



2005 2005

**Commission
des Marchés Publics de l'Etat**
Rapport d'activité

2005 2005



La Commission des Marchés Publics de l'Etat s'est réunie le 12 mai 2006, sous la présidence de M. Pierre LELONG, et a approuvé le présent rapport d'activité.

Etaient présents en séance :

- | | |
|----------------------------|--|
| - Mme Anne FROMENT-MEURICE | Vice Présidente |
| - M. Jérôme GRAND d'ESNON | Directeur des Affaires Juridiques du Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie |
| - M. Guillaume CERUTTI | Directeur Général de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes du Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie |
| - M. Guy LE BONHOMME | Rapporteur Général de la Commission des Marchés Publics de l'Etat |
| - Mme Sabine SOLOVIEFF | Adjointe au Rapporteur Général |
| - M. Gilles MARTIN | Représentant le Premier Ministre |
| - M. Yvan BLOT | Représentant le Ministre de l'Intérieur |
| - M. Frédéric BIOCHE | Représentant le Ministre de la Défense |
| - M. Marc HALTEAU | Représentant le Ministre des Affaires Etrangères |
| - Mme Alexa GUENA-ANDERSON | Représentant le Ministre de l'Emploi |
| - Mme Dominique LOTTIN | Représentant le Ministre de la Justice |
| - M. René BARLET | Représentant le Ministre de l'Equipement |
| - Mme Chantal JARRIGE | Représentant le Ministre de la Fonction Publique |

S O M M A I R E

	Page
I. MISE EN PLACE DE LA CMPE	8
A. Fonctionnement de la CMPE	8
1. La Commission	8
a) Composition	8
b) Compétence	8
2. Les services de la Commission	9
a) Les secrétaires techniques	9
b) Les rapporteurs extérieurs	10
c) Le rapporteur général.....	10
3. Les méthodes de travail	10
B. Statistiques d'activité	12
1 - Nombre et montant des dossiers reçus	12
2 - Répartition selon les modalités de saisine	13
3 – Répartition des dossiers par types de procédure	14
4 - Répartition des dossiers selon les modalités de traitement	15
5 - répartition des dossiers concernant les marchés fractionnés	16
6 - Répartition des dossiers selon le type de prestations	17

II. LE CONSEIL AUX ACHETEURS PUBLICS : PRINCIPALES OBSERVATIONS ET RECOMMANDATIONS DE LA CMPE 18

A. Détermination du besoin	18
B. Forme des marchés	19
1 – Les marchés à tranches conditionnelles	19
2 – Les marchés à bons de commande	20
3 – Variantes et options	20
4 – Provisions	21
C. Formes de la consultation	21
1 – Groupements de commandes.....	21
2 – Allotissement	21
3 – Groupements momentanés d'entreprises	22
D. Choix de la procédure d'attribution	22
1 – Marchés conclus selon la procédure adaptée de l'article 28 du CMP	22
2 – Marchés conclus selon la procédure adaptée de l'article 30 du CMP	23
3 – Appel d'offres	23
4 – Dialogue compétitif	23
5 – Marchés négociés	24
6 – Marchés de conception-réalisation	25
7 – Marchés de définition	25
E. Déroulement de la procédure	26
1 – Publicité	26
2 – Documents à fournir	27
3 – Sélection des candidats	27
4 – Jugement des offres	27
F. Conditions financières	29
1 – Variation des prix	29
2 – Clauses de financement et de paiement	32
G. Autres clauses des marchés	32
1 – Durée	32
2 – Pénalités	33
3 – Droit de propriété intellectuelle	33
H. Exécution des marchés	34
1 – Sous-traitance	34
2 – Avenants et marchés complémentaires	35
3 – Résiliation	35

III. ANALYSES SECTORIELLES	36
A – Approvisionnements généraux	36
B – Armement et électronique	40
C – Bâtiment et génie civil	43
D – Informatique et télécommunications	47
CONCLUSION	50
STATISTIQUES 2005/ANNEXES	53
TEXTES DE RÉFÉRENCES	64

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AO	: Appel d'offres
AMP	: Accord marchés publics
BOAMP	: Bulletin officiel des annonces des marchés publics
CGAG	: Cahier des clauses administratives générales
CCAP	: Cahier des clauses administratives particulières
CCTP	: Cahier des clauses techniques particulières
CJCE	: Cour de justice des communautés européennes
CMP	: Code des marchés publics
CMPE	: Commission des marchés publics de l'Etat
CSM	: Commissions spécialisées des marchés
DAJ	: Direction des affaires juridiques
DCE	: Dossier de consultation des entreprises
JO	: Journal officiel de la République française
JOUE	: Journal officiel de l'union européenne
M€	: Millions d'euros
MCO	: Maintien en condition opérationnelle
MINEFI	: Ministère de l'économie des finances et de l'industrie
MOP	: Maîtrise d'ouvrage publique
OPC	: Ordonnancement, pilotage, coordination
PSD	: Produits et services divers
PRM	: Personne responsable du marché
RPC	: Règlement particulier de la consultation
TTC	: Toutes taxes comprises
UGAP	: Union des groupements d'achats publics

SECTEURS

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

La création d'une Commission des marchés publics de l'Etat (décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004, Journal officiel du 30 novembre), chargée de fournir aux ministres et personnes responsables des marchés (PRM) une assistance pour l'élaboration et la passation de leurs marchés (article 137 CMP) marque une nouvelle orientation dans l'exercice de la mission que doit assurer l'Etat à l'égard de ses services acheteurs, en rupture avec les sept Commissions spécialisées des marchés qui avaient fonctionné jusqu'au 31 mai 2004, dont seulement environ 50 % du personnel a été repris dans la nouvelle CMPE.

Certes, à l'origine, en 1972, les Commissions spécialisées des marchés (CSM) avaient été conçues comme des organismes de conseil. Leurs avis négatifs pouvaient être surmontés par une simple décision de la PRM, sous la seule condition qu'elle en rende compte à son supérieur hiérarchique. Deux éléments les avaient cependant fait dévier de ce rôle consultatif. D'une part, elles n'étaient saisies qu'en fin de procédure d'élaboration des marchés. Elles ne pouvaient donc pas réellement conseiller, mais seulement critiquer. D'autre part, la présence en leur sein du contrôleur financier conduisait celui-ci à s'appuyer sur les avis négatifs rendus en Commission, pour émettre des refus de visa fondés sur des motifs liés à bien d'autres considérations que l'indisponibilité des crédits. Depuis la réforme du contrôle financier effectuée par le décret du 27 janvier 2005, le problème ne se pose plus, d'autant qu'aucun représentant du contrôle financier n'est membre de la CMPE.

Mais surtout, la saisine de la CMPE s'effectue désormais en amont, au stade de la **préparation** des documents de consultation en vue de la recherche des candidatures. La Commission est ainsi mise en mesure de conseiller les acheteurs dès le début de leur démarche. Elle peut, le cas échéant, les accompagner ensuite jusqu'à la conclusion du marché. Cette réforme fondamentale donne à la CMPE le moyen de vraiment fournir aux acheteurs les conseils et l'assistance qui leur sont nécessaires.

Parallèlement, les conditions de saisine et la composition de la nouvelle instance ont été modifiées. La composition de la CMPE demeure interministérielle, témoignant ainsi de la volonté des pouvoirs publics de disposer d'un lieu d'échanges objectifs entre les services acheteurs et les personnes qualifiées susceptibles de les conseiller.

Le relèvement du seuil de saisine obligatoire à 6 M€ à l'exception des marchés d'études ou de maîtrise d'œuvre inférieurs à ce seuil, lorsqu'ils sont préparatoires à des marchés qui y sont soumis, laisse chaque année environ les 600 projets de marchés les plus importants parvenir automatiquement à la Commission, ce qui est peu par rapport au nombre de marchés passés par l'Etat, quoique significatif si l'on se réfère aux montants cumulés.

I . MISE EN PLACE DE LA CMPE

Le décret n° 1299-2004 du 26 novembre 2004 créant la CMPE est entré en vigueur le 1^{er} février 2005 et concerne les marchés pour lesquels la procédure de passation a été lancée postérieurement au 1^{er} mars 2005.

A. Fonctionnement de la CMPE

1 – La Commission

a) Composition

Présidée ou vice-présidée par des membres, en activité ou honoraires, du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, elle comporte pour l'examen de chaque dossier, une représentation équilibrée entre le ministère de l'Economie, des finances et de l'industrie, et les autres départements ministériels. Dans le premier groupe figurent le directeur des affaires juridiques du Ministère de l'Economie, des finances et de l'industrie ou son représentant, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant, le rapporteur général de la CMPE ou son représentant. Le second groupe comprend un représentant du Ministre dont relève le service acheteur, et deux personnalités choisies sur une liste constituée sur proposition des ministres autres que celui de l'Economie, des Finances et de l'Industrie.

En outre, la Commission peut entendre toute personne autorisée par le président de séance.

Cette structure de 9 membres remplace les 7 commissions spécialisées des marchés qui comportaient chacune 12 membres. Dans la pratique, le président et les vice-présidents ne siègent ensemble qu'exceptionnellement, et la Commission est composée de 7 membres seulement.

b) Compétence

La saisine obligatoire de la Commission, préalable au lancement de la consultation, est prévue par l'article 3-I du décret du 26 novembre 2004. Elle joue pour tous les marchés de l'Etat ou de ses établissements autres qu'industriels et commerciaux, dont le montant est supérieur à 6 M€ HT. Les projets de marchés sont adressés à la Commission avant le lancement de la consultation.

Pour apprécier si le seuil de 6 M€ est atteint il convient de tenir compte :

- pour les marchés à tranches conditionnelles, du montant global constitué par la tranche ferme et les tranches conditionnelles ;
- pour les marchés à bons de commande comportant un minimum et un maximum, du montant maximal du marché ;
- pour les marchés à bons de commande ne comportant pas de minimum et de maximum, du montant maximal global estimé pour la durée totale de validité pouvant être couverte par le marché ;
- pour les marchés pouvant être reconduits (tels que les marchés d'entretien, de nettoyage, de maintenance, de location, de gardiennage, de concession de licence), du montant global estimé pour la durée maximale pouvant être couverte par le marché, reconductions incluses.

Les marchés d'étude ou de maîtrise d'œuvre qui se rattachent à des contrats relevant de la saisine obligatoire sont également de la compétence obligatoire de la Commission, quel qu'en soit le montant. Dans la pratique, la CMPE fait de cette notion du « marché rattaché » une application souple. Il faut que le lien avec le marché principal soit direct, et que le marché d'étude ou de maîtrise d'œuvre soit préparatoire au marché principal.

Doivent également être soumis à la CMPE :

- les projets d'avenants qui rendent les marchés auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la Commission ;
- les marchés complémentaires ou les marchés de prestations similaires qui se rattachent à un marché soumis à l'obligation de transmission ou qui rendent les marchés auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la Commission.

A l'initiative des services acheteurs, la CMPE peut en outre être saisie de demandes d'avis lors de la préparation ou la passation d'un marché, quel qu'en soit son montant, et à quelque stade de la procédure que ce soit.

