables pour certaines fournitures, dues à la concurrence et parfois à l'effet de masse, sans qu'il soit possible d'en généraliser la portée.

S'agissant des marchés négociés, les résultats semblent également satisfaisants, qu'il s'agisse des baisses de prix (de 10 à 15 %) ou des conditions de leur révision.

## 3) Variation des prix

Un résultat économiquement avantageux ne se mesure pas seulement au prix constaté à l'ouverture des offres ou à la notification mais dépend largement des conditions dans lesquelles celui-ci est susceptible d'évoluer dans le temps. Les dispositions relatives aux variations de prix sont fixées à l'article 18 du CMP. Les prix sont soit fermes, le cas échéant actualisables, soit révisables en fonction d'une référence d'ajustement ou par application d'une formule paramétrique représentative du coût de la prestation. La commission recommande d'adopter un prix ferme lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique.

Un prix comportant une référence d'ajustement est souhaitable pour les prestations faisant l'objet d'échanges commerciaux. L'ajustement s'effectue sur la base d'indices statistiques représentatifs du prix de la fourniture ou du service acquis, ou sur des barèmes ou tarifs applicables à l'ensemble de la clientèle. Il est prudent de prévoir une clause de butoir limitant les conséquences de l'évolution du barème du titulaire ou une clause de sauvegarde permettant de résilier le marché en cas de hausse excessive des prix.

Une formule paramétrique doit être préférée lorsque la personne publique impose des spécifications techniques qui lui sont propres et que les prix ne sont pas observables lors d'échanges commerciaux. Il convient alors d'utiliser des paramètres représentatifs du coût de la fourniture ou du service acquis. Ainsi la commission a observé que l'utilisation de l'indice de services informatiques « Synthec » n'était pas parfaitement adaptée pour un marché comportant une part significative de matériel.

La disparition de l'obligation de prévoir une partie fixe minimale dans les formules de révision ne signifie pas - bien au contraire - que les acheteurs soient dispensés d'inclure des paramètres de neutralisation dans leurs marchés prenant en compte les éléments invariants dans le coût de la prestation ainsi que les gains de productivité. Cette recommandation, souvent formulée par la commission, est en général suivie d'effet. Dans de nombreux marchés du ministère de la défense, la partie fixe qui était généralement de 0,125 est maintenant portée à 0,20 ou même à 0,30. Une évolution analogue, mais toutefois moins prononcée, a été constatée dans le secteur du bâtiment. La commission souligne que les prix, jugés satisfaisants, résultant d'une négociation, ne peuvent être définitivement appréciés qu'en fonction de l'ancienneté du mois d'établissement du prix et du montant de la partie fixe dans la formule de révision. Le coût de règlement final dépend d'autant plus de ces éléments apparemment secondaires, que la durée du marché est plus longue.

Quelle que soit la formule de variation retenue, celle-ci ne doit pas constituer une manipulation du prix de règlement. Elle doit seulement prendre en compte, en hausse comme en baisse, l'évolution des conditions économiques par rapport à la date d'établissement du prix initial. La commission a constaté que, dans certains marchés, la formule de révision comportait un décalage de 6 mois dans la lecture des index, ce qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 18.IV du CMP, auxquelles elle a recommandé de se tenir strictement.

## **IV. SECURITE JURIDIQUE DES CONTRATS**

### **A. Choix d'une procédure d'attribution appropriée**

La sécurité juridique des contrats dépend d'abord du choix d'une procédure tenant compte des exigences de la réglementation nationale et de la réglementation communautaire. Ce choix relève de la responsabilité du pouvoir adjudicateur concerné et doit être motivé. La commission y veille avec toute l'attention nécessaire.

#### **1) Appel d'offres**

La procédure d'appel d'offres (ouvert ou restreint) s'impose lorsque l'objet du marché peut être complètement défini dès le début de la procédure. Ceci est possible même si les spécifications techniques sont arrêtées en termes d'exigences fonctionnelles, ce que prévoit l'article 6 du CMP. Il convient alors que ces exigences soient suffisamment précises pour permettre aux candidats de remettre une offre ne nécessitant que des modifications de détail, à savoir les mises au point autorisées par les articles 59 et 64 du CMP.

#### **2) Marchés négociés**

Les règles applicables ont été modifiées et précisées par le code de 2006. Il n'existe plus que deux catégories de marchés négociés : les marchés négociés après publicité et mise en concurrence et les marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence.

Les appels d'offres infructueux sont traités différemment, selon que les offres sont irrégulières ou inacceptables, ou selon qu'il s'agit d'offres inappropriées. Par ailleurs, les marchés répondant à une urgence impérieuse et imprévisible peuvent désormais être négociés sans publicité ni mise en concurrence.

Les modalités d'attribution sont précisées dans les articles 65 et 66 du CMP. L'égalité de traitement des concurrents et la transparence sont assurées par le formalisme de la publicité, l'information des candidats non retenus, le contenu de la lettre de consultation, et les modalités de la consultation. Il convient bien entendu que le contenu des offres et l'identité des concurrents restent confidentiels tout au long de la phase de négociation.

Dans tous les cas de procédure négociée, la commission recommande d'entériner les échanges par des procès-verbaux, ces documents permettant de faciliter le suivi et le choix des offres et de prouver, le cas échéant, que les candidats ont été invités à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques.

✓ *Marchés négociés après publicité et mise en concurrence*

**Art. 35.I.1** : marchés négociés après appels d'offres ayant donné lieu à des offres irrégulières ou inacceptables.

Les marchés passés après appels d'offres pour lesquels seules des offres irrégulières (offres incomplètes ou ne respectant pas les exigences formulées dans l'avis ou dans le DCE) ou inacceptables (offres qui méconnaissent la législation ou qui sont supérieures aux crédits budgétaires alloués) ont été remises peuvent donner lieu à négociation. Dans ce cas, les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées. Ainsi, dans un marché pour lequel la négociation avait abouti à une baisse importante du prix, la commission a invité le service à vérifier l'importance des modifications apportées à l'offre initiale.

**Art. 35.I.2** : marchés de services dont les spécifications sont délicates à établir.

Le recours au marché négocié peut s'imposer lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de déterminer l'ensemble des spécifications techniques du marché, par ses propres moyens ou après un marché d'études. Encore faut-il que cette procédure dérogatoire puisse être justifiée. En matière de maîtrise d'œuvre, notamment, un tel choix exige qu'il soit demandé aux candidats de proposer des solutions pour lever les incertitudes et les imprécisions du programme qui le justifient.

✓ *Marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence*

**Article 35.II.4-5-6** : marchés complémentaires ou de prestations similaires.

Ces marchés doivent satisfaire des conditions précises. La commission a observé pour l'un d'eux, concernant l'acquisition de stations de télécommunications, que le recours à l'article 35.II.4 n'était pas adapté au cas d'espèce dans la mesure où il ne s'agissait ni d'un renouvellement partiel de fournitures ni d'une extension d'installations existantes. Elle a estimé qu'il était plus approprié de prévoir la réalisation de ces prestations par tranches conditionnelles.

**Article 35.II.8** : motifs d'ordre technique.

Le recours aux marchés négociés sans mise en concurrence, pour des motifs d'ordre technique, artistique ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, n'est possible que lorsqu'une seule entreprise est susceptible de réaliser la prestation. Il doit être motivé. Des considérations telles que le maintien souhaitable de l'homogénéité d'un parc de véhicules ou d'aéronefs ne sont pas suffisantes.

Cette procédure est parfois utilisée en lieu et place du décret défense bien qu'elle présente moins de souplesse que les dispositions du décret du 7 janvier 2004 et qu'un marché négocié sans mise en concurrence, procédure très encadrée, soit susceptible d'engendrer un contentieux, faute de répondre rigoureusement aux exigences légales ou réglementaires.

### ✓ *Marchés de sécurité ou de défense*

Parmi les marchés négociés, une place spécifique doit être faite aux marchés relevant du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 (décret défense) et de l'article 3-7 du CMP excluant du champ d'application du code les marchés et accords-cadres qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Ces exceptions au droit commun de passation des marchés résultent de l'article 296 du traité d'Amsterdam qui permet aux Etats membres de l'Union européenne de déroger aux règles du marché intérieur lorsque leurs intérêts essentiels de sécurité sont en jeu. Les besoins éventuels de confidentialité liés au processus d'acquisition d'équipements militaires sont couverts par l'article précité. Mais les dispositions de l'article 296 couvrent également certains marchés publics sensibles conclus par d'autres acheteurs que le ministère de la défense (intérieur, affaires étrangères, justice, finances...), bien qu'en droit français seul le ministère de la défense puisse se prévaloir du décret 2004-16.

Des incertitudes persistent sur l'étendue du champ d'application de l'article 296. Une communication interprétative de la Commission européenne, en décembre 2006, a rappelé les principes régissant l'application de la dérogation, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, et précisé les critères sur la base desquels les Etats membres doivent décider si les conditions de la dérogation sont remplies ou non.

En outre, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006 le marché européen des équipements de défense connaît un « *code de conduite sur les marchés publics de la défense* ». Ce texte, sans portée juridique, institue un régime intergouvernemental, auxquels les Etats adhèrent volontairement. Il ne s'applique pas aux marchés inférieurs à 1 million d'euros, ni aux cas d'urgence opérationnelle, ni à certains achats sensibles (nucléaire, transmissions de sécurité....) et impose une obligation de publication au site unique de l'Agence Européenne de Défense.

La commission a examiné 120 dossiers relevant du décret Défense ou de l'article 3-7. Elle s'efforce au cas par cas, comme le recommande la communication interprétative, de vérifier que le marché en cause entre dans le cadre des textes précités et invite le service à se poser les questions suivantes :

- quel intérêt essentiel de sécurité est en jeu ?
- quel est le lien entre cet intérêt et la décision d'acquisition en question ?
- en quoi le recours à une procédure d'exception est-il indispensable à la protection d'un intérêt essentiel de sécurité ?

Le recours au décret défense a suscité peu d'observations de la part de la commission. Son application est généralement justifiée. Toutefois, plutôt que de se placer sous le régime du décret défense et de publier un avis sur le site de l'Agence européenne de défense, certains services préfèrent recourir aux dispositions de l'article 35.II.8 du CMP bien que celui-ci n'offre pas les mêmes souplesses que le décret défense, notamment en ce qui concerne la durée des marchés à bons de commande, le montant des provisions, la possibilité de mettre en concurrence les sous-traitants et ce, malgré les risques contentieux encourus.

Il ressort de l'examen des rapports de présentation de l'article 79 du CMP, que le recours à la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence du décret défense n'écarte pas systématiquement les PME, particulièrement dans les secteurs de pointe. En outre, le recours à cette procédure, qui donne lieu à de nombreux échanges de lettres entre le ou les candidats pressentis et le pouvoir adjudicateur, permet souvent à ce dernier au final d'obtenir des conditions avantageuses en matière d'établissement du prix initial (baisse de 9 % à 15 %) ou de révision de prix.

### 3) Dialogue compétitif

Cette procédure, mise en place en 2004 et simplifiée en 2006, peut être mise en œuvre dans deux hypothèses : 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. En aucun cas il ne peut s'agir de pallier une insuffisante définition du besoin.

En fait, le recours au dialogue compétitif doit être justifié au cas par cas. Il est utilisé notamment pour la mise en place de systèmes informatiques ou pour des opérations de communication.

Le dialogue compétitif se déroule en trois phases :

- sélection des candidatures dans les conditions prévues pour les appels d'offres ;
- phase de dialogue avec les candidats retenus (au moins 3). Toutefois, il peut être opportun d'en retenir davantage, de prévoir plusieurs phases de négociation et d'éliminer les offres les moins intéressantes à chacune des phases ;
- choix du titulaire à partir des dernières offres remises, sans que le pouvoir adjudicateur ait à arrêter préalablement le cahier des charges. Les offres finales doivent comprendre tous les éléments nécessaires à la réalisation du marché.

Afin d'assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats, il est nécessaire :

- que l'avis ou les documents de la consultation précisent les modalités du dialogue : nombre et durée des auditions prévues, modalités des échanges qui interviendront avec les candidats, exigence ou non de remise de nouvelles offres après les auditions, points sur lesquels portera le dialogue... Il est recommandé de joindre au dossier de consultation un projet de CCAP en précisant quelles sont les clauses intangibles et celles qui pourront évoluer au cours du dialogue ;
- que le programme fonctionnel, qui ne peut être substantiellement modifié en cours de procédure, exprime clairement dès le départ les besoins à satisfaire et les résultats à atteindre, ainsi que les méthodes de vérification de ces résultats ;
- que les différents échanges donnent lieu à des documents écrits afin d'en assurer la traçabilité et de pouvoir les produire en cas de contentieux.

Le dialogue compétitif est encore peu utilisé car il s'agit d'une procédure lourde et longue à mener à terme, qui toutefois ne devrait pas être négligée. Elle permet aux entreprises de faire preuve d'innovation et de valoriser leurs capacités à répondre aux attentes du pouvoir adjudicateur.

#### 4) Marchés de conception-réalisation

Le marché de conception-réalisation prévu à l'article 37 du CMP permet de confier à un seul opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement de l'étude et l'exécution des travaux. Mais encore faut-il que des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Or la réglementation sur la conception-réalisation doit être interprétée de façon restrictive plus encore que par le passé en raison des dispositions introduites sur l'allotissement par l'article 10 du CMP, une motivation insuffisante faisant courir un risque juridique qu'il ne faut pas sous-estimer.

Pour un marché de rénovation lourde d'une résidence d'étudiants, la commission a constaté que les motifs invoqués n'étaient pas convaincants. Le service justifiait le recours à la procédure de conception-réalisation par :

- la difficulté d'une rénovation nécessitant des reprises d'éléments porteurs en sous-œuvre ainsi que la mise aux normes d'accessibilité, de sécurité thermique et acoustique et nécessitant l'association d'entreprises spécialisées très en amont de la phase étude ;
- la possibilité de choisir plusieurs propositions ;
- la nécessité de conduire l'opération dans des délais très courts ;
- l'intérêt de disposer d'un engagement sur un coût final optimisé et sur le délai de livraison dès la phase étude.

La commission a considéré que les deux derniers motifs invoqués n'étaient pas de nature à justifier un recours au marché de conception-réalisation. En cas de contentieux, la jurisprudence en la matière laissait craindre l'annulation du contrat.

La commission a observé par ailleurs que la procédure de conception-réalisation, qui oblige à contractualiser les travaux dès le stade des études d'avant-projet, implique l'élaboration d'un programme précis et détaillé pour éviter que des modifications de besoins puissent en cours d'exécution changer les prévisions du marché de façon substantielle. Ce risque pèse surtout sur les opérations de réhabilitation.

Cette procédure prive le maître de l'ouvrage du concours du maître d'œuvre pour le choix de l'entrepreneur, le contrôle de l'exécution des travaux, leur réception et leur règlement. Il faut donc que le maître de l'ouvrage dispose en interne, ou avec l'aide de compétences extérieures, de moyens suffisants pour assurer la conduite d'opération.

La commission a donc recommandé au service acheteur :

- de procéder à des études complémentaires de la structure, susceptibles de justifier ou non le recours au marché de conception-réalisation ;
- d'examiner la possibilité de renoncer à la procédure choisie au profit d'une procédure classique, et de recourir pour le marché de maîtrise d'œuvre à un marché négocié ;
- dans l'hypothèse où il maintiendrait le recours au marché de conception-réalisation, de vérifier qu'il possède bien les moyens techniques lui permettant d'utiliser cette procédure.

## 5) Concours

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet avant d'attribuer un marché à l'un des lauréats. Cette procédure est régie par les articles 38, 70 et, pour les concours de maîtrise d'œuvre, par l'article 74 du CMP.

La commission a rappelé que cette procédure comporte deux phases distinctes : l'examen par le jury des prestations des candidats et la désignation par le pouvoir adjudicateur d'un ou plusieurs lauréats avec lesquels il mène la négociation. L'appréciation du jury et le classement des offres qui en résulte s'appuient sur des critères d'évaluation portés à la connaissance des concurrents .

La commission considère que l'obligation de pondérer les critères ne s'applique pas aux concours. Le jury n'ayant pas connaissance du forfait de rémunération proposé par les candidats ne peut effectuer le classement des propositions en tenant compte de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse, mais tient compte du meilleur projet évalué par rapport aux critères annoncés. La Direction des affaires juridiques a confirmé cette analyse en considérant que *« la pondération des critères d'évaluation des projets qui conduirait à une approche mathématique est antinomique avec le travail d'analyse et de débat du jury, qui se finalise par un vote de l'ensemble de ses membres pour faire émerger le meilleur projet »*. Les formulaires européens d'avis d'appel à la concurrence propres aux concours ne prévoient en effet aucune mention relative à la pondération des critères.

La commission considère également que les modalités de la négociation et de l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur pour choisir l'attributaire du marché sont laissées à son initiative, sans aucune obligation de fixer les critères sur lesquels il fonde sa décision. Ce point de vue est également partagé par la DAJ qui a précisé : *« l'article 53 du CMP sur les critères d'attribution ne s'applique pas à la procédure formalisée particulière du concours. Il ne saurait donc être question de critères d'attribution s'ajoutant aux critères d'évaluation des projets »*.

## B. Déroulement de la procédure

### 1) Les intervenants aux marchés

#### ✓ *Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice*

La notion de PRM (personne responsable du marché) désignait la personne physique au sein de la personne publique acheteuse, habilitée à gérer la procédure de passation des marchés, notamment le choix de l'attributaire et la signature des contrats. La notion de pouvoir adjudicateur, résultant des directives communautaires, est désormais utilisée dans le code des marchés publics en remplacement de la notion de personne responsable des marchés. Elle désigne les acheteurs publics dans leur ensemble et doit être distinguée des « entités adjudicatrices », acheteurs publics exerçant une mission d'organisation de réseaux d'énergie, d'eau ou de transport. Sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs : l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Le pouvoir adjudicateur 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 signer les marchés ou les actes de procédure relatifs à la passation des marchés. Les dispositions relatives aux délégations de signature sont précisées dans une circulaire du Premier ministre du 25 août 2006.

Enfin, il faut distinguer les organismes soumis au code des marchés (Etat, collectivités locales et tout ou partie de leurs établissements publics) et ceux soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Seuls les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices relevant de l'Etat et les établissements publics nationaux autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial relèvent de la compétence de la CMPE.

#### ✓ *La commission d'appel d'offres (CAO)*

La composition et le fonctionnement de la commission d'appel d'offres sont fixés par les articles 21 à 25 du CMP. Pour les marchés de l'Etat, cette instance collégiale ne dispose pas de pouvoir de décision. Elle donne un avis sur les candidatures, ouvre les plis et enregistre le contenu des offres, émet un avis sur le choix de l'offre ou sur la proposition de déclarer l'appel d'offres infructueux. Pour les procédures de dialogue compétitif, la commission intervient en fin de procédure et donne son avis sur le choix effectué après classement des dernières offres remises ou sur la proposition de déclarer le dialogue compétitif infructueux. De même, pour les marchés négociés, la CAO n'est sollicitée qu'à l'issue de la négociation pour donner son avis sur le choix de l'offre. Toutefois, en cas d'urgence impérieuse (art. 35.II.1), le marché peut être attribué sans réunion de la CAO.

#### ✓ *Les candidats*

Les opérateurs économiques peuvent présenter leurs candidatures ou leurs offres individuellement ou en groupement dans les conditions prévues à l'article 51 du CMP. Les opérateurs économiques peuvent présenter leurs candidatures ou leurs offres indifféremment sous forme de groupement conjoint ou solidaire. Toutefois, la forme requise lors de la signature du marché doit être indiquée dans l'avis d'appel à la concurrence.

Lorsque des entreprises disposent de la technicité requise mais n'ont pas la capacité de répondre à l'ensemble d'un marché, elles peuvent se former en groupement solidaire pour répondre aux consultations, même si l'avis de publicité ne l'a pas indiqué expressément. Chacun des membres du groupement est alors engagé financièrement pour la totalité du marché.

Dans un groupement conjoint, chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter les prestations qui lui sont attribuées dans le marché. L'acheteur peut soit répartir les prestations avant le lancement de la consultation en postes techniques, soit laisser les entreprises répartir les prestations entre elles au moment de l'offre.

La possibilité pour un acheteur de demander aux entreprises de répartir entre elles les prestations décrites dans le marché ne peut qu'être exceptionnelle. En effet, cette procédure suppose que les entreprises se réunissent non seulement pour former un groupement à l'étape de la candidature mais aussi pour scinder les prestations du cahier des charges et les répartir entre elles. Cela réserve donc cette manière de procéder à des entreprises ayant une structure administrative et technique étoffée ou aux modes de consultation, tels que le dialogue compétitif, dans lesquels l'acheteur ne connaît pas, en raison de la complexité du marché, les compétences qui seront réunies pour répondre à ses besoins. Il est donc conseillé aux acheteurs de procéder plutôt eux-mêmes avant la consultation à une répartition des prestations en postes techniques.

Le mandataire d'un groupement conjoint n'est solidaire de ses co-traitants que si le marché le prévoit expressément.

Dans les marchés relevant du CMP, quelle que soit la forme du groupement, sa composition ne peut être modifiée entre la remise des candidatures et la signature du marché, sauf si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait. Dans ce cas le groupement peut demander à continuer à participer à la procédure, en s'adjoignant le cas échéant des sous-traitants. Toutefois, un groupement peut être modifié entre la sélection des candidatures et la remise des offres si le marché est passé en application du décret « défense ».

Les titulaires de marchés de travaux ou de services peuvent sous-traiter une partie de leurs marchés à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. La commission a rappelé que cette possibilité n'est pas applicable aux marchés de fournitures.

En cas de sous-traitance, le titulaire doit préciser dans son offre, non seulement le montant et la nature des prestations sous-traitées mais également le nom des sous-traitants qui exécuteront les prestations, étant observé que le titulaire garde la possibilité de recourir à des sous-traitants en cours de marché dans les conditions prévues aux articles 112 à 117 du CMP.