Le président, ou l'un des vice-présidents, décide ensuite du mode de traitement de chaque affaire dont la Commission est saisie. Il peut, soit formuler directement des conseils à l'acheteur, lorsque le projet n'est pas sélectionné pour un examen en séance, soit désigner un rapporteur pour instruire l'affaire en vue d'un examen en séance, avec la participation du service acheteur.

En ce cas, le projet donne lieu à un avis collégial émis par la Commission et, si l'acheteur en est d'accord, à un accompagnement tout au long de la procédure d'attribution du marché.

La souplesse de ce dispositif permet d'établir avec les acheteurs des contacts confiants et continus.

2 – Les services de la Commission

a) Les secrétaires techniques

Les dossiers reçus par la Commission sont répartis entre quatre secrétariats techniques :

- approvisionnements généraux
- armement et électronique
- bâtiment et génie civil
- informatique et télécommunications.

Chacune de ces unités est dirigée par un secrétaire technique, agent de haut niveau, spécialiste du secteur d'activité considéré et ayant une bonne connaissance du droit des marchés publics. Il est assisté d'un adjoint, agent de catégorie A.

Le secrétaire technique ou son adjoint procède à l'examen de chaque dossier, propose au président, ou au vice-président compétent, les affaires susceptibles d'être examinées en séance, rédige les projets d'avis émis par la Commission et les lettres d'observations sur les projets qui ne sont pas examinés en séance.

b) Les rapporteurs extérieurs

Une quarantaine de fonctionnaires, de catégorie A, le plus souvent retraités (inspecteurs généraux, grands corps de l'Etat), mais aussi en activité, apportent leur concours de façon ponctuelle à la Commission en présentant un rapport sur les projets à examiner en séance, et en assurant si nécessaire leur accompagnement jusqu'à leur signature.

c) Le rapporteur général

Le rapporteur général coordonne les travaux des secrétariats techniques et des rapporteurs extérieurs. Assurant la gestion administrative du personnel affecté à la CMPE, il est assisté de deux agents de catégorie A et d'un secrétariat. Membre de droit de la Commission, il participe à ce titre à ses séances. En liaison avec la sous-direction compétente de la direction des affaires juridiques, il veille à la cohérence des interprétations des textes réglementaires relatifs à la commande publique.

La Commission dispose ainsi de quinze agents à temps complet et d'une quarantaine de rapporteurs occasionnels. Il s'agit d'une structure légère qui permet d'assurer au moindre coût la mission qui lui est dévolue.

3 – Les méthodes de travail

Le président et les deux vice-présidents se sont répartis la présidence des séances traitant des affaires préparées par chacun des quatre secrétariats techniques : Armement, électronique, Informatique et télécommunications, d'une part ; Bâtiment et génie civil, en second lieu ; Approvisionnements généraux, enfin. Entre les secrétariats techniques, c'est le rapporteur général qui assure la ventilation des dossiers à l'arrivée, répartition souple, qui varie en fonction de la charge de travail des uns et des autres.

Les dossiers transmis à la CMPE sont alors examinés par le secrétaire technique du secteur concerné. Le président, ou le vice-président compétent, décide, sur proposition de ce dernier, de l'examen ou non du dossier en séance. En cas de non-sélection, le président, ou le vice-président, transmet directement au service acheteur ses observations ou recommandations – cas le plus fréquent – ou l'informe simplement de la non-sélection.

En cas de sélection, le dossier, après élaboration d'un rapport écrit transmis au moins trois jours avant la séance au service acheteur et à chacun des membres de la Commission, est examiné en séance en présence de l'acheteur. Les échanges, informels et approfondis, durent généralement entre une et deux heures, et permettent ainsi à chacun de prendre toute la mesure des besoins du service, mais aussi des contraintes juridiques et des difficultés à atteindre le meilleur emploi possible des deniers publics.

L'avis de la Commission peut comporter des observations, des recommandations ou des réserves.

A tout moment de la procédure de préparation ou de passation d'un marché le ministre ou le service concerné peuvent interroger la Commission sur une difficulté particulière, et le fait est qu'ils ne s'en privent pas. Un conseil peut, notamment, être sollicité sur un projet de marché lors de la désignation du titulaire et avant la notification du marché si des doutes subsistent sur la régularité du déroulement de la procédure, le choix de l'attributaire, ou la convenance du prix. Cette faculté tend à être systématiquement utilisée pour les grands marchés négociés.

Quel que soit le mode de saisine - obligatoire ou facultative - la CMPE, en accord avec le service acheteur ou à la demande de celui-ci, peut mettre en place la mesure d'assistance prévue à l'article 3.II du décret du 26 novembre 2004, dont le but est d'accompagner le service tout au long de la procédure d'attribution du marché lorsque celui-ci présente un intérêt particulier en raison des enjeux économiques et financiers, de la complexité de la procédure, de difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la réglementation. Les différentes pièces de la procédure sont alors communiquées à la Commission, au fur et à mesure de son déroulement, et font l'objet d'observations et de recommandations, dans les plus brefs délais, le plus souvent par voie électronique.

Enfin, en vertu de l'article 4-V du décret du 26 novembre 2004 le président dispose de la faculté de communiquer directement les observations, recommandations ou réserves de la Commission aux ministres intéressés, s'il constate qu'une intervention à leur niveau est utile. Il s'agit d'une démarche relativement exceptionnelle.

B. Statistiques d'activité

1 – Nombre et montant des dossiers reçus

Du 1^{er} février 2005, date de mise en place de la CMPE, au 31 décembre 2005 la Commission a reçu 445 dossiers pour un montant estimé à 10 707 M€HT (voir tableau n°1, en annexe). Ces chiffres ne peuvent être comparés à ceux des anciennes C.S.M. en raison des conditions de saisine, très différentes.

Ce montant ne traduit qu'approximativement celui des achats qui seront effectués, car les chiffres annoncés au moment du lancement de la procédure ne correspondent qu'à des estimations. En outre, 149 dossiers concernent des marchés à bons de commande pour lesquels le montant maximum est pris en compte, et 136 dossiers des marchés à tranches conditionnelles pour lesquels la totalité du montant des tranches est comptabilisée.

Les dispositions actuelles du décret du 26 novembre 2004 ne permettent pas à la CMPE de disposer d'informations sur le coût effectif des prestations contractuelles, une fois le marché notifié, et d'apprécier ainsi la pertinence des estimations présentées avant le lancement de la consultation. Cependant, le chiffre de 10 milliards 700 millions d'euros, pour les marchés de l'Etat soumis à la Commission, au cours de la période de référence, fournit un ordre de grandeur acceptable.

- Nombre et montant des dossiers reçus par ministères (cf. Tableau n°2, en annexe)

Le nombre et le montant des dossiers transmis à la CMPE varient considérablement selon les départements ministériels.

Le ministère de la Défense a présenté 28,1 % des dossiers reçus représentant 40,8 % du montant total des 10 707 M€HT précités. Il est suivi par les ministères de l'Equipement, de l'Economie et des Finances, et de l'Education.

MINISTÈRES	NOMBRE DE DOSSIERS	%	MONTANT M€ HT	%
Défense	125	28,1	4 370	40,8
Equipement	120	27	922	8,6
Economie et Finances	69	15,5	2 675	25
Education	41	9,2	560	5,2

La CMPE a été saisie par la plupart des départements ministériels au cours de l'année 2005, quoique certains n'aient transmis que très peu de dossiers (4 pour le ministère de la Culture, 3 pour les Affaires Etrangères) ne concernant parfois qu'un seul secteur d'activité (l'informatique pour le ministère des Affaires Etrangères).

- Nombre et montant des dossiers reçus par secteurs d'activité (cf. Tableau n° 3, en annexe)

Le nombre et le montant des dossiers reçus varient selon les secteurs d'activité.

SECTEURS	NOMBRE DE DOSSIERS	%	MONTANT M€ HT	%
AE	72	16,2	2 833	26,5
AG	96	21,6	4 396	41,1
BG	194	43,6	1 127	10,5
IT	83	18,7	2 351	22

Le secteur « bâtiment et génie civil » est concerné par un nombre relativement élevé de dossiers, et, en sens inverse, par un montant financier global relativement faible. Ainsi, le montant moyen des dossiers (5,8 M€) est inférieur au seuil de saisine de 6 M€. C'est en effet dans le secteur du bâtiment et des travaux publics que sont présentés à la CMPE le plus grand nombre de marchés d'études ou de maîtrise d'œuvre se rattachant à des marchés supérieurs à 6 M€HT.

Le montant élevé (4 396 M€) constaté dans le secteur « approvisionnements généraux » est dû à l'élaboration d'un certain nombre de marchés supérieurs à 100 M€ portant sur des achats groupés passés par l'UGAP ou le ministère de la Défense, prestations de voyages, acquisition de matériels à usage médical, et approvisionnement en carburants notamment.

- Nombre et montant des dossiers reçus par mois (cf. histogrammes, en annexe)

Après une période de mise en place en février et mars 2005 où seuls 19 dossiers ont été reçus, la Commission a pris son régime de croisière avec une cinquantaine de dossiers par mois. On constate un pic d'activité en juin, juillet et août (43 % des dossiers transmis pendant cette période). En revanche l'augmentation de l'activité en fin d'année, à laquelle on aurait pu s'attendre, n'a pas eu lieu. Le fait que les projets soient présentés à la Commission en début, et non plus en fin de leur procédure d'élaboration, en est vraisemblablement la cause.

2 – Répartition selon les modalités de saisine (cf. Tableau n° 4, en annexe)

En 2005 la Commission a été saisie de 445 dossiers dont 417 en saisine obligatoire, en application de l'article 3.I du décret du 26 novembre 2004, ce qui correspond à 93,7 % des dossiers transmis, et de 28 dossiers en saisine facultative (6,3 % des dossiers).

Parmi les dossiers transmis en saisine obligatoire, 30 % concernent des dossiers de prestations intellectuelles inférieurs à 6 M€ préparatoires à des marchés ultérieurs.

Cette répartition est variable selon les différents secteurs.

SECTEURS	SAISINE OBLIGATOIRE		SAISINE FACULTATIVE	
	Nombre de dossiers	%	Nombre de dossiers	%
AE	66	91,7	6	8,3
AG	91	94,8	5	5,2
BG	184	94,8	10	5,2
IT	76	91,6	7	8,4

La saisine obligatoire porte à la fois sur des dossiers dont le montant est supérieur à 6 M€HT et sur certains marchés inférieurs à 6 M€HT, contrats d'études ou de maîtrise d'œuvre se rattachant à des marchés d'un montant supérieur à 6 M€HT.

Sur les 417 dossiers transmis en application de l'article 3.I du décret précité, 124 étaient d'un montant inférieur à 6 M€HT, soit 29,7 % des projets.

Cette répartition est variable selon les secteurs.

SECTEURS	MARCHÉS > À 6 M€HT		MARCHÉS < À 6 M €HT	
	Nombre de dossiers	%	Nombre de dossiers	%
AE	65	98,5	1	1,5
AG	91	100	0	0
BG	64	34,8	120	65,2
IT	73	96	3	4

3 – Répartition des dossiers par type de procédure (cf. Tableau n°5, en annexe)

La procédure la plus largement utilisée est l'appel d'offre, pour 71 % des dossiers reçus, y compris les dossiers, tous négociés, passés en application du décret « Défense ». Exception faite de ceux-ci, le taux des projets donnant lieu à une procédure d'appel d'offres est de 78,6 % en nombre, soit 87,3 % en montant.

La part des marchés négociés s'élève à 16,4 % en nombre, dont plus de la moitié relevant du décret « Défense ».

La nouvelle procédure de dialogue compétitif a été peu utilisée : la Commission n'a reçu que 9 dossiers représentant 2 % du nombre, et 2,3 % du montant des dossiers transmis.

Les procédures mises en œuvre varient selon les secteurs d'activité.

SECTEURS	APPEL D'OFFRES		DIALOGUE COMPÉTITIF		MARCHÉS NÉGOCIÉS*	
	Nombre de dossiers	%	Nombre de dossiers	%	Nombre de dossiers	%
AE	20	27,7	1	1,4	51	70,8
AG	80	83,3	1	1,04	4	4,2
BG	153	78,9	-	-	5	2,6
IT	63	75,9	7	8,4	13	14

* Y compris marchés relevant du décret « Défense »

SECTEURS	APPEL D'OFFRES		DIALOGUE COMPÉTITIF		MARCHÉS NÉGOCIÉS	
	Montant M€HT	%	Montant M€HT	%	Montant M€HT	%
AE	404	14,3	6	0,2	2 374	83,8
AG	3 973	90,4	-	-	108	21,4
BG	1 067	94,7	-	-	4	0,3
IT	1 910	81,2	244	10,4	187	8

En outre, quelques projets de concours ou de marchés à passer selon la procédure allégée prévue à l'article 28 du Code des marchés publics relèvent du bâtiment et du génie civil. De même, des marchés de service relevant de la procédure simplifiée de l'article 30 du Code des marchés publics concernent les approvisionnements généraux.

4 – Répartition des dossiers selon les modalités de traitement (cf. Tableau n° 1, en annexe)

Sur l'ensemble de l'année, 11,2 % des dossiers soumis à la CMPE, en saisine obligatoire ou facultative, ont été sélectionnés par le président ou l'un des vice-présidents, de façon à bénéficier d'un examen en séance. Ce taux moyen est variable selon les secteurs. Un peu plus d'un tiers (35 %) des 11,2 % ainsi sélectionnés ont ensuite bénéficié, avec l'accord du service acheteur ou à sa demande, de la mesure d'assistance prévue à l'article 4.II du décret du 26.11.2004.

SECTEURS	DOSSIERS SÉLECTIONNÉS		DOSSIERS ACCOMPAGNÉS	
	Nombre	%	Nombre	%
AE	16	22	9	53
AG	16	9,4	0	0
BG	9	4,6	4	44,4
IT	16	15,6	4	30

5 - Répartition des dossiers concernant les marchés fractionnés (cf. Tableau n° 6, en annexe)

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. Ces procédures sont particulièrement utilisées pour les prestations informatiques et les achats de fournitures.

C'est ainsi qu'en 2005, les marchés à bons de commande ont représenté en nombre 33,5 % des dossiers soumis à la Commission, et 53 % en montant.

SECTEURS	NOMBRE DE DOSSIERS	%	MONTANT M€HT	%
AE	22	30,5	332	11,7
AG	72	75	3 557	80,9
BG	6	3	52	4,6
IT	49	59	1 732	73,7

De leur côté, les marchés à tranches conditionnelles représentent 30,5 % en nombre et 30,4 % en montant des marchés transmis à la CMPE. Ils concernent plus particulièrement l'armement et le bâtiment-génie civil.

SECTEURS	NOMBRE DE DOSSIERS	%	MONTANT M€HT	%
AE	30	41	2 109	74,4
AG	5	5,2	109	2,5
BG	84	43,3	772	68,5
IT	17	20,5	271	11,5

6 - Répartition des dossiers selon le type de prestations (cf. Tableau n°7, en annexe)

Les achats enregistrés en CMPE se répartissent entre les prestations suivantes :

NATURE DES MARCHÉS	NOMBRE DE DOSSIERS	%	MONTANT M€HT	%
Travaux	134	30,1	1 116	10,4
Services	132	29,7	4 723	44,1
Fournitures	103	23,1	4 577	42,7
Prestations intellectuelles	75	16,9	282	2,6

La comparaison avec les données fournies par les anciennes CSM jusqu'en 2003 n'est guère pertinente, en raison des seuils de saisine différents. En outre la CMPE a eu à connaître en 2005 d'importants marchés de service (MCO de matériels militaires, prestations d'agences de voyage, marchés de télécommunications).

On peut seulement noter, de façon générale, en plus de cette augmentation, très sensible, des marchés de service, une certaine tendance à la baisse des marchés de fournitures, et une tendance inverse à l'augmentation des marchés de travaux.

II. LE CONSEIL AUX ACHETEURS PUBLICS : principales observations et recommandations de la CMPE

Dans son activité de conseil aux acheteurs publics, la Commission s'efforce de promouvoir la recherche du meilleur emploi possible des deniers publics, dans le respect attentif des règles de la concurrence.

A. Détermination du besoin

Une bonne évaluation du besoin n'est pas simplement une exigence juridique (cf. art.5 du CMP) mais aussi - et surtout - une condition impérative pour que l'achat soit réalisé dans des conditions économiques favorables. La Commission s'y est montrée particulièrement attentive. Elle a rappelé aux services acheteurs que l'analyse de leur besoin et des possibilités offertes par les fournisseurs est la condition nécessaire d'un achat efficace. Il convient donc de tenir compte :

- de l'état des consommations constatées sur les exercices précédents et des évolutions envisagées pour les exercices futurs ;
- de la connaissance des fournisseurs et du paysage industriel ;
- de la distinction entre les achats standards et les achats spécifiques ;
- du coût global de l'achat envisagé prenant en compte non seulement le prix d'acquisition mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance.

La Commission n'est pas juge de l'opportunité de la dépense. Néanmoins, dans le cadre de ses missions, elle est tenue de vérifier que l'administration s'est posé, avant d'engager la consultation de ses fournisseurs, 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, et les avantages et risques de chaque formule possible.

Ayant ainsi à examiner un marché concernant l'affrètement d'un navire, la Commission a observé que le choix de l'affrètement plutôt que de l'achat doit être une décision raisonnée, qui ne doit être prise qu'après avoir comparé l'efficacité, le coût et les fondements juridiques de chacune des deux solutions.

De même, à l'occasion de l'examen d'un projet ayant pour objet la fourniture de vols d'aéronefs destinés à des essais de matériels, la Commission a conseillé au service de s'assurer que ces prestations ne pouvaient être effectuées par un organisme étatique, et de faire un bilan financier de l'opération avant de prendre la décision de l'externaliser.

Consultée sur la possibilité de lancer deux consultations simultanées pour des travaux dont le périmètre n'était pas précisément défini et de notifier l'un ou l'autre des marchés en fonction du financement obtenu, la Commission a observé qu'un tel dispositif était contraire aux dispositions de l'article 5 du CMP, qui impose de définir la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation. Elle a donc suggéré de conclure un marché à tranches conditionnelles, en rappelant la nécessité pour les administrations de mettre à la disposition des services acheteurs les crédits correspondant aux montants et aux échéances des engagements pris pour le financement des opérations lancées.

B. Forme des marchés

Lorsqu'il est impossible de déterminer avec certitude l'étendue - mais non pas la nature - du besoin à satisfaire, l'acheteur peut faire usage de la procédure des tranches conditionnelles ou de celle des bons de commande. Les marchés à tranches conditionnelles sont plus appropriés pour la réalisation d'opérations d'investissement, alors que le recours aux marchés à bons de commande est plutôt réservé à des achats échelonnés de biens consommables ou à des travaux d'entretien courant non programmables.

1 - Les marchés à tranches conditionnelles permettent d'étaler le financement d'une opération ou d'un programme sur plusieurs exercices, mais ne doivent pas être justifiés uniquement par des contraintes budgétaires. La conditionnalité d'une tranche doit être fondée sur des motifs de fond, données techniques notamment, ou impératifs de la gestion du projet.

Il convient d'effectuer le découpage en tranches dès le lancement de l'opération, de telle sorte que les tranches soient utilisables indépendamment les unes des autres. Si l'acheteur souhaite accélérer le déroulement du marché, il lui est toujours possible d'affermir d'un coup plusieurs tranches, ou de passer un avenant avec le titulaire pour modifier le montant des tranches, à condition qu'elles continuent à constituer un ensemble cohérent.

Les marchés à tranches doivent prévoir les délais d'exécution de chacune des tranches et les modalités de leur notification. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier, si le marché l'a prévu, d'une indemnité d'attente ou de dédit. Il ne paraît pas opportun toutefois de laisser à chaque candidat l'initiative d'en proposer lui-même le montant, car ceci peut rendre difficile la comparaison des offres entre elles. A tout le moins, le règlement de la consultation doit préciser la façon dont chaque proposition sera évaluée.

La Commission recommande souvent aux acheteurs de prévoir des indemnités de dédit, d'un montant significatif, en cas de non-affermissement des tranches conditionnelles, car des tranches conditionnelles sans clause de dédit n'incitent pas les entreprises à proposer des prix qui tiennent compte de l'effet de série et permettent d'amortir un investissement. L'industriel sait que l'administration, si elle souhaite étaler son programme ou même le supprimer, pourra se dégager sans aucune pénalité financière. Il est donc incité à ajouter à son prix normal une prime de risque.

La pratique systématique des indemnités de dédit pourrait cependant rigidifier à l'excès la gestion budgétaire de l'Etat. Il faut donc distinguer entre les « vraies » tranches conditionnelles, fondées sur une réalité fonctionnelle, admises par le Code des marchés, et les « fausses » tranches conditionnelles, uniquement imposées par le saucissonnage des crédits, en fonction d'une vue exclusivement annuelle de la gestion budgétaire, et – il faut bien le dire – parfois par l'incapacité du Département Ministériel acheteur à hiérarchiser ses besoins et à effectuer les choix nécessaires.

S'agissant des « vraies » tranches conditionnelles, l'absence de clause de dédit peut parfois se justifier, surtout si cela risque d'entraîner une hausse importante du prix du contrat. Au contraire, s'agissant des « fausses » tranches, dont on sait qu'elles devront de toutes façons être affermées, puisqu'elles n'ont aucune autonomie fonctionnelle et ne sont que la suite inéluctable de la tranche ferme, l'Etat a tout à gagner à inscrire dans le contrat cette inévitabilité, et à accorder à l'industriel une clause de dédit.

L'établissement d'une comptabilité patrimoniale de chaque Ministère, dans le cadre de la réforme de la comptabilité de l'Etat en cours, devrait conduire à prendre en compte les engagements pluriannuels découlant non seulement des clauses de dédit, mais aussi des tranches conditionnelles.