## 2) Les étapes de la procédure

La sécurité des contrats dépend également des conditions dans lesquelles a été conduite la procédure.

### ✓ *Publicité*

La publicité, principe fondamental de la commande publique, permet le libre accès des prestataires intéressés aux marchés et rend possible une concurrence effective. Les modalités de la publicité sont précisées à l'article 40 du CMP. Il convient de s'y conformer strictement car tout manquement concernant le contenu des avis ou le non respect des délais peut conduire à l'annulation de la procédure.

Les marchés soumis à la CMPE, compte tenu de leur montant, nécessitent généralement une publicité au JOUE et au BOAMP, ce qui n'exclut pas d'autres supports (presse spécialisée notamment). La commission a rappelé à plusieurs reprises que les avis de publicité figurant dans la presse nationale ne peuvent contenir plus de renseignements que ceux publiés au JOUE ; toute discordance est d'ailleurs sanctionnée systématiquement par le juge.

Seuls les marchés passés en application du décret « défense » peuvent donner lieu à une publicité limitée au BOAMP et, le cas échéant, à une publication sur le site de l'Agence Européenne de Défense.

### ✓ *Sélection des candidatures*

La sélection des candidatures se fait dans les conditions prévues à l'article 52 du CMP, sur la base de documents fournis en application des articles 44 et 45 du CMP. Ces documents permettent de vérifier qu'il n'est pas interdit aux soumissionnaires d'accéder aux marchés publics et qu'ils en ont les capacités professionnelles, techniques et financières. Si un candidat demande que soient prises en compte les capacités d'autres opérateurs économiques, il doit produire un engagement écrit de ces opérateurs à participer au marché ainsi que les mêmes documents que ceux qui sont exigés pour lui-même. S'agissant d'un groupement d'entreprises solidaires, l'acheteur peut exiger de chacun des membres du groupement la compétence technique requise, mais juger la capacité financière en prenant en compte l'ensemble des chiffres d'affaires des entreprises groupées. Pour un groupement conjoint, il convient de préciser dans le règlement de consultation ou l'appel de candidatures les capacités professionnelles, techniques et financières demandées pour chacun des postes techniques. L'acheteur est ainsi en mesure de vérifier, au moment de l'examen des candidatures, si les entreprises possèdent les compétences requises pour exécuter les prestations qui leur seront attribuées.

La liste des documents et références à produire est fixée par l'arrêté du 28 août 2006. Cette liste est limitative. L'exigence d'autres documents ou renseignements pourrait conduire à l'annulation de la procédure. Il convient de bien distinguer les éléments qui relèvent de la situation des opérateurs économiques et qui correspondent notamment à l'ensemble des attestations demandées au titre des articles 44 et 45 du CMP, des critères de jugement de la capacité technique, économique et financière. En effet, dans le premier cas est vérifiée la conformité des documents aux demandes de l'acheteur, dans le deuxième cas est appréciée la capacité des candidats à exécuter les prestations du marché. Celle-ci peut être démontrée par la production de certificats de qualification.

La commission est souvent amenée à observer qu'il ne faut pas confondre qualité et qualification et qu'il appartient aux acheteurs de vérifier s'il existe un certificat de qualification dans le secteur concerné par les marchés. Il convient alors d'identifier le niveau de qualification correspondant aux besoins, de l'indiquer dans l'avis, en précisant que la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'opérateur économique. Toutefois, comme l'a rappelé la commission, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature que ceux qui font l'objet de la consultation ne peut, à elle seule, justifier l'élimination d'un candidat.

Il ne semble pas que le pouvoir adjudicateur ait l'obligation de fixer des niveaux minimaux de capacité. Si le pouvoir adjudicateur décide de fixer des seuils, la commission conseille de les annoncer dans les avis de publicité ou dans les documents de la consultation et qu'ils soient proportionnés à l'objet du marché, l'exigence d'un chiffre d'affaires trop élevé, par exemple, étant susceptible d'être sanctionnée par les tribunaux. Toutefois, selon une jurisprudence récente, si le pouvoir adjudicateur ne mentionne pas de niveaux minimaux, aucun candidat ne peut être écarté pour insuffisance de capacité, car le juge administratif pourrait considérer que la sélection a été faite sur la base de critères qui n'étaient pas annoncés. Dans les procédures restreintes ou négociées, le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats, mais le choix des candidats retenus doit être opéré sur la base de critères objectifs indiqués dans l'avis de marché, sans que ces critères impliquent nécessairement des pondérations (cf. directive 2004-18 du 31 mars 2004).

Le respect du principe d'égalité de traitement des candidats doit conduire les services à s'interroger sur la possibilité de consulter, pour certains marchés, des sociétés qui auraient participé à des études préalables. Cette situation a été plusieurs fois rencontrée dans le cas d'opérations de travaux d'infrastructure dans lesquelles le pouvoir adjudicateur était amené à confier la maîtrise d'œuvre de suivi des travaux à un prestataire différent de celui qui avait mené les études de conception, notamment en raison de la résiliation du marché initial de maîtrise d'œuvre ; elle a également été soumise à la commission dans le cas où la poursuite ou l'approfondissement des études préalables à l'élaboration du programme de l'opération devait faire l'objet d'une nouvelle consultation. Ayant à examiner un marché d'inventaire et d'expertise d'infrastructures, préalable à un marché de « *facility management* » (gestion globale d'un immeuble incluant des services à la personne), la commission a invité le service à se prémunir contre les risques de conflits d'intérêt qui pourraient exister si la société titulaire du marché de diagnostic intervenait au profit d'une société candidate au contrat de gestion ou si ces deux sociétés pouvaient être considérées comme des « entreprises liées ».

La Cour de justice européenne a précisé, dans l'arrêt *Fabricom* du 3 mars 2005, dans quelles conditions la personne publique pouvait exclure d'une consultation publique des candidats ayant des liens organiques, juridiques ou économiques avec la société assurant son conseil. Deux conditions s'imposent : avoir informé, dès l'avis d'appel à candidatures, les candidats au premier marché de l'intention d'exclure de la consultation, pour le second marché, les entreprises qui lui seraient liées ; ouvrir la possibilité aux sociétés concernées de démontrer qu'elles n'ont pas bénéficié du fait de ces liens d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions de la concurrence.

C'est donc au stade de la passation du second marché que la personne publique peut demander les informations relatives à ces liens avec l'entreprise retenue pour le contrat d'assistance ou, à tout le moins, demander aux entreprises candidates de certifier qu'elles n'ont aucun lien avec l'entreprise de conseil et, dans le cas contraire, de faire la preuve que cette circonstance ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

### ✓ *Jugement des offres*

La vérification de la capacité des candidats à exécuter un marché ne doit pas être confondue avec les modalités d'attribution du marché. La commission conseille donc que les offres ne soient pas jugées sur des critères qui relèvent du choix des candidats.

L'objectif de l'acheteur public est de retenir la proposition économiquement la plus avantageuse. Pour y parvenir, il lui appartient de comparer les offres au vu de critères objectifs, définis en fonction de l'objet du marché et qu'il a librement pondérés en fonction de ses attentes. Il doit donc vérifier si le nombre de critères et leur pondération ainsi que la méthode de notation ne lui fait pas courir le risque de devoir choisir une offre qui ne correspondrait pas à son besoin. A cet effet, il peut être utile de procéder à une simulation des résultats susceptibles d'être obtenus après pondération et avec le procédé de notation qui sera utilisé. L'acheteur n'est pas tenu, au regard du code, de communiquer sa méthode de notation mais il doit pouvoir la justifier, si nécessaire, devant le juge. La commission recommande néanmoins aux services d'être le plus transparents possible, les méthodes de notation devant, en tout état de cause, être portées à la connaissance de la commission d'appel d'offres avant l'ouverture des plis.

L'acheteur doit être attentif à choisir des critères pertinents et seulement ceux-ci. Les principaux critères rencontrés sont le prix, la valeur technique et le délai.

### ✓ *Prix*

Bien que le code n'impose pas que ce critère tienne une place prépondérante, il ne doit pas pour autant être sous-estimé. La commission le rappelle régulièrement.

Le poids à lui donner dépend de la complexité de la prestation à réaliser et de la précision du cahier des charges. Le prix doit être prépondérant pour les produits de consommation courante et pour tous ceux dont les caractéristiques sont plus ou moins standard. Le CMP dans son article 53.II prévoit d'ailleurs que le pouvoir adjudicateur peut se fonder sur le seul critère prix selon l'objet du marché. Il peut en être ainsi, par exemple, pour les produits pétroliers dont les spécifications techniques sont clairement établies. Si tel n'est pas le cas, il convient de prendre en compte d'autres critères de jugement. Ainsi pour un marché de travaux routiers, le Conseil d'Etat a considéré que, compte tenu de la complexité des prestations à réaliser, le pouvoir adjudicateur avait méconnu les dispositions du CMP et ses obligations de concurrence en ne retenant que le seul critère prix (CE n°298584 Département de l'Isère du 6 avril 2007).

Le CMP est muet sur le contenu du critère prix et les éléments permettant d'effectuer une appréciation objective des offres. Toutefois, dans une réponse à une question écrite (QE n°00425 du 23 août 2007) le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a indiqué « *que l'estimation de l'administration ne peut être utilisée dans la formule de notation des prix car celle-ci doit permettre une comparaison directe des offres entre elles, le prix le plus bas devant, de plus, obtenir la note la plus haute* ». La comparaison des marchés à prix forfaitaire se fait sur les différents montants initiaux ; pour les marchés à tranches conditionnelles, le choix s'effectue sur le prix de la totalité du marché (tranche ferme plus tranches conditionnelles) ; s'agissant des marchés à bons de commande, il est recommandé d'apprécier le prix à partir d'un panel prévisionnel des achats, ce qui permet aux concurrents d'établir leurs propositions en toute connaissance de cause.

Quel que soit le poids donné au critère prix, la commission a rappelé que tous les postes constituant une offre devaient être pris en considération dans le jugement des offres en proportion de leur importance.

### ✓ *Valeur technique*

La commission considère qu'il est indispensable que la pondération adoptée traduise le surcoût admis par le pouvoir adjudicateur pour une meilleure valeur technique, sachant que cette appréciation peut avoir un caractère quelque peu subjectif. Une valorisation importante du critère technique n'est justifiée que si les candidats sont en mesure d'apporter une réelle plus-value. La commission a ainsi douté de l'opportunité de retenir un critère technique pondéré à 70 % pour des prestations à la portée de tous les candidats susceptibles d'être retenus.

La commission recommande que ce critère soit bien explicité dans les documents de la consultation. Le règlement de la consultation doit donc définir avec la plus grande précision les attentes du service acheteur (par exemple poids attaché à telle spécification ou à tel niveau de performance). Les candidats sont en droit de savoir à quelles caractéristiques techniques l'acheteur accorde de l'importance et comment les offres seront jugées. S'il est demandé un mémoire technique, il convient d'en indiquer le contenu ; si les offres sont appréciées à travers un questionnaire, celui-ci doit permettre de distinguer les propositions techniques ou économiques qui feront l'objet d'un examen en conformité, de celles qui feront l'objet d'un jugement au titre des critères de choix ; si le service prévoit la remise d'échantillons, la façon de les analyser devra être précisée.