2 - Les marchés à bons de commande comportent généralement un minimum et un maximum qui, en fonction des besoins constatés, doivent être calculés de façon réaliste en montant ou en quantité. La Commission rappelle fréquemment que l'écart de 1 à 4, autorisé par le CMP, ne dispense pas les services acheteurs de définir leurs besoins au plus juste. A partir du moment où l'un des deux termes de la fourchette (en général le minimum) est bien calculé, l'écart peut être modéré.

Les cas où des marchés à bons de commande peuvent être conclus sans que soient fixés un minimum et un maximum restent l'exception (cf. art. 71 du CMP et art.11 du décret du 7 janvier 2004 concernant certains marchés passés pour les besoins de la Défense).

Dans tous les cas le CMP fait obligation d'indiquer dans le CCAP la durée maximum d'exécution des bons de commande, qui ne doit pas servir à prolonger abusivement la durée du contrat. C'est pourquoi la Commission a suggéré, dans certains cas, la réduction de leur durée en fin de marché, rappelant, en outre, qu'un bon de commande engage l'Etat et ne saurait donc avoir un caractère prévisionnel, ni servir à rectifier une commande déjà passée.

3 - Variantes et options

Une bonne définition de l'objet du marché n'exclut pas de laisser aux candidats l'initiative de proposer des variantes, bien au contraire. Les conditions en sont prévues à l'article 50 du CMP. Il s'agit de modifications de certaines spécifications décrites dans le cahier des charges, susceptibles de conduire à des propositions financières plus intéressantes ou à des propositions techniques plus performantes. Le règlement de la consultation doit toutefois indiquer celles des spécifications du cahier des charges qui sont intangibles et spécifier pour chacune des variantes les exigences minimales à respecter. Un nombre trop élevé de prestations susceptibles de faire l'objet de variantes peut rendre difficile le jugement des offres.

Les options constituent des prestations complémentaires, demandées par l'acheteur, figurant au cahier des charges, et susceptibles d'être éventuellement réalisées, selon les résultats financiers de la consultation. N'étant formellement prévues ni par le Code des marchés publics ni par la Directive européenne, elles sont acceptables si leur mise en œuvre ne fausse pas le jeu de la concurrence.

Il faut que les modalités de jugement des offres des variantes et des options figurent de façon claire dans le règlement de la consultation. Afin de pouvoir juger successivement, comme l'impose l'article 53 V du CMP, les offres pour la solution de base et celles pour les variantes, il convient de demander aux candidats, dans le règlement de la consultation, de fournir un acte d'engagement pour la solution de base et pour chacune des variantes.

4 - Provisions

L'article 12 du décret n°2004-16 du 7 janvier 2004 (décret « Défense ») autorise, pour les marchés de fournitures et de services ayant pour objet des prestations complexes et pouvant présenter des aléas techniques importants, une part provisionnelle qui ne peut dépasser 15% du montant du marché. Ce pourcentage doit être justifié par le service acheteur, et les conditions d'établissement des prix fixées dans l'acte d'engagement.

Dans le domaine civil, certains projets présentés à la Commission prévoient également la possibilité de commander des prestations non définies, pratique qui n'est pas prévue par le CMP, mais nécessaire, lorsqu'une partie de la prestation revêt véritablement un caractère imprévisible. En ce cas, après vérification du motif allégué, la Commission s'abstient de déconseiller, à condition toutefois que le montant de la provision ne dépasse pas 5 % du montant minimum du marché, ou du montant exécuté des prestations, apprécié à partir des bons de commande effectivement commandés.

C. Formes de la consultation

1 - Groupement de commandes

Les acheteurs publics peuvent se grouper dans les conditions prévues aux articles 7 et 8 du CMP afin d'obtenir des conditions financières plus favorables. Les groupements de commande peuvent concerner tous les types de marchés mais sont plus particulièrement adaptés aux fournitures courantes. Ils peuvent réunir des acheteurs publics et des acheteurs privés. Au contraire, la convention de prix associée à des marchés-type, formule plus utilisée, n'est admise qu'entre acheteurs publics.

La convention de prix doit comporter :

- un objet précis,
- des clauses relatives à la détermination et à l'évolution des prix,
- une annexe financière,
- la liste des services acheteurs concernés par le dispositif.

2 - Allotissement

La décision de passer des marchés en lots ou en marché unique appartient à l'acheteur. Le choix nécessite une analyse précise des avantages économiques, financiers et techniques apportés par chacun de ces modes d'attribution. La politique d'allotissement doit tenir compte de la situation de la concurrence, des caractéristiques de la prestation à réaliser et des objectifs recherchés par l'acheteur.

Consultée sur un dossier de réalisation d'effets en cuir (chaussures, gants, ceintures) faisant appel à des techniques de fabrication distinctes, mais devant donner lieu à un marché unique, la Commission a estimé que le regroupement ainsi opéré, compte tenu de son enjeu financier, risquait de limiter le nombre des entreprises susceptibles de répondre à la consultation. Il pouvait donc en résulter un affaiblissement de la concurrence dans un secteur industriel où les entreprises sont peu familiarisées avec la pratique de la sous-traitance et des groupements d'entreprises.

La Commission a rappelé toutefois que l'allotissement ne doit pas être utilisé pour répartir artificiellement la prestation. En outre, un nombre excessif de lots conduisant à des marchés d'un montant trop faible peut dissuader certaines entreprises de se porter candidates.

La Commission n'a donc pas émis de critiques à la conclusion de marchés uniques lorsque des économies d'échelle permettaient d'obtenir des conditions économiques avantageuses pour les deniers de l'Etat.

3 - Groupements momentanés d'entreprises

Quelle que soit l'importance du marché, les entreprises peuvent présenter leurs candidatures ou leurs offres individuellement ou en groupement dans les conditions prévues à l'article 51 du CMP. Le groupement doit avoir lieu au stade des candidatures.

La Commission a rappelé que la personne publique ne peut interdire l'accès des groupements à la commande publique, et ce, quelle que soit leur forme (conjoint ou solidaire), ni exiger que les candidats se présentent groupés. Elle doit toutefois préciser dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans le règlement de la consultation la forme (conjoint ou solidaire) que le groupement devra revêtir après l'attribution du marché.

La Commission a rappelé qu'un groupement conjoint n'est possible que si les prestations sont divisées en postes techniques individualisés. Les pièces du dossier de consultation des entreprises (DCE) doivent permettre une répartition détaillée des prestations entre chacun des membres du groupement.

Lorsqu'il est exigé que le groupement soit solidaire, cela n'implique pas que chaque entreprise doit disposer de la totalité des compétences techniques requises pour la réalisation du marché. La notion de solidarité est purement financière.

D. Choix de la procédure d'attribution

L'efficacité de la commande et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par le choix d'une procédure d'attribution appropriée. La Commission y veille avec attention.

1 - Marchés conclus selon la procédure adaptée de l'article 28 du CMP

Applicable aux marchés inférieurs ou égaux à 150 000 € HT, cette procédure laisse à la PRM la possibilité de choisir les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées à l'objet du marché et à ses caractéristiques (cf. art.28 du CMP).

Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 7 octobre 2005 a annulé la procédure de passation d'un marché de 35 000 €HT relatif à la programmation d'un musée qui n'avait donné lieu qu'à une publicité dans la presse locale et sur le site de la PRM. Il a considéré que la personne publique n'avait pas assuré « une publicité suffisante auprès des programmistes ayant vocation à y répondre de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande et d'égalité de traitement des candidats ».

En raison du seuil de saisine, la CMPE n'a eu à connaître que de rares projets de marchés passés selon une procédure adaptée. Elle a toutefois observé que les modalités de mise en concurrence déterminées par l'acheteur public doivent être exposées dans le règlement de la consultation, afin de respecter la transparence des procédures.

2 - Marchés conclus selon la procédure adaptée de l'article 30 du CMP

La procédure adaptée prévue à l'article 30 du CMP doit être distinguée de la procédure adaptée mentionnée à l'article 28. La mise en œuvre de l'article 28 est conditionnée par le montant du marché tandis que le recours à l'article 30 dépend de l'objet du contrat. Cet article s'applique aux marchés de services autres que ceux listés à l'article 29 du CMP.

Dans ce cas, les modalités de publicité et de mise en concurrence sont arrêtées en tenant compte des caractéristiques du marché. Si celles-ci le justifient, le service acheteur peut décider qu'un marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, si de telles formalités sont manifestement inutiles, ou impossibles à mettre en œuvre.

La Commission a eu à connaître de plusieurs marchés relevant de l'article 30, concernant notamment des prestations d'agences de voyage et des prestations de formation. Ces marchés étant susceptibles de donner lieu à une mise en concurrence, elle a recommandé que le règlement de la consultation décrive avec précision les modalités de la procédure.

3 - Appel d'offres

L'appel d'offres est la procédure de droit commun pour la passation des marchés publics. L'appel d'offres ouvert est le plus largement utilisé. Mal adapté toutefois aux opérations complexes, il faut en ce cas lui préférer l'appel d'offres restreint, qui permet de sélectionner au départ les entreprises les mieux à même de réaliser la prestation, évitant ainsi à certaines des études inutiles et coûteuses.

4 - Dialogue compétitif

Lorsque la personne publique n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou qu'elle ne peut établir le montage juridique ou financier d'un projet, elle a la possibilité de recourir au dialogue compétitif prévu aux articles 36 et 67 du CMP. Cette procédure remplace l'ancien appel d'offres sur performances. Parallèlement, l'usage de la procédure des marchés de définition (article 73 CMP) a été restreint, du fait de l'interdiction, nouvellement édictée, de procéder à l'attribution directe du marché de réalisation au titulaire du marché de définition. Le dialogue compétitif est désormais supposé combler cette interdiction.

Le dialogue compétitif se déroule en trois phases :

- sélection des candidatures,
- dialogue qui débute par l'envoi du règlement de la consultation et du programme fonctionnel et s'achève par l'établissement par l'acheteur public du cahier de charges. La nouvelle version du CMP, à paraître prochainement, supprime pour l'acheteur l'obligation d'établir un nouveau cahier des charges après la négociation. Il choisit simplement, in fine, l'offre la plus avantageuse,
- remise et examen des offres.

La phase de remise des candidatures ainsi que la phase de remise et d'examen des offres se déroulent dans les mêmes conditions que pour un appel d'offres. La phase de dialogue, la plus délicate, doit être transparente, respecter l'égalité des chances et assurer la confidentialité des propositions faites par les concurrents. Ce dialogue peut être organisé en phases successives permettant d'ajuster les propositions des concurrents.

La CMPE a recommandé de donner dans le règlement de la consultation des précisions suffisantes sur l'organisation de la discussion et sur les modalités d'élimination des candidats en fonction de critères clairement annoncés, et a rappelé la nécessité de retracer les différentes phases de la procédure dans des procès-verbaux. Mais elle n'est pas encore en mesure de porter un jugement sur une procédure, très nouvelle, qui ne concerne que 9 des 445 marchés qui lui ont été présentés en 2005.

5 - Marchés négociés

Les marchés négociés sont la règle dans le cadre du décret « Défense » et revêtent au contraire un caractère dérogatoire dans le cadre du CMP (article 35). Quel que soit le titre auquel ils sont passés, et quelle que soit la catégorie (avec publicité et mise en concurrence, sans publicité et avec mise en concurrence, sans publicité et sans mise en concurrence) ils doivent respecter les règles générales concernant les conditions d'accès à la commande publique (égalité de traitement des candidats, transparence) et faire l'objet d'un rapport de présentation.

S'agissant des marchés passés en application du décret « Défense » (n° 2004-16 du 7 janvier 2004), la Commission a constaté que le Ministère de la Défense veillait à ce que le périmètre d'application de ce texte soit correctement respecté. Il lui est arrivé au contraire de conseiller qu'un marché d'affrètement, qui ne pouvait être conclu, hors du cadre du décret « Défense » qu'au prix d'atteintes inacceptables à l'égalité des conditions de concurrence, pour des motifs tenant à la sécurité de l'Etat et à l'efficacité de la Défense Nationale, soit remplacé par un marché d'acquisition d'un bâtiment militaire, passé dans le cadre de ce décret.

Dans le cadre du CMP, et s'agissant des marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence, la Commission a rappelé que l'article 35-III-4 du CMP subordonne le recours à cette procédure à des conditions restrictives, liées à des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. L'acheteur public doit apporter la preuve que le fournisseur envisagé est bien le seul à pouvoir réaliser les prestations demandées.

S'agissant des marchés complémentaires ou des marchés de prestations similaires prévus à l'article 35.III.1 et 35.III.2 du CMP, la Commission veille à ce que les conditions relatives à la publicité, au montant maximum et à la durée autorisée, soient respectées.

La Commission a enfin rappelé que le recours au marché négocié, pour des marchés de maîtrise d'œuvre ne donnant pas lieu à un concours, n'est possible en dehors du cas des marchés inférieurs à 150 000 € que « lorsque la prestation de service est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. »

6 - Marchés de conception – réalisation

Dans cette procédure, prévue à l'article 37 du CMP et qui vise à la fois à la définition du projet et à l'exécution des travaux, le programme de l'ouvrage à réaliser constitue la pièce fondamentale du dossier de consultation des entreprises. Ce type de contrat, comportant deux postes dont la consistance est bien définie, justifie le recours à un groupement conjoint dont le mandataire peut être l'entreprise chargée de la réalisation des travaux.

La Commission a eu l'occasion de rappeler que le premier alinéa de l'article 69 du CMP dispose que les marchés de conception - réalisation sont des marchés de travaux. Le CCAG applicable est donc le CCAG travaux, qui cependant doit être adapté, car nombre de ses articles, mentionnant les interventions du maître d'œuvre, ne sont pas applicables en l'espèce.

7 - Marchés de définition

La Commission a examiné un nombre appréciable de marchés de définition ayant notamment pour objet la réalisation d'un bâtiment et de moyens d'expérimentation, l'étude de kits de déminage, la participation à un projet européen de laser X, etc.

En un sens, le dialogue compétitif nouvellement institué « double » les marchés de définition, qui sont eux aussi destinés à l'acheteur public qui rencontre des difficultés pour définir des objectifs à atteindre et les moyens d'y parvenir. Les marchés de définition permettent ainsi de lever les incertitudes sur les buts et les performances souhaités, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre.

Jusqu'à présent, les marchés de définition permettent que « les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet, conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément, peuvent être attribués, sans nouvelle mise en compétition, à l'auteur de la solution retenue » (art 73 CMP). Il en est de même pour l'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre conclus après plusieurs marchés de définition (cf. art. 74 III du CMP). C'est donc en quelque sorte à la « sortie » du marché de définition que cette procédure s'affranchit des règles normales de mise en concurrence, en autorisant une négociation directe avec le seul lauréat.

Or ces dispositions ne sont pas conformes aux directives européennes du 31 mars 2004, et ne sont pas reprises dans le projet de Code des marchés en cours d'élaboration. Aussi la CMPE, sans attendre la mise en application du futur Code, dont il est certain qu'il sera conforme à la directive, a-t-elle plusieurs fois recommandé de procéder à une remise en concurrence pour les marchés de réalisation faisant suite à des marchés de définition.

Dès lors il est nécessaire que l'acheteur public dispose des droits d'usage de la propriété intellectuelle permettant cette mise en concurrence. Les concurrents sont ainsi avertis de ce que toutes les informations (procédés de fabrication, know-how, etc.) qu'ils fourniront dans leur étude de définition seront, à l'occasion de l'élaboration du CCTP en vue du marché de réalisation, diffusées à des tiers lors de la mise en concurrence.

E. Déroulement de la procédure

1 - Publicité

La Commission a porté une attention particulière aux avis de publicité, qui constituent, sauf exceptions dûment motivées, des composantes essentielles de la régularité de tout marché.

Les avis adressés au BOAMP et au JOUE doivent être établis conformément aux formulaires fixés par arrêtés du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. La Commission a veillé à ce qu'ils soient correctement remplis et que les mêmes renseignements figurent dans les deux documents, exigence rappelée par la jurisprudence.

Les avis doivent renseigner précisément sur les conditions de participation des candidats. L'absence de ces renseignements est de nature à entacher d'irrégularité la procédure d'attribution du marché (cf. décision du Conseil d'Etat n° 27 0476 RADIOMETER du 8 avril 2005). Il convient notamment que soient publiés :

- la définition précise du besoin,
- les capacités financières et techniques requises (montant minimum du chiffre d'affaires au regard du montant estimé du marché, nombre minimal de références à produire),
- la langue dans laquelle doivent être remises les offres,
- les critères de sélection des candidatures,
- les critères de sélection des offres,
- les modalités de financement et de paiement (Cf. arrêt du Conseil d'Etat du 2 juin 2004 Ville de Paris/ société SITA Ile de France). Il convient donc de préciser la nature des ressources (budget de l'Etat, subventions européennes, ressources propres) et de mentionner les modalités de versement au titulaire du marché des avances et des acomptes en faisant référence aux articles 86 à 89 du CMP.

Il est nécessaire également de préciser si le marché est couvert par l'accord sur les marchés publics (accord AMP).

Il n'est pas indispensable d'indiquer le montant prévisible du marché ou de l'opération (cf. arrêt n° 274053 du Conseil d'Etat du 1^{er} juin 2005 - département de la Loire : la PRM n'est pas tenue à une obligation de publicité en ce qui concerne le montant prévisionnel du marché qu'elle entend passer). En effet, aucune disposition particulière du CMP ou de la directive européenne n'impose cette mention, dont au demeurant la publication risque d'influencer défavorablement les candidats pour la remise des prix. Aussi, ni le modèle d'avis d'appel public à la concurrence du JOUE, ni celui du BOAMP n'incitent-ils les services acheteurs à mentionner ce montant. Son absence ne constitue donc pas un manquement aux obligations de publicité, dans la mesure où la prestation à réaliser est bien décrite et où sont données les indications nécessaires, relatives aux quantités.

2 - Documents à fournir

Les documents à fournir au stade des candidatures et des offres sont fixés à l'article 45 du CMP et concernent des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat. La liste des pièces à produire est limitative. Ne doivent donc pas être exigés au stade des candidatures les documents suivants :

- attestations sur l'honneur et références demandées dans le formulaire de déclaration du candidat (DC5),
- documents relatifs à la personne habilitée à engager le soumissionnaire, dans la mesure où la liste des personnes habilitées figure dans ce même DC5,
- extrait K bis,
- attestations d'assurances,
- attestations de clients prouvant la qualité du service rendu par le candidat,
- attestations fiscales et sociales, celles-ci n'étant exigées que de la part du candidat retenu,
- descriptif de la société et de ses partenaires financiers,
- documentation générale sur l'entreprise.

3 - Sélection des candidats

Quelle que soit la procédure retenue, appel d'offres ou marché négocié, la sélection des candidats doit être faite sur la base de critères ou d'exigences choisis de manière à ne pas réduire abusivement la concurrence ou ne pas en fausser le jeu.

La question de la recevabilité d'une candidature peut se poser lorsque le candidat a déjà participé à une étude portant sur l'opération objet de la consultation. La Cour de Justice des communautés européennes a considéré dans un arrêt du 3 mars 2005 qu'une telle candidature était acceptable si l'entreprise apporte la preuve qu'elle n'a pas tiré avantage de la situation. En ce cas, il revient à l'acheteur public d'obtenir des candidats concernés tous les éléments permettant d'apprécier l'avantage éventuel qu'ils tireraient de leur participation à l'opération en cause.

Dans cette hypothèse, la Commission recommande d'inclure dans le dossier de consultation des entreprises l'ensemble des documents et des informations résultant des travaux déjà effectués et de prévoir un délai de remise des offres suffisant pour permettre à l'ensemble des concurrents de prendre connaissance du document de consultation des entreprises.

4 - Jugement des offres

Les modalités de jugement des offres ne doivent pas être confondues avec les modalités de sélection des candidatures et les mêmes critères ne peuvent être utilisés aux deux stades de la procédure d'attribution.

Les textes spécifient de manière formelle que les candidatures ne peuvent être sélectionnées que sur les capacités et les références globales des entreprises et non sur les capacités et les références spécifiques à l'opération objet de la consultation, ces éléments spécifiques pouvant en revanche être pris en compte au niveau de l'analyse des offres.

La Commission veille à ce que la comparaison des offres puisse être faite au vu de critères objectifs, opérationnels et non discriminatoires, de façon à retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle a observé, pour un marché de fourniture de matériels, que la diversité de l'offre ne pouvait constituer un critère de choix, car un tel critère risquait d'affaiblir la transparence de la procédure de mise en concurrence et le principe d'égalité de traitement des candidats.

Les critères de jugement des offres doivent être pondérés ou à défaut hiérarchisés.

Le Conseil d'Etat a jugé (arrêt Commune de la Seyne-sur-Mer, 29 juin 2005) que « c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation ». Il est donc nécessaire que l'acheteur public, s'il décide de se borner à hiérarchiser les critères, soit en mesure de justifier de l'impossibilité de procéder à leur pondération.

Dans un arrêt du 7 octobre 2005 Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole la Haute Juridiction a durci sa position jurisprudentielle en précisant : « les critères doivent être pondérés, sauf si la personne publique qui s'apprête à passer le marché peut justifier que cette pondération n'est pas possible ». Elle considère donc que le fait de ne pas justifier de l'impossibilité de pouvoir pondérer constitue un manquement aux obligations de publicité et de concurrence.

La CMPE a souvent constaté que la pondération des critères ne suffit pas, en elle-même, à assurer l'objectivité dans la comparaison des offres. L'opération de notation joue à cet égard un rôle décisif. Que signifie, en effet, l'affichage de deux critères pondérés, par exemple 30 et 40 %, si à l'intérieur du premier, les notes s'écartent de 0 à 20, et à l'intérieur du second, se tiennent toutes aux alentours de la moyenne ? Le défaut de transparence et le risque d'arbitraire sont d'autant plus grands que le nombre de critères retenus est peu élevé. Aussi a-t-elle, en de nombreuses occasions, conseillé à l'acheteur public de définir suffisamment de critères, et surtout de sous-critères.