### ✓ *Délai*

Le délai d'exécution est généralement fixé dans les documents de la consultation. Lorsque l'acheteur juge opportun de le laisser à l'initiative des concurrents, il est nécessaire qu'il en apprécie le surcoût et que soient prévues corrélativement des pénalités dissuasives pour le titulaire du marché en cas de non respect de son engagement. En outre, il faut éviter que les délais annoncés par les concurrents ne soient irréalistes. La commission suggère donc que ce critère soit apprécié au regard des moyens susceptibles d'être mis en œuvre par les candidats pour respecter les délais proposés.

### ✓ *Enseignements tirés des rapports de présentation prévus à l'article 79 du CMP sur la mise en œuvre des critères annoncés*

D'après les comptes-rendus parvenus à la CMPE, seuls une dizaine de marchés de fournitures, notamment pour des produits standard (pneumatiques ou carburants), prennent en compte uniquement le critère prix. La grande majorité des marchés font état de plusieurs critères. Parmi ceux-ci, un tiers des marchés accorde à la valeur technique un poids supérieur à celui du prix (60 ou 55 % contre 40 ou 45 %). Les autres marchés ajoutent à la prise en compte de la valeur technique et du prix une batterie d'autres critères tels que le délai d'exécution ou de livraison, la qualité du management ou celle du service après-vente. Dans tous les cas de figure, ces critères ont un poids moindre que la valeur technique ou le prix (leur poids n'excédant jamais 25 % ou 30 %). Enfin, certains marchés comportent des critères environnementaux dont le poids dans la pondération générale ne dépasse pas 5 à 10 %, ce qui s'explique par la présence dans les CCTP de spécifications visant à préserver l'environnement.

Dans de nombreux cas, l'écart entre les notes accordées aux différentes offres n'est pas très important. Dans 71 % des rapports de présentation, l'offre économiquement la plus avantageuse s'avère être la moins-disante.

Les observations précédentes ne s'appliquent pas aux rapports de présentation relatifs à des jurys de concours. En effet, ces derniers prennent en compte des critères permettant de déterminer le projet répondant le mieux aux critères figurant dans le règlement de concours (tels que la qualité architecturale, la réponse apportée au programme, la fonctionnalité des ouvrages, la qualité technique de la construction et la compatibilité entre le projet et l'enveloppe financière affectée aux travaux par le maître de l'ouvrage).

### C. Dossier de consultation

La qualité des dossiers de consultation commande en grande partie la sécurité juridique de la procédure et la bonne exécution des marchés. La mauvaise qualité des documents fournis par l'acheteur constitue souvent un obstacle à la remise des offres. Lorsqu'une entreprise n'est pas en mesure d'apprécier si elle peut exécuter un marché ou quels sont les risques qu'elle prend en l'exécutant, elle retire un dossier mais ne remet pas d'offres.

La commission examine donc avec grande attention les projets de dossiers de consultation et veille tout particulièrement à la cohérence des différents documents et au respect de la terminologie utilisée par le code de 2006. Ainsi, elle rappelle régulièrement que l'expression « offres non conformes » n'est plus à employer pour qualifier les offres qui doivent être éliminées avant tout classement, et qu'il faut lui substituer les expressions d'offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

#### 1) Les documents destinés à l'information des candidats

##### ✓ *Avis d'appel à candidatures*

Les avis adressés au JOUE doivent être établis conformément aux formulaires obligatoires établis par le règlement communautaire n° 1564/2005 de la commission du 7 septembre 2005. Les avis transmis au BOAMP doivent pour leur part être en conformité avec le modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie en date du 28 août 2006. Tout manquement est susceptible de conduire à la nullité de la procédure.

Certaines rubriques suscitent régulièrement les observations de la commission :

- accord AMP : tout avis de publicité atteignant les seuils communautaires doit indiquer si le marché est ou non couvert par l'accord international sur les marchés publics. Cette obligation a été rappelée par une décision du Conseil d'Etat du 11 mai 2007 (n° 98863 Région Guadeloupe) ;
- information sur les accords-cadres : cette rubrique doit être renseignée dès lors qu'il s'agit d'un marché à bons de commande ou comportant une partie à bons de commande, ce type de marché étant considéré comme un accord-cadre au sens de la directive communautaire ;

- durée du marché : il est nécessaire d'indiquer la durée du marché ou son délai d'exécution ainsi que la date prévisionnelle du début des prestations pour les marchés de fournitures et de services (cf. Conseil d'Etat n°298294 du 19 septembre 2007) ;
- options : doivent être mentionnées toutes les prestations complémentaires que le pouvoir adjudicateur se réserve de faire réaliser : les marchés complémentaires de l'article 35, les tranches conditionnelles, les reconductions, et, dans la mesure où ils seraient prévisibles, les avenants (Conseil d'Etat 15 juin 2007 Ministère de la Défense c/ Société Electronic Data Systems). Par conséquent, les options telles qu'elles sont communément utilisées en France, ne relèvent pas de cette rubrique et doivent être traitées dans le règlement de la consultation selon les recommandations figurant aux pages 54 et 55 ;
- modalités de financement et de paiement : doivent être précisés la nature des ressources que le pouvoir adjudicateur entend mobiliser pour financer l'opération, les délais et les modalités de paiement, les dispositions relatives au versement des avances et des acomptes ;
- procédures de recours : dans une décision du 15 juin 2007 (ministre de la défense c/ Sté SIDES n°300097) le Conseil d'Etat a jugé que les acheteurs publics ne sont pas tenus de renseigner la rubrique relative aux délais d'introduction des recours (rubrique VI.4.2) dès lors qu'ils ont précisé au titre de la rubrique VI.4.3 les coordonnées du service auprès duquel ces renseignements peuvent être obtenus.

Concernant l'organe chargé des médiations, les comités consultatifs de règlement amiable des litiges institué par l'article 127 du CMP ne peuvent être saisis que par les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires des marchés publics, ce qui interdit toute saisine avant la notification du marché par des candidats évincés. Si les pouvoirs adjudicateurs souhaitent cependant mentionner ces instances dans l'avis il est prudent d'apporter cette précision.

### ✓ *Règlement de la consultation*

Le règlement particulier de la consultation précise les modalités de la procédure et du jugement des offres mais ne peut modifier les indications figurant dans l'AAPC à la rubrique « critères d'attribution ». Il faut donc veiller à la conformité des informations figurant dans ces deux documents.

La commission recommande aux services acheteurs de veiller à ne pas demander au stade des offres des renseignements qui relèvent de l'appréciation des candidatures et de définir avec précision la règle du jeu et les attentes du pouvoir adjudicateur. Les services sont ainsi souvent invités à préciser les modalités d'appréciation des critères annoncés et à indiquer clairement les documents à produire au regard de chacun de ces critères.

Guidée par le souci d'assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats, la commission a également rappelé ou précisé les modalités de jugement des variantes et des options. On entend par variante les modifications de certaines spécifications proposées par les entreprises permettant des conditions financières plus intéressantes ou des propositions techniques plus performantes.

Le code 2006 modifie les conditions de recevabilité des variantes : elles doivent désormais être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur. Le règlement de la consultation doit indiquer les exigences minimales que les variantes doivent respecter, les points sur lesquels elles peuvent porter ainsi que leurs modalités de présentation et de jugement. Le code exclut donc les variantes libres.

Par ailleurs, il faut éviter d'indiquer que les variantes doivent respecter le CCTP puisque, par définition, une variante est une solution dans laquelle sont apportées une ou plusieurs modifications au CCTP (à l'exception des variantes sur les délais).

Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base et jugées en tant que telles en prenant en compte tous les critères annoncés dans le dossier, au même titre que la solution de base. La comparaison des offres de base et des variantes peut alors être faite séparément.

Une variante non accompagnée d'une offre de base ne peut qu'être rejetée. En revanche, la proposition de variantes non autorisées n'entraîne pas le rejet de l'offre de base à condition que cette dernière soit bien individualisée.

On entend généralement par options :

- des solutions techniques alternatives à celles prévues dans la solution de base et demandées par le pouvoir adjudicateur. Le choix s'effectue, le cas échéant, après avoir procédé aux tests permettant d'apprécier leur intérêt à la fois sur le plan économique et sur le plan technique.
- des prestations dont le pouvoir adjudicateur demande le chiffrage en complément de l'offre de base et qu'il se réserve la possibilité de commander ou non en fonction des moyens budgétaires résultant du montant des offres constaté lors de l'ouverture des offres.
- La commission rappelle régulièrement que les options, telles que pratiquées par les pouvoirs adjudicateurs français, ne sont prévues ni dans le code des marchés publics, ni dans la directive européenne sur la coordination des procédures de passation des marchés publics et qu'en aucun cas elles ne doivent servir à pallier l'insuffisance de la définition du besoin ou de l'enveloppe financière affectée à l'acquisition en cause. Néanmoins, la possibilité de prévoir des prestations facultatives semble admise par le Conseil d'Etat (arrêt n° 299391 du 15 juin 2007, ministère de la défense). Dans des cas exceptionnels, notamment pour les marchés de travaux, la commission considère qu'il est possible de prévoir des prestations additionnelles à condition que ces prestations soient d'un faible montant, que leur nombre soit limité et que le règlement de la consultation indique de façon claire la manière dont elles seront prises en compte dans le jugement des offres.

La commission propose en conséquence la démarche suivante :

- le règlement de la consultation énonce l'ordre dans lequel la CAO prendra en compte les options, successivement et cumulativement, pour déterminer celles qui seront finalement retenues afin de procéder ensuite au jugement et au classement des offres ;

- la commission d'appel d'offres donne son avis sur le jugement et le classement des offres en tenant compte du cumul des offres pour la solution de base et pour les offres retenues à l'issue de l'étape précédente ;
- le pouvoir adjudicateur ne peut ni ajouter ni enlever, au moment de la mise au point des marchés ni a fortiori ultérieurement, certaines options par rapport à la liste issue des travaux de la CAO et résultant des options classées par ordre de priorité qu'il aura indiquées dans le règlement de la consultation.

D'autres dispositions du règlement de consultation suscitent également des remarques : il s'agit notamment des modalités concernant les visites préalables effectuées par les concurrents avant la remise des offres. Le CMP ne prévoit aucune règle. Il est cependant rappelé aux services que le droit et la jurisprudence s'opposent dans les procédures de passation des marchés publics à toutes modalités susceptibles de favoriser les ententes. Aussi, la commission recommande aux pouvoirs adjudicateurs de renoncer à organiser des visites réunissant tous les candidats. Il est préférable de prévoir des visites individuelles et de communiquer à l'ensemble des participants les questions posées par chacun d'entre eux et les réponses apportées. Si les visites sont obligatoires, il convient de préciser que le non respect de cette formalité est éliminatoire ainsi que la manière dont sera vérifié le respect de cette obligation. En outre, lorsqu'une visite est indispensable, il est nécessaire que les candidats disposent d'un délai suffisant après la visite pour remettre leurs propositions.