Cependant, la CMPE a remarqué qu'il est inopportun de pondérer les sous-critères. La Cour de justice européenne, dans son arrêt C - 331/04, a précisé que le droit ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, à condition qu'une telle décision ne modifie pas les conditions initiales de mise en concurrence et ne bouleverse pas la règle du jeu annoncée.

La CMPE a d'autre part insisté pour que le service acheteur, dans un souci de transparence, tienne scrupuleusement à jour le dossier de sélection des offres. Les sous-critères, bien entendu, doivent être publiés dans le règlement de la consultation.

Le CMP n'impose pas que le prix tienne une place prépondérante dans les critères de choix. La Commission veille à ce que l'acheteur en justifie la pondération, ni trop faible, ni trop élevée. Pour les produits de consommation courante, et tous ceux dont les caractéristiques sont plus ou moins standard, le poids du critère « prix » lui paraît devoir être prédominant.

La notation du critère « valeur technique » est, comme on l'a vu, parfois difficile à effectuer de façon objective. Elle doit pouvoir être analysée au vu des documents demandés, notamment les mémoires techniques présentant la démarche et les moyens que comptent mettre en œuvre les candidats pour l'exécution d'une prestation répondant aux attentes de l'acheteur public.

F. Conditions financières

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités soit des prix forfaitaires.

- Est forfaitaire tout prix qui rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations, un ouvrage ou une partie d'ouvrage définie dans le marché.
- Est unitaire tout prix qui sera multiplié par la quantité effectivement livrée ou exécutée.

La Commission rappelle fréquemment que des taux horaires ou des taux journaliers rémunérant des prestations au temps passé ne sauraient constituer un prix et font en outre courir le risque d'une requalification du contrat en prêt de main d'œuvre, prohibé par le code du travail.

1 - Variation des prix

Les règles selon lesquelles les marchés peuvent tenir compte des variations économiques sont fixées par le décret n° 2001- 738 du 23 août 2001. Pour les marchés de bâtiment et de génie civil, elles ont été précisées dans une circulaire des ministres de l'Équipement et de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 25 janvier 2005. Les modalités de variation des prix figurent dans le marché et ne peuvent donner lieu à négociation en cours d'exécution du contrat, sauf à en modifier l'équilibre. Dans la phase d'élaboration du contrat, il faut distinguer selon qu'il s'agit ou non d'un marché négocié, ou d'un marché sur appel d'offres. Dans ce dernier cas, les modalités de variation du prix sont inscrites par l'acheteur public dans les documents de consultation, et sont donc fixées une fois pour toutes. Il serait inopportun d'en laisser l'initiative aux candidats, car une telle démarche rendrait délicat le jugement des offres. De plus, le jeu de la concurrence donne au service acheteur la possibilité d'exiger, d'entrée de jeu, la formule de variation de prix qu'il juge appropriée. Dans le cas d'un marché négocié, au contraire, l'acheteur public ne se trouve pas en position de force, surtout si le contrat est négocié sans concurrence, avec un interlocuteur unique.

En toute hypothèse, le choix de la forme du prix et de la formule de variation revêt une importance considérable, que l'acheteur public a généralement tendance à sous-estimer. En effet, dans les contrats d'une certaine durée, les montants des mises à jour des prix peuvent représenter une part substantielle des paiements effectués.

a) Le prix ferme

Le prix ferme doit être systématiquement adopté lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique. Le cas échéant, il est actualisable, pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques entre sa date d'établissement et le début d'exécution des prestations. L'actualisation est facultative pour les marchés de fournitures et services courants, de droit dans tous les autres cas (décret n° 2001-738 du 23/08/2001).

La Commission recommande le recours à des prix fermes pour les marchés d'une courte durée, à l'exception de ceux qui comprennent une part significative de produits et matières dont les cours sont susceptibles de connaître des fluctuations importantes.

b) Le prix ajustable

Le prix ajustable est recommandé, lorsque le choix d'un prix ferme n'est pas raisonnable, et que les prestations en cause font l'objet d'échanges commerciaux sur le marché, tels que les prix résultent du jeu de la concurrence et soient observables.

L'ajustement s'effectue sur les indices statistiques représentatifs des prix des fournitures ou services acquis, ou sur les barèmes ou tarifs publics, en général ceux du titulaire du marché. Le contrat stipule les abattements à appliquer, le cas échéant, aux prix de référence. La formule d'ajustement doit de préférence se référer à un seul indice, si possible élaboré par l'INSEE ou par un organisme public. La référence à des prix de tarifs ou catalogues devra être assortie d'une clause butoir ou de sauvegarde par rapport à l'évolution des prix.

La Commission n'a pas rencontré de difficultés particulières sur ce point.

c) Le prix révisable

. Partie fixe

Lorsque la personne publique impose des spécifications techniques qui lui sont propres et que le prix n'est pas observable lors d'échanges commerciaux, il est nécessaire de se référer à des éléments de coût. D'après les textes en vigueur la formule de révision des prix contient une partie fixe au moins égale à 0,125, représentative entre autres de l'amélioration de la productivité que l'entreprise peut espérer, durant l'exécution du marché. Cette formule se réfère par ailleurs à des indices de coût unitaires représentatifs des coûts des fournitures ou services acquis (main d'œuvre du service considéré, coût des matières, énergie...).

En ce qui concerne les prix révisables, la Commission s'efforce de sensibiliser les services acheteurs à l'intérêt financier pour l'Etat, de ne pas s'en tenir automatiquement à la partie fixe minimale imposée par le décret n° 79-992 du 23 novembre 1979, publié à une époque où la hausse annuelle des prix était beaucoup plus forte que celle que l'on connaît aujourd'hui, et reprise sans changement par le décret du 23 août 2001 précité. Cette hausse était à l'époque plus forte que le progrès annuel moyen de la productivité, ce qui n'est plus le cas actuellement. L'amélioration moyenne de la productivité en France est de l'ordre de 2 % par an, et elle est nettement supérieure dans l'industrie, surtout pour les productions de série. Les contrats industriels, dans lesquels le progrès de productivité prévisible est de l'ordre de 4 % par an, ne sont pas rares, notamment dans le secteur des armements.

Aussi, en période de faible inflation comme actuellement, la partie fixe devrait-elle être bien supérieure à 0,125 pour éviter que la formule de révision ne génère des surcoûts substantiels dans les marchés de longue durée, dont l'importance a tendance à croître. Or la Commission, dans son effort à sensibiliser les services acheteurs à l'intérêt d'étendre la durée d'application des prix fermes (voir plus haut) ou d'augmenter sensiblement la part fixe des formules de révision, se heurte souvent à des réticences.

L'argument selon lequel l'annonce, par l'administration, de sa volonté de contracter à prix ferme, ou à formule de révision fortement neutralisée, inciterait les entreprises à se couvrir en proposant des prix initiaux plus élevés, n'est que très partiellement recevable. Certes, il est concevable, dans l'élaboration d'un marché négocié avec un seul interlocuteur, que le service soit conduit à arbitrer en faveur d'un prix initial plus bas, au prix d'une formule de révision avantageuse pour l'entreprise. Encore faut-il que l'acheteur public ait bien conscience des termes de cet échange. En revanche, dans un contexte de compétition – appel d'offres ou négociation concurrentielle – l'argument perd beaucoup de sa valeur. Certains indices donnent à penser qu'une meilleure maîtrise de la révision des prix permettrait au Ministère de la Défense d'économiser chaque année environ cent millions d'Euros.

. Choix des indices

Le choix des paramètres à prendre en compte doit se porter sur des références qui ne soient pas sujettes à caution et donc, de préférence, sur des indices ou index publiés sous l'autorité de l'administration. Les indices établis par les organismes professionnels ne devraient servir de référence qu'en l'absence d'indices ou d'index officiels pertinents.

La Commission recommande de se référer aux indices officiels de l'INSEE, qui recouvrent la plupart des domaines d'activité de l'industrie et des services, et peuvent parfaitement être utilisés pour les marchés de services informatiques ou les études industrielles. Ces indices doivent être le plus possible représentatifs du contenu des prestations et adaptés à la réalité économique au moment de la consultation, sachant que les indices de coût (salaires, matières, énergie en particulier) dérivent en général davantage que les indices de prix des produits manufacturés.

Pour les marchés de travaux publics et de bâtiment les index nationaux BT et TP constituent des références privilégiées du fait de leur représentativité économique et de leur pérennité. Il faut cependant rappeler que les index BT 01 et TP 01 sont des index généraux ayant une valeur essentiellement statistique et que leur utilisation comme référence pour la révision n'est en général pas pertinente. La Commission conseille d'utiliser les autres index conçus pour chaque type de prestations et mieux adaptés à chaque cas particulier (cf. Instruction du 25 janvier 2005 du ministère de l'Équipement). Depuis fin avril 2004, les index BT et TP ne sont plus publiés au Bulletin officiel de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) mais uniquement au Bulletin officiel du ministère de l'Équipement, ainsi que dans le Moniteur. Il en est de même pour l'index ING (ingénierie).

Les indices composites PSD utilisés dans les marchés de produits et services divers ont été supprimés en 2004 en raison de leur manque de représentativité de l'évolution des coûts supportés par les entreprises. Ils devraient être remplacés par des formules d'indexation plus adaptées, laissées à l'initiative des acheteurs publics.

Les modalités de lecture des indices, index ou autres références choisis ainsi que les périodiques dans lesquels ils sont publiés doivent être indiqués de façon claire et précise dans les clauses des CCAP relatives à la variation des prix, afin d'éviter toute divergence d'interprétation.

Pour certains marchés de longue durée, notamment les marchés d'armement et, d'une façon générale, les marchés industriels, la Commission s'efforce de faire prendre en compte, soit directement dans la formule de révision, soit au travers d'indices agglomérés de coût :

- la totalité des coûts des matières et de l'énergie,
- la partie des salaires indexés sur le Smic, que l'entreprise ne peut pas maîtriser (à la différence des autres salaires, que l'entreprise est susceptible de maîtriser),
- éventuellement une petite partie des coûts des achats de biens intermédiaires,
- les progrès de productivité, en imposant dans la formule de révision une partie fixe élevée, ou toute autre disposition d'effet équivalent.

Les éventuels prix provisoires, primes ou pénalités ne sont pas susceptibles d'ajustement ni de révision. En revanche, une fois rendus définitifs, ceux-ci, ainsi que les plafonds qui leur sont associés, le sont.

2 - Clauses de financement et de paiement

La Commission a observé que la combinaison des articles 87 et 88, qui régissent les modalités de financement et de paiement, ne permet pas d'inclure dans un marché à la fois une avance forfaitaire et une avance facultative. En effet, l'avance forfaitaire est de droit pour tout marché supérieur à 50 000 € sauf renonciation formelle du titulaire. S'agissant des marchés à tranches conditionnelles, elle doit être attribuée aussi bien pour les tranches conditionnelles dès lors qu'elles sont affermies, que pour la tranche ferme. Son montant, pour chacune des tranches, est calculé conformément aux dispositions de l'article 87 II du CMP.

La Commission a également observé que les dispositions de l'article 105, qui permet aux collectivités locales de demander pour tout ou partie du remboursement de l'avance forfaitaire la constitution d'une garantie à première demande, ne s'applique pas aux marchés de l'Etat.

G. Autres clauses des marchés

1 - Durée

La durée des marchés (voir tableau n° 8 en annexe) n'est pas limitée par le Code, si ce n'est pour les marchés à bons de commande où la durée maximale de quatre ans s'impose, sauf exception dûment justifiée. Elle doit donc être fixée en fonction de l'objet de chaque contrat. Pour apprécier cette durée, il est souhaitable de tenir compte du temps nécessaire à la fabrication du produit ou à la réalisation de la prestation, de la durée d'amortissement des investissements matériels ou immatériels, et de l'état de la concurrence (un marché de courte durée favorise le fournisseur déjà en place) etc.

La Commission constate actuellement une tendance à remplacer des marchés de fournitures, de relativement courte durée, par des marchés de prestations de service, grâce auxquels le matériel et les agents chargés de le mettre en œuvre sont « externalisés ». Ces prestations de service sont contractées sur de longues durées, et souvent définies de façon globale, par des spécifications fonctionnelles et non pas techniques. A la limite le prestataire s'engage sur des obligations de résultat, assorties de pénalités.

De tels marchés apportent aux administrations des avantages indéniables. Outre le fait qu'ils permettent de lisser dans le temps la charge budgétaire – les prestations sont réglées au fur et à mesure de leur réalisation – ils facilitent le redéploiement des personnels vers d'autres tâches situées au cœur du service public, et donnent à l'industriel une meilleure visibilité, l'incitant à serrer ses prix. Il s'agit en fait de véritables partenariats. La Commission a eu l'occasion d'en examiner plusieurs, et a toujours pris, par principe, une position favorable, bien que les risques et les difficultés ne doivent pas être sous estimés, ce qu'elle ne s'est pas privée de faire observer, le cas échéant, à ses interlocuteurs :

- la révision des prix (voir plus haut) doit être maîtrisée,
- les évolutions technologiques, dans la durée, sont inévitables. Il faut donc prévoir la façon dont elles seront traitées (substitution d'un composant à un autre) et laquelle des parties en supportera les conséquences,
- la durée pour la durée n'est pas un objectif acceptable. La durée d'un contrat doit toujours être justifiée, par la volonté d'élargir la concurrence, la recherche du meilleur rythme d'amortissement possible, la durée du financement auquel recourt le prestataire, etc.,
- à défaut de tout prévoir d'avance, des rendez-vous peuvent être inscrits au contrat, en vue d'en modifier les clauses par avenant, ou même d'en renégocier l'équilibre.

Les administrations dont la Commission a eu l'occasion d'examiner les projets se montrent d'ailleurs capables de mesurer l'équilibre à sauvegarder entre avantages et risques des contrats de longue durée, ainsi qu'entre la recherche d'une globalisation complète du marché, et le maintien, au contrat, de spécifications techniques détaillées. C'est ainsi qu'ayant eu à examiner un marché de soutien d'un parc de véhicules tout terrain, négocié sans concurrence en application du décret «Défense», la Commission a noté l'intérêt d'un marché de longue durée (10 ans), dans lequel cependant des spécifications détaillées étaient maintenues, et dont la négociation a néanmoins permis, en échange d'un engagement durable de l'Etat, d'aboutir à des prix nettement inférieurs à ceux des marchés antérieurs. Un montage de ce type constitue une solution intermédiaire entre un marché à commande classique et un marché à engagement de résultat sur la disponibilité des matériels, et présente le grand avantage de conserver dans le service acheteur les capacités techniques indispensables au plein exercice de sa mission de maître d'ouvrage.

2 - Pénalités

Les marchés comportent généralement des clauses de pénalités. La Commission recommande des pénalités raisonnables, limitées à celles qui sont nécessaires au bon déroulement du marché, et proportionnées aux fautes susceptibles d'être commises par le titulaire. Des pénalités trop fortes peuvent en effet dissuader certaines entreprises de se porter candidates ou les inciter, pour se couvrir, à augmenter leurs prix.

3 - Droit de propriété intellectuelle

La possibilité d'utilisation des résultats à l'issue d'un marché (notamment de définition) est prévue au chapitre IV du CCAG PI. Trois options sont possibles selon la nature des prestations :

- l'option A concerne en principe les marchés d'études sans application industrielle.
La personne publique peut librement en utiliser les résultats.
Le titulaire ne peut en faire aucun usage commercial sans autorisation de la personne publique.

- l'option B concerne les cas où la méthodologie du titulaire présente un caractère suffisamment original pour demeurer sa propriété.
La personne publique ne peut utiliser les résultats que pour ses besoins propres et ceux des tiers désignés au marché.
Le titulaire ne peut faire aucun usage commercial de ces résultats sans autorisation de la personne publique.
- l'option C est utilisée en principe pour les marchés de prestations intellectuelles à vocation industrielle.
La personne publique ne peut utiliser les résultats que pour ses besoins propres et ceux des tiers désignés au marché.
Sous certaines réserves (respect de clauses éventuelles de redevances et/ou de confidentialité), le titulaire peut librement faire un usage commercial des résultats.

En aucun de ces trois cas, la personne publique n'acquiert la propriété des inventions, ni du savoir- faire nés à l'occasion des travaux.

Les services acheteurs doivent, au cas par cas, choisir l'option du CCAG qui correspond le mieux aux besoins de l'Etat, sans pour autant affaiblir la concurrence. Le cas échéant, les droits de l'Etat doivent pouvoir être étendus à d'autres entités administratives, notamment si l'opération en cause est réalisée en coopération internationale.

H. Exécution des marchés

1 - Sous-traitance

Les titulaires des marchés de travaux ou de services peuvent sous-traiter une partie de leurs marchés (cf. art. 112 et suivants du CMP). Le Code est muet pour les marchés de fourniture.

Dans la version d'origine de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, l'entrepreneur principal avait obligation, lors de la soumission, de déclarer au maître d'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations dont la sous-traitance était envisagée. Afin d'assurer une meilleure transparence de l'exécution des marchés, la loi n° 2001-1168 du 11 septembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite loi « MURCEF » a fait obligation à l'entrepreneur principal d'identifier, dès le stade de l'offre, le ou les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel. Les concurrents doivent donc déclarer dans leur soumission toutes les prestations qu'ils envisagent de sous-traiter, chacune faisant l'objet d'un acte spécial de sous-traitance annexé à l'acte d'engagement. Ce document doit renseigner sur les prestations sous-traitées ; nom, raison sociale et adresse du sous-traitant ; montant prévisionnel des sommes à lui payer, et les modalités de règlement de ces sommes.

L'article 9 du décret « Défense » prévoit toutefois, pour certains marchés négociés sans mise en concurrence pour lesquels le titulaire envisage de faire appel à des sous-traitants, que ceux-ci ne soient pas encore connus au moment de la négociation du prix. Dans ce cas, les éléments du marché qui seront sous-traités et pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu font l'objet de prix provisoires.

Les clauses permettant de traiter le cas des sous-traitants que le titulaire du marché serait amené à proposer en cours de chantier, en remplacement notamment d'un sous-traitant défaillant, doivent figurer dans le CCAP. Dans cette hypothèse, il convient de respecter les mêmes règles que celles imposées en début de marché, à savoir obtenir de la personne publique contractante l'acceptation des sous-traitants et l'agrément de ses conditions de paiement.

2 - Avenants et marchés complémentaires

Les prestations qui complètent celles qui ont fait l'objet d'un premier marché peuvent donner lieu soit à des avenants, soit à des marchés complémentaires :

a) Avenants

L'article 19 du CMP interdit la passation d'avenants qui bouleversent l'économie du marché initial ou en changent l'objet, sauf en cas de sujétions imprévues ne résultant pas du fait des parties. La Commission considère qu'une augmentation égale ou supérieure à 15 % est susceptible d'être considérée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat. Quel que soit le montant, l'avenant doit indiquer de façon précise les modifications apportées au cahier des charges.

b) Marchés complémentaires

Les conditions dans lesquelles peuvent être conclus des marchés complémentaires ou des marchés ayant pour objet des prestations similaires au contrat principal sont précisées à l'article 35 du CMP.

La Commission a observé que, pour les travaux, les dispositions de cet article diffèrent de l'article 19 sur trois points :

- elles permettent la réalisation de travaux qui ne ressortent pas de l'objet du marché principal,
- elles permettent de modifier l'économie du marché jusqu'à 50 % de son montant,
- elles n'exigent pas que les « circonstances imprévues ne soient pas le fait des parties ».

Cependant, ces dispositions imposent :

- que le marché principal ait été passé après mise en concurrence,
- que les prestations objet du marché complémentaire soient nécessaires à la réalisation de l'ouvrage,
- que les travaux complémentaires soient techniquement indissociables du marché principal,
- que le marché complémentaire ne dépasse pas 50 % du montant du marché principal.

3 - Résiliation

Les modalités de résiliation sont précisées dans les CCAG. Ces documents prévoient l'octroi d'une indemnité en cas de résiliation du fait de la personne publique. Toutefois, pour les marchés à bons de commande, l'indemnité de résiliation, susceptible d'être accordée si le minimum n'est pas atteint, ne peut être fixée dans le marché. Le préjudice éventuel ne peut être établi qu'a posteriori.

La Commission a rappelé que les marchés doivent prévoir les conditions dans lesquelles les contrats peuvent être résiliés aux torts du titulaire en cas d'inexactitude des renseignements fournis à l'appui des candidatures et des offres, notamment ceux qui concernent le respect des obligations fiscales et sociales.

III. ANALYSES SECTORIELLES

A - APPROVISIONNEMENTS GÉNÉRAUX

1 - Bilan d'activité et observations générales

96 dossiers ont été transmis par les services acheteurs ; 91 l'ont été en saisine obligatoire et 5 en saisine facultative. Ils ont tous été traités dans les délais prescrits par le décret CMPE. Six séances ont été organisées afin d'examiner 9 dossiers, après une instruction préalable confiée à un rapporteur. En outre 2 dossiers ont fait l'objet d'une étude approfondie avec le concours d'un rapporteur, sans convocation du service en commission.

Le taux de sélection (10% des dossiers reçus) doit être apprécié en fonction des caractéristiques des dossiers présentés : il s'agit pour l'essentiel du renouvellement d'importants marchés de fournitures ou de services, passés pour assurer le fonctionnement courant des services. Les procédures antérieures ont donc été déjà contrôlées à diverses reprises par les anciennes CSM, et les services ont généralement pris en compte les observations faites. Le besoin de conseil porte le plus souvent, pour ces dossiers, sur des modalités de forme et de fond qui ne nécessitent pas une concertation élargie au niveau de l'ensemble de la Commission.