## 2) Les documents contractuels

### ✓ CCAG

Le code des marchés ne fait pas obligation de viser les CCAG dans les documents contractuels. Ces textes ne sont que des documents de référence que les pouvoirs adjudicateurs peuvent adapter à leurs besoins ou auxquels il peut être dérogé. Le recours aux CCAG, certes très utile aux acheteurs publics, n'est toutefois pas aussi efficient que ce que les acheteurs sont en droit d'espérer. Certaines dispositions sont obsolètes ou en contradiction avec les textes législatifs et réglementaires. C'est notamment le cas du CCAG-PI dont certaines clauses ne sont pas en concordance avec le code de la propriété intellectuelle.

De nouveaux CCAG (fournitures courantes et services, techniques de l'information et de la communication, marchés industriels, prestations intellectuelles, travaux), élaborés par la Direction des affaires juridiques, ont donné lieu à une large concertation et devraient être prochainement publiés.

### ✓ *Acte d'engagement*

Il est indispensable que les actes d'engagement aient un contenu précis, arrêté par le pouvoir adjudicateur avant la consultation. Si le marché doit 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).

Les actes d'engagement doivent permettre aux entreprises de savoir précisément comment est constitué le prix, et permettre de distinguer les marchés :

- à prix forfaitaire, qui peuvent être accompagnés d'une décomposition du prix forfaitaire qui n'a pas de valeur contractuelle ;
- à bons de commande, dans lesquels les prix figurent dans le bordereau de prix annexé à l'acte d'engagement. Celui-ci indique s'il y a lieu les montants minimum et maximum. Il est conseillé d'y joindre, en précisant que ce document n'a pas de valeur contractuelle, un document complémentaire dans lesquels sont portées des quantités prévisionnelles et qui permettra de comparer les offres de prix ;
- à prix unitaires, dans lesquels les prix du marché figurent dans le bordereau de prix annexé à l'acte d'engagement. Un montant évaluatif figure dans l'acte d'engagement. Il est renseigné par l'entreprise à partir des quantités fournies par l'acheteur public dans un document appelé le plus souvent « détail quantitatif estimatif » et qui permet de comparer les offres de prix.

Concernant les marchés de maîtrise d'œuvre, afin d'inciter le titulaire à respecter ses engagements, conformément aux dispositions de l'article 30 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, la commission a plusieurs fois recommandé, s'agissant de la fixation du montant du forfait définitif de rémunération, que l'acte d'engagement comporte un dispositif d'atténuation du taux de rémunération de la mission de base en fonction de l'écart constaté entre le montant de l'enveloppe financière prévisionnelle et celui du coût estimatif proposé sur la base des études au stade prévu par le marché pour conclure cet engagement.

La commission a, par ailleurs, émis les recommandations suivantes :

- dès lors que les travaux devraient être exécutés par tranches fonctionnelles successives – et a fortiori lorsque ces tranches sont conditionnelles – dans l'article de l'acte d'engagement relatif aux prix, l'enveloppe financière prévisionnelle attribuée aux travaux doit être décomposée selon ces différentes phases, afin de permettre au maître d'œuvre d'engager tranche par tranche, cette disposition devant également être précisée dans le CCAP ;
- l'article de l'acte d'engagement relatif au prix doit distinguer la mission de base de maîtrise d'œuvre, qui fait l'objet d'un forfait provisoire de rémunération, des missions complémentaires dont le forfait de rémunération est fixé de manière définitive dès la notification du marché ; cette distinction doit être rappelée dans le CCAP si celui-ci comporte un article relatif à la fixation du montant du forfait définitif ;
- lorsque le marché est attribué à la suite d'un concours donnant lieu à l'attribution d'une prime, il convient d'indiquer, soit dans l'acte d'engagement soit dans le CCAP, que la rémunération de l'élément de mission « Esquisse » inclut le montant de la prime.

#### ✓ CCAP

Certaines clauses administratives appellent plus particulièrement l'attention de la commission.

### ✓ *Clauses de propriété intellectuelle*

La possibilité d'utiliser des résultats à l'issue d'un marché est prévue par le CCAG-PI et le CCAG-MI. Les services doivent au cas par cas choisir les dispositions qui correspondent au mieux à leur besoin. Si, comme le propose le chapitre VII du CCAG-MI, le pouvoir adjudicateur veut se réserver le droit de reproduire (c'est-à-dire de fabriquer ou de faire fabriquer des objets conformes à un prototype ou à des dessins résultant du marché) pour ses besoins propres et ceux de tiers désignés au marché, il convient de prévoir, au titre du marché, la libre utilisation de l'ensemble des moyens qui seront nécessaires à l'exercice de ces droits (dossier de définition, dossier de fabrication, procédure de maintenance, sources logicielles). Des précautions sont également à prendre pour certains marchés informatiques. Concernant un marché d'assistance au développement d'une application, la commission a recommandé de viser l'option A du CCAG-PI afin que le pouvoir adjudicateur reste propriétaire de tous les développements logiciels et puisse en assurer librement la maintenance.

### ✓ *Durée*

La durée des marchés n'est pas limitée par le code, à l'exception des accords-cadres et des marchés à bons de commande pour lesquels la durée maximale est de 4 ans, sauf lorsqu'une durée plus longue peut être justifiée par l'objet du marché ou par le fait que son exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure.

La commission considère que la durée d'un marché doit tenir compte des caractéristiques des produits et des services achetés ainsi que de l'état de la concurrence. Si les produits évoluent rapidement sur le plan technique et/ou si l'offre concurrentielle est instable, il est souhaitable de passer des marchés de courte durée. Si, au contraire, il s'agit d'acquérir des produits ou des services peu évolutifs ou si les titulaires sont en situation de monopole, il peut être préférable de conclure des marchés de plus longue durée.

Hormis les cas de marchés à bons de commande ou d'accords-cadres, les durées envisagées par les services acheteurs n'ont suscité que peu de remarques. Toutefois, pour un marché de maintien en condition opérationnelle d'un système de communication, la commission a considéré qu'une durée de 13 ans était à déconseiller car les prestations à réaliser nécessitaient des interventions lourdes que le titulaire n'était pas en mesure de chiffrer sur une période aussi longue. La durée prévue n'aurait pu être justifiée que dans le cas du maintien en condition opérationnelle d'un système stabilisé ne devant pas connaître d'évolutions significatives. De même, pour un marché de réparations de véhicules, reconductible, la commission a considéré qu'une durée totale de huit ans était excessive, alors que la tranche ferme n'était que d'un an.

### ✓ *Clauses de financement et de paiement*

Les modalités de financement sont réglées par les articles 86 à 90 du CMP.

Le code de 2006 a supprimé l'avance forfaitaire et l'avance facultative antérieurement prescrites, et les a remplacées par une avance unique, qui peut être modulée selon les besoins. Une avance est accordée dès lors que le montant du marché est supérieur à 50 000 € HT et sa durée supérieure à deux mois.

Ces dispositions s'appliquent à tous les marchés, étant précisé que, pour les marchés à tranches conditionnelles, l'avance est due au titulaire non seulement pour la tranche ferme mais également pour chacune des tranches conditionnelles une fois affermie. Le montant de l'avance est égal à 5 % du montant initial TTC du marché ou de la tranche si leur durée est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance de 5 % est calculée en fonction du montant du marché et de sa durée. Elle peut désormais être supérieure à 5 % sans dépasser 30 %, sauf à constituer une garantie à première demande ; dans ce cas elle peut être portée à 60 %, à condition d'être motivée.

Pour un marché de maintenance d'installations électriques pour lequel une avance de 30% était prévue, la commission a donc considéré que ce taux était excessif, car les prestations en cause ne nécessitaient aucun investissement préalable important. Elle a suggéré au service, dans le cas où il maintiendrait cette avance, de la porter à un pourcentage très légèrement supérieur, ce qui permettait d'exiger la constitution d'une garantie à première demande. A défaut, en cas de défaillance du titulaire avant exécution complète du marché, il est impossible de récupérer le montant de l'avance.

Les modalités de paiement sont régies par les articles 91 à 100 du CMP.

Les prestations qui ont donné lieu à un début d'exécution ouvrent droit à acomptes dont la périodicité de versement est fixée au maximum à trois mois dans le cas général. Lorsqu'il s'agit d'une PME, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés de travaux. Pour les marchés de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire. Le versement d'acomptes et les conditions de versement doivent être prévus au contrat.

Le montant de l'acompte ne pouvant excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte, les modalités de versement figurant au CCAP doivent permettre de vérifier le service fait.

Les délais de paiement sont fixés par l'article 98 du CMP. La commission recommande de prévoir dans les CCAP des dispositions claires permettant d'établir avec certitude quels sont les points de départ de ces délais.

### ✓ *Pénalités*

Les marchés comportent généralement des clauses de pénalités. Celles-ci doivent être limitées à ce qui est nécessaire au bon déroulement du marché. Des pénalités trop fortes peuvent dissuader certaines entreprises de se porter candidates ou les inciter, pour se couvrir, à augmenter leurs prix. Si les pénalités sont plafonnées, ce qui est rare, il convient d'indiquer que le dépassement entraînera la résiliation du marché et de préciser les modalités de mise en demeure avant la décision de résiliation. En tout état de cause, le mode de calcul des pénalités doit être obligatoirement précisé dans les documents contractuels, car cet élément est pris en compte par les candidats pour chiffrer leurs offres.

### ✓ *Résiliation*

Les conditions de résiliation doivent tenir compte de nouvelles obligations résultant du code des marchés publics et du code du travail.

Désormais, en application des dispositions de l'article 47 du CMP, un marché peut être résilié en cas d'inexactitude des documents et renseignements mentionnés aux articles 44 et 46 du CMP ou du refus de produire les pièces prévues aux articles R 324-4 et R 324-7 du code du travail. Ces derniers documents doivent être transmis au pouvoir adjudicateur lors de la conclusion du marché et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution. S'ils ne sont pas remis, la personne publique peut résilier le marché aux torts du titulaire après une mise en demeure restée infructueuse.

La commission a donc recommandé à plusieurs reprises de prévoir dans les CCAP une clause précisant les conditions de résiliation. La rédaction suivante pourrait utilement être adoptée : *« Après mise en demeure restée infructueuse, le marché peut être résilié aux torts du titulaire sans que celui-ci puisse prétendre à indemnité et, le cas échéant, avec exécution des prestations à ses frais et risques, lorsqu'il a contrevenu à l'article R.324-4 ou 324-7 du code du travail. La mise en demeure doit être notifiée par écrit et assortie d'un délai. A défaut d'indication du délai, le titulaire dispose d'un mois à compter de la notification de la mise en demeure, pour satisfaire aux obligations de celle-ci ou pour présenter ses observations ».*

### ✓ *Cas particulier des marchés de maîtrise d'oeuvre*

Concernant les marchés de maîtrise d'œuvre, la commission a rappelé que le programme de l'opération doit figurer dans la liste des pièces particulières du marché. De plus, elle a plusieurs fois émis des recommandations au sujet des engagements que le maître d'œuvre doit prendre, conformément aux dispositions de l'article 30 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 :

- une disposition fixant une réduction du forfait de rémunération du maître d'œuvre, en cas de dépassement du seuil de tolérance au vu du résultat de l'ensemble des appels d'offres et devis de travaux, n'est pas conforme à l'esprit de l'article 30.I. du décret qui dispose que la seule pénalité applicable à ce stade est la reprise des études, sans rémunération supplémentaire, par le titulaire ;
- lorsque, pour des travaux d'infrastructure, la mission de maîtrise d'œuvre est limitée au suivi d'exécution des travaux, le marché ne peut prévoir un engagement du titulaire en cas de non-respect d'un seuil de tolérance du montant final des travaux par rapport au montant total initial des marchés de travaux, cet engagement ne pouvant être pris, aux termes de l'article 30 du décret n° 93-1268, que dans le cas où un premier engagement est pris conformément au I de cet article 30 ; par contre, le CCAP peut toujours, dans ce contexte particulier, fixer des pénalités applicables si le montant final des travaux excède un seuil fixé par le marché.

## ✓ CCTP

Le CCTP constitue la pièce maîtresse du cahier des charges puisqu'il fixe les spécifications techniques nécessaires à l'exécution du marché de manière à ce que celui-ci réponde au besoin auquel il est destiné. Il doit donc être rédigé de telle sorte que les prescriptions qu'il contient soient adaptées aux demandes des utilisateurs sans pour autant exiger un niveau de qualification inutile.

Il s'agit d'un document sur lequel s'engagent les entreprises. Il est donc indispensable qu'il soit rédigé avec suffisamment de précision pour permettre aux concurrents d'apprécier s'ils sont en mesure d'exécuter le marché ou quels risques ils prennent en acceptant de réaliser les prestations. En outre, les exigences doivent être décrites de telle sorte qu'elles n'avantagent pas un ou une catégorie de concurrents aux dépens des autres.

De la qualité du CCTP dépend une bonne concurrence et l'obtention d'offres fiables et facilement comparables.

L'article 6 du CMP prévoit que les spécifications techniques peuvent être formulées soit en terme de performances ou d'exigences fonctionnelles, soit en termes de normes, soit en combinant ces deux possibilités.

Il convient de rappeler qu'il faut distinguer les normes qui s'appliquent au marché lorsqu'elles ont été expressément citées dans le cahier des charges de celles dont l'application a été rendue obligatoire par un texte réglementaire. Certains acheteurs citent une norme sans se rendre compte que la totalité de la norme n'est pas nécessairement adaptée au marché et qu'il serait donc utile dans un certain nombre de cas d'y déroger ou de lever certaines options.

En cas d'appel d'offres, le CCTP est intangible et doit être finalisé avant la remise des offres. Si les concurrents estiment que le marché comporte des imprécisions, ils doivent demander des compléments d'information, avant la remise des offres, à la personne publique, à charge pour celle-ci de les transmettre à l'ensemble des participants et de prolonger en conséquence le délai de remise des offres. Il n'appartient pas aux concurrents de proposer des modifications ou précisions qui pourraient être prises en compte au moment de la mise au point de l'offre.

# Conclusion

*Après trois ans de fonctionnement, il est permis de considérer que le système d'assistance et de conseil aux acheteurs mis en place en 2004 donne satisfaction.*

*Les avis, observations et recommandations émis sur les dossiers sont généralement suivis d'effet. Les secrétaires techniques sont de plus en plus sollicités par les services pour des conseils donnés téléphoniquement ou lors de réunions de travail avec les services acheteurs soucieux d'assurer la qualité de leurs dossiers de marchés. La procédure d'accompagnement est non seulement acceptée des services mais souvent sollicitée.*

*Les services acheteurs ont pu aussi être sensibilisés aux modifications apportées à la réglementation des marchés publics par le code 2006 et ses textes d'application, tant sur la forme que sur le fond. La nouvelle terminologie (notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice, offre inappropriée, inacceptable ou irrégulière remplaçant l'expression d'offre non conforme) est maintenant utilisée dans les contrats.*

*Les nouvelles dispositions du code telles que celles concernant l'achat durable, les accords-cadres, le dialogue compétitif ou les mesures en faveur des PME sont mieux maîtrisées par les acheteurs publics.*

*Les actions de formation mises en place en 2007 et qui devraient se poursuivre en 2008 sont appréciées des bénéficiaires.*

*La communication des rapports de présentation en fin de procédure devrait maintenant permettre à la CMPE non seulement d'être informée des suites données à ses interventions et d'en mesurer l'efficacité mais également de disposer d'informations sur les conditions dans lesquelles s'exercent la concurrence ainsi que sur la convenance des prix, la durée des procédures et les difficultés rencontrées. Ces informations, qui commencent à être exploitées par la commission, pourraient avec profit être utilisées, en dehors de la commission, dans une démarche d'audit permettant d'améliorer l'efficacité de l'achat public.*

# Annexes

**A - Décret n°2007-61 du 16 janvier 2007**

**B - Composition de la commission**

- liste des personnalités qualifiées
- liste des représentants des ministres

**C - Liste des rapporteurs ayant présenté un rapport en 2007**

**D - Organigramme de la commission**

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

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

Vu le décret n° 2006-975 du 1<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 a lui-même été adressé à ladite commission.

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

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

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

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

### Article 4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **Article 5**

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

## **Article 6**

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

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

- un rapporteur général chargé de la coordination des travaux du secrétariat technique et des rapporteurs et de l'attribution, en liaison avec les secrétaires techniques, des affaires à chaque rapporteur ;
- un ensemble de rapporteurs, placés sous l'autorité du rapporteur général, chargés d'étudier les dossiers communiqués à la commission et de présenter ceux qui sont inscrits à l'ordre du jour des réunions de la commission.

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

- des membres du Conseil d'Etat, des cours administratives d'appel ou des tribunaux administratifs ;
- des magistrats de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes ;
- des membres de l'inspection générale des finances ;
- des membres de l'inspection générale de l'administration ;
- des membres de l'inspection générale des affaires sociales ;
- des membres du contrôle général des armées ;
- des ingénieurs des corps techniques de l'Etat en activité ou en retraite ;
- des agents de catégorie A, en activité ou en retraite, à raison de leurs compétences particulières en matière de passation des marchés publics.

#### **Article 7**

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

#### **Article 8**

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

## Composition de la Commission des marchés publics de l'Etat

<b>Président de la CMPE</b>	:	M. Pierre LELONG
<b>Vice-Président</b>	:	Mme Anne FROMENT-MEURICE
<b>Vice-Président</b>	:	M. Philippe de BEAUREGARD

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

### Membres permanents de la CMPE

**Deux personnalités choisies par le président en fonction de l'objet du marché en cause**

*Voir liste jointe* 

**Le représentant du ministre dont relève le pouvoir adjudicateur**

*Voir liste jointe* 

**Le rapporteur général de la CMPE ou son représentant**

**Le Directeur des affaires juridiques au MINEFE ou son représentant**

**Le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou son représentant**

## Personnalités qualifiées

(article 2.I.c du décret n°2007-61 du 16 janvier 2007)

Ministère d'origine	Experts	Spécialités
<b>Ecologie, développement et aménagement durable</b>	M. Christian QUEFFELEC Ingénieur Général des Ponts et Chaussées	Architecte
	Mme Sophie BOUTEAU Responsable du pôle réglementation	Critère environnement
	M. Rémy RISSER Chef de bureau	Critère de gestion durable des forêts dans les marchés de bois et des produits dérivés
	M. Simon SCHIANO Responsable du pôle animation	Critère environnement
<b>Défense</b>	M. Philippe COSSON Ingénieur en chef de l'armement	Informatique – Electronique Télécoms – Missiles
	M. Bernard PIEKARSKI Ingénieur en chef de l'armement	Systèmes d'armes
<b>Intérieur, outre-mer et collectivités territoriales</b>	<b>En attente de nomination</b>	
<b>Culture et communication</b>	Mme Lucie LETIERCE Chargée de mission	Bâtiment
	Mme Catherine MEYER-LERECULEUR Administrateur civil	Bâtiment
	Mme Véronique PEREZ Chef du département des affaires juridiques	Bâtiment
<b>Education nationale</b>	M. Michel AFFRE Chef de bureau	Informatique, sécurité
	M. Philippe AJUELOS Chef de bureau	Informatique, réseaux, télécom, marchés études d'assistance à maîtrise d'ouvrage
	M. Jean CERVONI Adjoint au sous-directeur de l'informatique	Informatique, réseaux, sécurité, télécom

Ministère d'origine	Experts	Spécialités
<b>Justice</b>	M. Guy DUPLAQUET Ingénieur en chef des Télécommunications	Informatique
	M. Erwan LE RAVALLEC Responsable du domaine marchés et Conseil	Informatique
	M. Marc YOLIN Ingénieur en chef des Télécommunications	Informatique
<b>Santé, jeunesse et sports</b>	Mme Florence WILHELM-RENTLER Chef du bureau des processus, des Systèmes d'information et des métiers financiers	Fournitures, services
	Mme Flore MOREUX Responsable du pôle marchés publics	Publicité, magazines
<b>Agriculture et pêche</b>	M. Dominique FABRE Inspecteur général	Moyens généraux, questions communautaires
	M. Hervé LE GALL Inspecteur général	Approvisionnements généraux
	M. Jean-Claude MICHEL Inspecteur général	Approvisionnements généraux, communications

## Représentants des ministres

(article 2.I.d du décret n°2007-61 du 16 janvier 2007)

Ministères	Représentants
<b>Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durable</b>	<p><b>M. Michel-Régis TALON</b> – Adjoint à la directrice des affaires juridiques, informatiques et logistiques (DAJIL) à la direction générale du personnel et de l'administration (DGPA)</p> <p>Monsieur Pierre-Yves BIET – Chef du bureau du droit de la commande publique (DGPA/DAJIL)</p> <p>Monsieur Bruno HEBERT – Chef de la mission des achats (DGPA/DAJIL)</p> <p>Madame Martine PALIS – Chef du bureau de la commande publique (DGA/SAFCG)</p>
<b>Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi</b> <b>Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique</b>	<p><u>Représentants communs des deux ministres :</u></p> <p><b>M. Philippe DUMAS</b>, Inspecteur général des Finances</p> <p>M. Eric GISSLER, Inspecteur général des Finances</p>
<b>Ministère de l'éducation nationale</b>	<p><b>M. Jean-Claude BRUNETEAU</b> - Adjoint à la Sous-Directrice de la logistique de l'administration centrale</p> <p>M. Olivier VALENCHON - Chef du bureau des affaires financières</p>
<b>Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité</b>	<p><b>Melle Samira TOUITI</b> Responsable des marchés publics au bureau de la Comptabilité et de la commande publique</p>
<b>Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales</b>	<p><b>M. Raymond FEKIK</b>- Inspecteur Général de l'administration</p> <p>M. Yvan BLOT - Inspecteur général de l'administration -</p>
<b>Ministère de la défense</b>	<p><b>M. Nicolas CHAPON</b> - Contrôleur des Armées -</p> <p>M. Frédéric BIOCHE - Contrôleur Général des Armées -</p> <p>M. Jean GIANNESINI – Contrôleur Général des Armées -</p> <p>M. Pascal PIAT – Contrôleur des Armées</p>

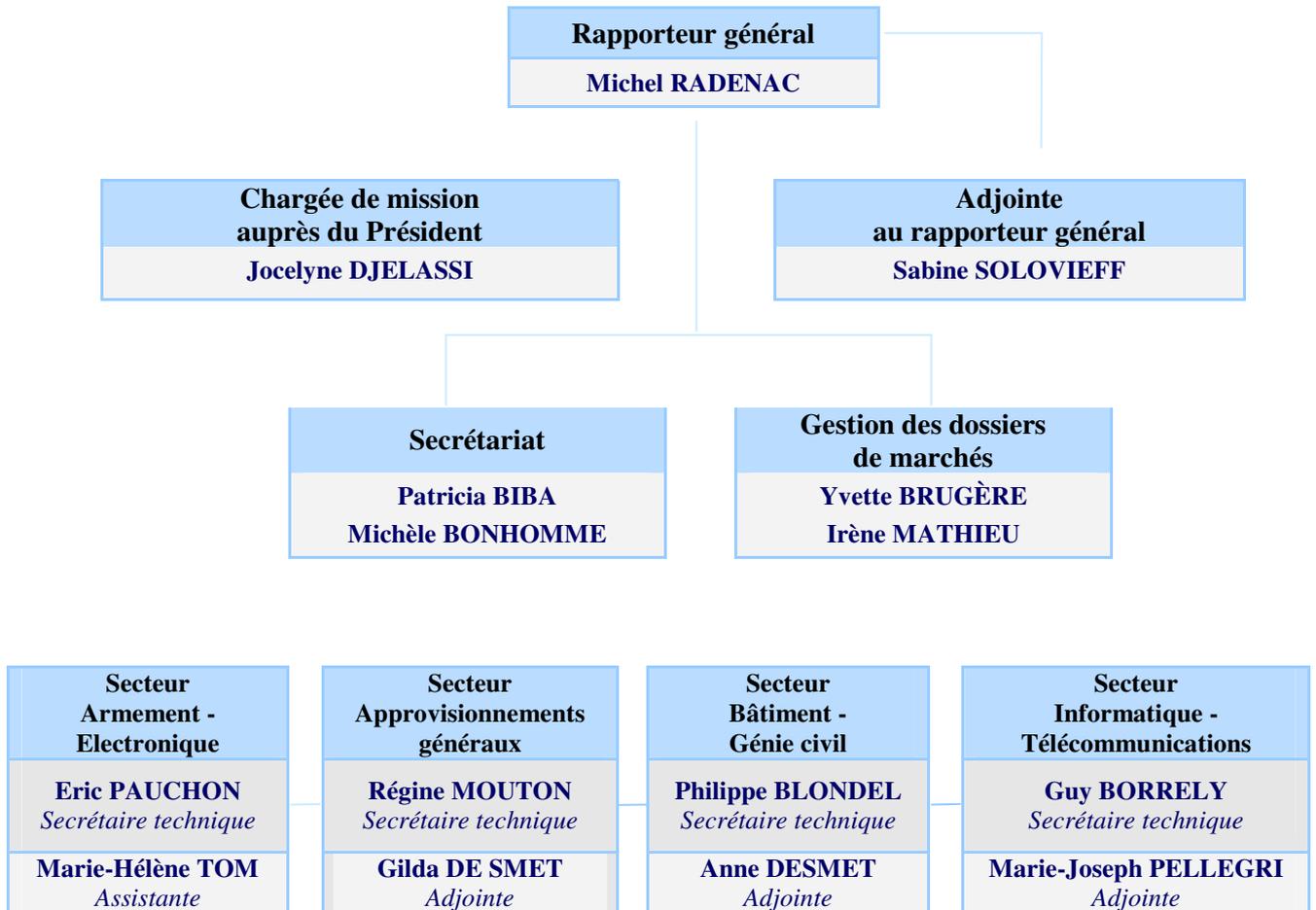
Ministères	Représentants
<b>Ministère de la santé, de la jeunesse et des sports</b>	<b>M. Christian GAL</b> – Inspecteur général des affaires sociales
<b>Ministère de la culture et de la communication</b>	<b>Monsieur Hubert GICQUELET</b> – Adjoint à la sous-directrice des affaires juridiques –
<b>Ministère de la justice</b>	<b>Mme Dominique LOTTIN</b> – Chef de service, adjointe au secrétaire général  M. Eric LALLEMENT - Chef de service, adjoint au Directeur de l'administration générale et de l'équipement
<b>Ministère des affaires étrangères et européennes</b>	<b>M. Alain BARTHEZ</b> – Chef du bureau des affaires juridiques internes  M. Michel POLLEZ – Chef du bureau des marchés
<b>Services du Premier Ministre</b>	<b>M. Gilles MARTIN</b> – Chef du bureau des contrats et marchés publics
<b>Ministère de l'agriculture et de la pêche</b>	<b>M. Olivier NICOLARDOT</b> – Chef du bureau de la commande publique
<b>Ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement</b>	<b>En attente de nomination</b>
<b>Ministère du logement et de la ville</b>	<b>M. François RENVOISE</b> – Ingénieur général, membre du conseil général des Ponts et Chaussées
<b>Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche</b>	<b>En attente de nomination</b>

## Annexe C

## Liste des rapporteurs de la CMPE ayant présenté un rapport en 2007

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

## Organigramme de la Commission



# Tableaux statistiques

**TABLEAU 1 → Nombre de dossiers transmis à la CMPE en 2007**

**TABLEAU 2 → Nature des prestations faisant l'objet des dossiers transmis à la CMPE en 2007**

**TABLEAU 3 → Mode de passation des marchés transmis à la CMPE en 2007**

**TABLEAU 4 → Nombre et montant des dossiers transmis à la CMPE en 2007 par ministère**

**TABLEAU 5 → Forme des dossiers transmis à la CMPE en 2007**

**TABLEAU 6 → Durée des marchés transmis à la CMPE en 2007**

**TABLEAU 1 : Nombre de dossiers transmis à la CMPE en 2007**

ANNUEL	TOTAL		Secteur AE		Secteur AG		Secteur BG		Secteur IT	
	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT
<b>Dossiers reçus</b>	<b>667</b>	<b>21 250 M€</b>	155	9 225 M€	124	6 466 M€	252	1 838 M€	136	3 721 M€
dont ≥ 6 M€ (saisine obligatoire)	461	20 963 M€	131	9 206 M€	115	6 460 M€	101	1 607 M€	114	3 690 M€
dont inférieur à 6 M€	206	288 M€	24	19 M€	9	5,9 M€	151	231 M€	22	31 M€
· dont saisines obligatoires	155	248 M€	8	13 M€	3	5 M€	133	206 M€	11	23 M€
· dont saisines facultatives	51	40 M€	16	6 M€	6	0,6 M€	18	25 M€	11	8 M€
<b>Traités en séances (= avis)</b>	<b>50</b>	<b>4 492 M€</b>	14	1 711 M€	16	1 933 M€	7	73 M€	13	775 M€
<b>Traités hors séances</b>	<b>617</b>	<b>16 758 M€</b>	141	7 514 M€	108	4 533 M€	245	1 764 M€	123	2 946 M€
· dont avec observations	325	12 658 M€	86	5 580 M€	100	4 132 M€	39	346 M€	100	2 600 M€
· dont sans observations ou en cours d'instruction	292	4 100 M€	55	1 934 M€	8	401 M€	206	1 418 M€	23	346 M€

<b>Décisions d'accompagnement</b>	<b>26</b>	<b>3 657 M€</b>	9	2 966 M€	4	120 M€	2	16 M€	11	554 M€
-----------------------------------	-----------	-----------------	---	----------	---	--------	---	-------	----	--------

AE = Armement-électronique

AG = Approvisionnements généraux

BG = Bâtiment et génie civil

IT = Informatique et télécommunications

Nota :

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

2) les dossiers qui reviennent dans le cadre d'un accompagnement (décidé en 2007 ou antérieurement) sont enregistrés en saisines facultatives et leur montant est par convention évalué à un euro (ce qui permet de mesurer la charge de travail de la CMPE san

3) les "décisions d'accompagnement" concernent des marchés transmis en 2007 (dont le nombre et le montant sont inclus dans le tableau du dessus).

**TABLEAU 2 : Nature des prestations faisant l'objet des dossiers transmis à la CMPE en 2007**

CATEGORIES	TOTAL CMPE				DETAIL PAR SECTEUR							
					Secteur AE		Secteur AG		Secteur BG		Secteur IT	
	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Travaux	177	27%	1 725 M€	8%	4	40 M€	0	0 M€	173	1 685 M€	0	0 M€
Services	195	29%	7 047 M€	33%	62	3 141 M€	40	1 965 M€	17	37 M€	76	1 903 M€
Fournitures	191	29%	11 804 M€	56%	70	5 808 M€	84	4 501 M€	1	12 M€	36	1 484 M€
Prestations Intellectuelles	57	8,5%	409 M€	2%	18	235 M€	0	0 M€	27	38 M€	12	136 M€
Maîtrise d'Œuvre	45	7%	257 M€	1%	0	- €	0	0 M€	34	65 M€	11	192 M€
Marché de définition	1	0,1%	1 M€	0,01%	1	1 M€	0	0 M€	0	0 M€	0	0 M€
Marché de réalisation suite à marché de définition	1	0,1%	6 M€	0,03%	0	0 M€	0	0 M€	0	0 M€	1	6 M€
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>667</b>	<b>100%</b>	<b>21 250 M€</b>	<b>100%</b>	<b>155</b>	<b>9 225 M€</b>	<b>124</b>	<b>6 466 M€</b>	<b>252</b>	<b>1 838 M€</b>	<b>136</b>	<b>3 721 M€</b>

AE = Armement-électronique

AG = Approvisionnements généraux

BG = Bâtiment et génie civil

IT = Informatique et télécommunications

TABLEAU 3 : Mode de passation des marchés transmis à la CMPE en 2007

CATEGORIES		TOTAL CMPE				DETAIL PAR SECTEUR							
						Secteur AE		Secteur AG		Secteur BG		Secteur IT	
		Nombre de dossiers	%	Montant des dossiers	%	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
<b>CMP 1° Partie (Pouvoirs adjudicateurs)</b>	<b>Article</b>												
Marchés à procédure adaptée	28	12	1,8%	10 M€	0,0%					12	10 M€		
Marchés de services à procédure allégée	30	6	0,9%	309 M€	1,5%			6	309 M€				
M. négociés avec publicité et mise en concurrence	35-I	17	2,5%	160 M€	0,8%	4	14 M€	1	12 M€	9	19,3 M€	3	115 M€
M. négociés sans publicité ni mise en concurrence	35-II	46	6,9%	1 297 M€	6,1%	19	785 M€	6	110 M€	2	0,5 M€	19	402 M€
Procédure de dialogue compétitif	36	15	2,2%	360 M€	1,7%	1	45 M€	4	176 M€			10	139 M€
Procédure de conception-réalisation	37	4	0,6%	279 M€	1,3%	1	237 M€			3	42 M€		
Procédure de concours	38	16	2,4%	34 M€	0,2%					16	34 M€		
Appel d'offres ouvert	57	357	53,5%	9 226 M€	43,4%	17	206 M€	93	5 007 M€	173	1 382 M€	74	2 632 M€
Appel d'offre restreint	60	60	9,0%	2 305 M€	10,8%	13	1 218 M€	9	722 M€	33	311 M€	5	54 M€
Système d'acquisition dynamique	78	1	0,1%	40 M€	0,2%							1	40 M€
Total partiel code des marchés première partie		<b>534</b>	<b>80,1%</b>	<b>14 020 M€</b>	<b>66,0%</b>	55	2 505 M€	119	6 336 M€	248	1 797 M€	112	3 382 M€
<b>CMP 2° Partie (Entités adjudicatrices)</b>	<b>Article</b>	<b>Nombre</b>	<b>%</b>	<b>Montant</b>	<b>%</b>	<b>Secteur AE</b>		<b>Secteur AG</b>		<b>Secteur BG</b>		<b>Secteur IT</b>	
Marché négocié sans mise en concurrence	144-II	1	0,1%	7 M€	0,0%							1	7 M€
Marché négocié avec mise en concurrence	165	9	1,3%	214 M€	1,0%			3	100 M€	1	26 M€	5	88 M€
Appel d'offres ouvert	160	2	0,3%	41 M€	0,2%					1	7 M€	1	34 M€
Procédure de concours	167	1	0,1%	0,3 M€	0,0%					1	0,3 M€		
Total partiel code des marchés deuxième partie		<b>13</b>	<b>1,9%</b>	<b>262 M€</b>	<b>1,2%</b>	0	0 M€	3	100 M€	3	33 M€	7	129 M€
<b>Marchés non soumis au code</b>	<b>Article</b>	<b>Nombre</b>	<b>%</b>	<b>Montant</b>	<b>%</b>	<b>Secteur AE</b>		<b>Secteur AG</b>		<b>Secteur BG</b>		<b>Secteur IT</b>	
Protection des intérêts essentiels de l'Etat	3-7°	4	0,6%	53 M€	0,2%	1	15 M€					3	37 M€
<b>Décret n° 2004-16 dit "Décret Défense"</b>	<b>Article</b>	<b>Nombre</b>	<b>%</b>	<b>Montant</b>	<b>%</b>	<b>Secteur AE</b>		<b>Secteur AG</b>		<b>Secteur BG</b>		<b>Secteur IT</b>	
M. négociés avec publicité et mise en concurrence	2-I	28	4,2%	1 036 M€	4,9%	21	910 M€					7	126 M€
M. N. sans publicité et avec mise en concurrence	2-II	8	1,2%	122 M€	0,6%	6	85 M€	1	30 M€	1	7,3 M€		
M. négociés sans publicité ni mise en concurrence	2-III	80	12,0%	5 758 M€	27,1%	72	5 710 M€	1	0,3 M€			7	47 M€
Total partiel décret défense du 7 janvier 2004		<b>116</b>	<b>17,4%</b>	<b>6 916 M€</b>	<b>32,5%</b>	99	6 705 M€	2	30 M€	1	7 M€	14	173 M€
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>667</b>	<b>100%</b>	<b>21 250 M€</b>	<b>100%</b>	155	9 225 M€	124	6 466 M€	252	1 838 M€	136	3 721 M€

AE = Armement-électronique

AG = Approvisionnements généraux

BG = Bâtiment et génie civil

IT = Informatique et télécommunications

**TABLEAU 4 : Nombre et montant des dossiers transmis à la CMPE en 2007 par ministère**

MINISTERES	TOTAL CMPE				DETAIL PAR SECTEUR							
	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%	Secteur AE		Secteur AG		Secteur BG		Secteur IT	
					Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Défense	266	40%	11 111 M€	52%	149	9 186 M€	41	1 133 M€	36	321 M€	40	471 M€
Institutions, juridictions et autorités indépendantes	54	8%	4 642 M€	22%	1	10 M€	41	3 647 M€	5	8 M€	7	977 M€
Ecologie, développement et aménagement durables	145	22%	1 656 M€	8%	4	23 M€	6	116 M€	118	915 M€	17	601 M€
Intérieur, outre-mer et collectivités publiques	38	6%	1 258 M€	6%	0	0 M€	11	799 M€	15	108 M€	12	351 M€
Justice	29	4%	644 M€	3%	0	0 M€	3	368 M€	16	78 M€	10	198 M€
Economie, finances et emploi	20	3%	468 M€	2%	0	0 M€	2	56 M€	2	38 M€	16	374 M€
Santé, jeunesse et sports	21	3%	393 M€	2%	0	0 M€	6	141 M€	4	13 M€	11	239 M€
Budget, comptes publics et fonction publique	9	1,3%	275 M€	1,3%	1	7 M€	1	19 M€	0	0 M€	7	249 M€
Enseignement supérieur et recherche	45	6,7%	211 M€	1%	0	0 M€	8	69 M€	37	142 M€	0	0 M€
Culture et communication	12	1,8%	149 M€	0,7%	0	0 M€	3	40 M€	7	88 M€	2	21 M€
Travail, relations sociales et solidarité	6	0,9%	136 M€	0,6%	0	0 M€	0	0 M€	1	60 M€	5	77 M€
Agriculture et pêche	5	0,7%	136 M€	0,6%	0	0 M€	1	47 M€	2	6 M€	2	84 M€
Education nationale	9	1,3%	118 M€	0,55%	0	0 M€	0	0 M€	6	52 M€	3	66 M€
Affaires étrangères et européennes	2	0,3%	31 M€	0,15%	0	0 M€	1	30 M€	1	1 M€	0	0 M€
Premier ministre	6	0,9%	22 M€	0,1%	0	0 M€	0	0 M€	2	8 M€	4	14 M€
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>667</b>	<b>100%</b>	<b>21 250 M€</b>	<b>100%</b>	<b>155</b>	<b>9 225 M€</b>	<b>124</b>	<b>6 466 M€</b>	<b>252</b>	<b>1 838 M€</b>	<b>136</b>	<b>3 721 M€</b>

AE = Armement-électronique

AG = Approvisionnements généraux

BG = Bâtiment et génie civil

IT = Informatique et télécommunications

**TABLEAU 5 : Forme des dossiers transmis à la CMPE en 2007**

CATEGORIES	Marchés simples		Marchés à bons de commande		Marchés à tranches conditionnelles		Avenants		Accords-cadres		TOTAL GENERAL	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Armement / Electronique	26	195 M€	26	672 M€	98	8 291 M€	1	10 M€	4	58 M€	<b>155</b>	<b>9 225 M€</b>
Approvisionnements Généraux	15	440 M€	86	5 190 M€	9	521 M€	1	18 M€	13	297 M€	<b>124</b>	<b>6 466 M€</b>
Bâtiment / Génie Civil	138	766 M€	15	77 M€	96	906 M€	1	3 M€	2	86 M€	<b>252</b>	<b>1 838 M€</b>
Informatique / Télécommunications	8	261 M€	75	2 568 M€	30	476 M€	1	6 M€	22	411 M€	<b>136</b>	<b>3 721 M€</b>
<b>TOTAL CMPE</b>	<b>187</b>	<b>1 662 M€</b>	<b>202</b>	<b>8 506 M€</b>	<b>233</b>	<b>10 194 M€</b>	<b>4</b>	<b>36 M€</b>	<b>41</b>	<b>851 M€</b>	<b>667</b>	<b>21 250 M€</b>

**TABLEAU 6 : Durée des marchés transmis à la CMPE en 2007**

Durée des marchés	Montant HT par catégorie	Nombre de marchés	Proportion (en montant)	Proportion cumulée
plus de dix ans	535 M€	7	2,5%	2,5%
dix ans	436 M€	7	2,1%	4,6%
neuf ans	1 107 M€	4	5,2%	10%
huit ans	716 M€	11	3,4%	13%
sept ans	3 846 M€	15	18,1%	31%
six ans	1 041 M€	27	4,9%	36%
cinq ans	1 444 M€	56	6,8%	43%
quatre ans	5 433 M€	194	25,6%	68,5%
trois ans	2 706 M€	114	12,7%	81%
deux ans	2 582 M€	69	12,1%	93,4%
un an	1 218 M€	92	5,7%	99%
moins d'un an	187 M€	71	0,9%	100,0%
<b>TOTAL</b>	<b>21 250 M€</b>	<b>667</b>	<b>100%</b>	

☞ Pour accéder au site internet de la CMPE

[www.minefe.gouv.fr/themes/marches\\_publics/directions\\_services-daj-cmpe.php](http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/directions_services-daj-cmpe.php)

minefe.gouv.fr : Thème : Réglementation générale - Microsoft Internet Explorer fourni par la dpma (smtp2 v1.00)

Fichier Edition Affichage Favoris Outils ?

← Précédente → Recherche Favoris Média Liens

Adresse [http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches\\_publics/directions\\_services-daj-cmpe.php](http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/directions_services-daj-cmpe.php)

Mardi 18 décembre 2007 - 15h19

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE  
DES FINANCES ET DE L'EMPLOI

minefe.gouv.fr  
Le portail du ministère de l'Économie, des finances et de l'emploi

Accueil > Marchés publics : Commission des marchés publics de l'État

### La Commission des marchés publics de l'État

La commission des marchés publics de l'État (CMPE) est chargée de fournir, aux services acheteurs de l'État et à ses Établissements Publics autres qu'industriels et commerciaux, une assistance pour l'élaboration et la passation de leurs marchés.

Les recommandations émises par la CMPE constituent de simples conseils qui n'ont pas de caractère contraignant. Ils portent notamment sur l'expression adéquate du besoin, la bonne définition de l'objet du marché, le choix de la procédure, la clarté des documents contractuels, les modalités de mise en concurrence ou de négociation et les conditions économique du contrat. Ces conseils sont habituellement fournis en début de procédure, avant publication des appels d'offre ou autres documents de consultation. Dans certains cas cependant, la CMPE accompagne l'acheteur dans sa démarche, jusqu'à la signature du marché.

La saisine de la CMPE est obligatoire pour tous les marchés dont le montant prévisible est de six millions d'euros hors taxes, ainsi que les marchés de prestations intellectuelles destinés à préparer un marché d'un montant susceptible d'atteindre six millions d'euros hors taxes. Dans tous les autres cas, la saisine est facultative. Le non-respect de ces dispositions peut conduire à la nullité de la procédure.

Recherche

ok

Thèmes

- Clés de l'économie
- Emploi
- Vie des entreprises
- PME et TPE
- Industrie
- Commerce extérieur
- Europe
- International
- Tourisme
- Protection du consommateur
- Concurrence
- Marchés publics**
  - Réglementation générale
  - Formulaires
  - Outils d'aide et d'application
  - Observatoire économique de l'achat public
  - Commission des marchés publics de l'État

Présentation  
Conseils aux acheteurs  
Textes et formulaires

Publications

Rapport d'activités

Nous contacter

En ce moment

Activité de la CMPE depuis le 1er janvier 2007  
Depuis le 1er janvier 2007, et jusqu'au 30 septembre, la CMPE a été saisie de

Démarrer

LISTE rapport2007.doc... nouvelle CMPE.D... minefi.gouv.fr - ... minefe.gouv.fr... Document2 - Mic...

15:26

**Apporter aide et assistance  
aux services acheteurs,  
telle est notre mission...**



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