Par ailleurs l'augmentation notable des seuils et leur uniformisation, quelle que soit la nature des prestations, ont pour effet de soustraire à l'examen de la CMPE les nouveaux marchés d'études et de prestations intellectuelles, qu'il serait peut être intéressant en fonction de leur nature même, d'examiner de manière approfondie. En ce sens, l'augmentation de l'activité de la Commission dans ce secteur (dossiers examinés en séance) ne trouverait une réelle utilité que si une modification des conditions de sa saisine était envisageable (saisine selon la nature des procédures plutôt qu'en considération de seuils élevés).

Des observations et recommandations ont été cependant quasi systématiquement formulées et transmises aux services sous forme d'avis de la Commission (9) ou de lettres d'observations (67), arrêtées par le vice-président en charge du secteur. Les conseils portés visent à corriger certains errements non parfaitement maîtrisés et à améliorer la qualité des procédures. La commission a constaté, lors des séances d'examen, que les services ont généralement pris en compte et ont pu exploiter les observations des rapporteurs transmises préalablement à la convocation de la réunion. Cette pratique permet de valider sur le champ les corrections et améliorations au dossier de consultation proposées en retour par les services, ce qui a pour conséquence directe de renforcer concrètement l'efficacité de la Commission dans l'assistance et l'accompagnement des services.

Il serait d'ailleurs utile pour mesurer l'action de la Commission au plan pratique, que les services adressent de manière systématique un compte-rendu sur les mesures prises à la suite des avis et lettres d'observations qui leur sont adressés.

2 - Le regroupement des achats

L'observation des dossiers reçus en CMPE montre une montée en puissance du recours par les administrations à la centralisation des achats. Les services souhaitent généralement profiter d'un effet d'échelle, notamment pour les marchés de fournitures, en globalisant leurs besoins par l'intermédiaire de groupements d'achats, organisés le plus souvent au sein d'un même ministère (art. 7 du CMP). La standardisation et la rationalisation des besoins liés à un objectif de qualité sont également recherchées de manière concomitante. Cette politique est également de plus en plus utilisée pour les marchés de services courants.

Ainsi on peut relever, sans souci d'exhaustivité, à titre d'exemple que :

- le ministère de l'économie et des finances a mis en place l'agence centrale des achats (ACA), chargée de centraliser et réaliser les achats destinés au fonctionnement courant de l'ensemble des directions du ministère. Un certain nombre de procédures de passation de marchés ont été d'ores et déjà lancées dans ce contexte, en utilisant notamment la technique novatrice des enchères inversées (décret n°2001-846 pris en application de l'article 56 du Code des marchés publics) pour des marchés de fournitures : papier, articles de bureau, imprimantes et photocopieurs, ainsi que pour des marchés de services (par exemple pour le nettoyage des bureaux).
- la Direction Générale de l'Armement (DGA), a confié depuis quelques années à un établissement central spécialisé (ECS) la charge de passer les marchés de fonctionnement de l'ensemble de ses sites en région parisienne. Ainsi un marché de gardiennage a été renouvelé en 2005, au moyen d'une procédure regroupant les besoins de 10 lots géographiques.
- le CNRS procède de manière identique pour approvisionner l'ensemble de ses laboratoires de recherche en fourniture de produits et consommables, grâce à des marchés nationaux passés par un service spécialisé (UPS 2295).
- le service d'information du gouvernement (SIG) regroupe les achats d'espace publicitaire de l'ensemble des ministères depuis l'année 2003, en tant que coordinateur d'un groupement de commandes (art 7 du CMP).
- de manière similaire le ministère de l'intérieur, le ministère de la défense et le ministère de la justice ont présenté des dossiers organisant la passation de marchés multiservices, pour confier à un seul prestataire extérieur des travaux d'entretien et de maintenance ainsi que la gestion du fonctionnement courant (y compris la restauration) de plusieurs services ou établissements.

Plus particulièrement, la Commission a choisi d'examiner deux dossiers présentés dans le cadre de groupements d'achats par le ministère de l'intérieur et par l'université NANCY I ; ils avaient pour objet d'acquérir respectivement des articles d'habillement et des matériels-consommables de laboratoires pour plusieurs services de la police nationale et pour différents organismes universitaires.

L'article 9 du CMP a défini par ailleurs les centrales d'achat, qui peuvent acquérir des fournitures et des services, en vue de les céder à des personnes publiques. L'UGAP a présenté à la Commission un certain nombre de procédures d'achat passées sur ce fondement. Au-delà des marchés classiques de fournitures (mobilier, équipements médicaux et de soins...), l'UGAP a largement diversifié ses réalisations au cours des dernières années, notamment en couvrant des marchés de services pour le compte des administrations abonnées (marchés de nettoyage, gardiennage, de transport et déménagement...).

Si l'intérêt de la massification des achats ainsi réalisée n'est plus à démontrer au plan économique comme au plan de l'organisation administrative et juridique des marchés, il convient toutefois d'accompagner cette démarche avec une attention particulière, afin d'éviter certains effets pervers. Il importe plus précisément de bien réfléchir au préalable sur la définition du besoin, et le choix - ou non - d'allotir.

3 - La définition du besoin

La définition du besoin est parfois insuffisante, notamment en raison du contexte dans lequel s'inscrit la réalisation centralisée envisagée. Cette démarche, surtout lorsqu'elle est décidée pour la première fois, ne s'appuie pas toujours sur des données quantitatives ou financières fiables, à disposition du service centralisateur (regroupement des besoins de services non coordonnés jusque là). L'imprécision des cahiers des charges qui en résulte peut amoindrir l'intérêt économique du regroupement des achats ; elle entraîne également un risque de favoriser certains candidats qui peuvent avoir une connaissance plus précise des besoins réels, du fait d'une antériorité de leurs relations contractuelles avec les services regroupés. Cette phase préalable apparaît donc primordiale. Il importe donc, pour une bonne économie du marché, de ne pas la négliger.

Ainsi, l'expression des besoins pour des marchés centralisés de fourniture d'équipements ne devrait pas se borner à l'indication des montants mini et maxi définis dans une fourchette très large, et porter comme seule précision complémentaire le nombre global de sites et de personnes soutenues. En effet, des informations sur le parc existant à remplacer (nombre et localisation) sont indispensables dans cette situation pour permettre aux candidats de mieux apprécier l'étendue de leur engagement, et d'autant plus nécessaires que les marchés de fournitures concernés comportent le plus souvent une part de services de logistique très importante (livraison, installation, maintenance à temps).

4 - Le choix d'allotir ou de ne pas allotir

L'appréciation de cette problématique est importante par les conséquences qu'elle entraîne pour le jeu de la concurrence. Une bonne connaissance de l'état de la concurrence semble indispensable pour faire le bon choix. En tout état de cause cette alternative n'existe pas toujours, en particulier pour les marchés de multiservices, qui visent à confier la responsabilité d'un ensemble de prestations de soutien à un opérateur unique. Dans ce cas, il convient au minimum de s'interroger sur les règles à fixer pour les groupements d'entreprises susceptibles de se porter candidats pour présenter une offre. Cette réflexion doit envisager l'opportunité d'interdire ou non aux entreprises de concourir comme membre de plusieurs groupements ; elle doit porter aussi sur l'éventualité d'imposer la forme du groupement. Sur ce dernier point, il est parfois constaté que la constitution d'un groupement solidaire est prévue sans que les conséquences en aient été réellement mesurées pour l'expression de la concurrence. En effet cette obligation ne paraît pas toujours opportune, surtout lorsque les obligations des partenaires sont a priori fortement déséquilibrées (notamment pour les engagements financiers en jeu). La solidarité du mandataire du groupement conjoint paraît être dans ce cas suffisante et mieux adaptée à la situation.

Le choix de ne pas allotir peut restreindre la concurrence de manière excessive et devrait être envisagé avec prudence. Ainsi, pour les marchés de fournitures courantes, la passation de marchés exécutés sur l'ensemble du territoire ou sur un territoire très large (régions), pour un ensemble de besoins, doit-elle présenter un caractère exceptionnel, surtout si l'expression du besoin, comme c'est souvent le cas, est de fait décentralisée (passation des commandes par les services locaux). En effet, dans cette hypothèse, on doit trop souvent regretter une imprécision de la définition des conditions dans lesquelles doit s'exécuter le marché (volume et occurrence des commandes par exemple), induite par la grande liberté de gestion laissée aux services locaux.

Par ailleurs la logistique peut représenter un aspect important de l'engagement du prestataire (équipements techniques, mobiliers spécialisés, livraison de produits pétroliers). Les incertitudes relevées présentent des risques importants pour l'accès au marché d'entreprises n'ayant pas une large assise financière ; elles sont donc de nature à limiter l'accès au marché et peuvent fausser à terme le libre jeu de la concurrence.

La même situation peut se rencontrer lorsque le regroupement des besoins englobe des prestations couvertes par des fabricants très spécialisés et présents en nombre limité, contraints de s'associer ponctuellement pour répondre à une consultation non allotie. La concurrence risque en effet d'être indirectement affaiblie par les stratégies des entreprises, en situation dominante, alors que l'administration perd toute possibilité d'appréciation et d'intervention à ce niveau.

Enfin il convient de souligner les inconvénients d'un regroupement trop large des marchés de prestations de services, ce qui en fonction de l'allotissement retenu, peut avoir pour conséquence d'interdire l'accès des PME/PMI à la commande publique. En raison de la nature de ces prestations de main d'œuvre, le regroupement peut présenter un intérêt moindre qu'une concurrence de proximité s'exerçant au niveau de l'ensemble des opérateurs économiques présents.

Il est constaté que les marchés de l'UGAP passés au niveau national, et allotis au niveau régional, sont peu concurrentiels. En effet, les conditions imposées aux candidats – volume important des prestations, écarts importants entre les montants mini et maxi des commandes, dispersion géographique et incertitudes sur les lieux d'exécution – écartent de fait les petites entreprises au profit des grosses structures, et ont pour résultat de limiter fortement la concurrence. Il n'apparaît donc pas souhaitable que les administrations s'y abonnent de manière systématique, en particulier lorsqu'elles disposent de structures d'achats organisées.

Ces observations doivent être rapprochées de la volonté récemment affichée par les autorités gouvernementales, à l'occasion de la réforme du Code des marchés publics à venir début 2006, de favoriser l'accès des PME/PMI à la commande publique, par l'affirmation du principe de l'allotissement des prestations. Le choix de ne pas allotir devra être désormais expressément justifié dans le rapport de présentation du marché. Ces directives, cependant, ne doivent pas remettre en cause l'intérêt du regroupement des achats au niveau le plus adapté ; elles doivent inciter les acheteurs, plus que jamais, à procéder à une étude complète de l'environnement concurrentiel du marché avant de décider de ses modalités et notamment du choix de l'allotissement.

B – ARMEMENT ET ÉLECTRONIQUE

1 - Bilan d'activité

Les dernières réunions des commissions spécialisées des marchés d'armement et d'électronique ont eu lieu en mai 2004. Au cours du second semestre 2004 leur secrétaire a continué à recevoir des dossiers, en nombre significatif. Ainsi pour l'année 2004, ces commissions ont reçu pour 11,9 milliards d'euros correspondant à 164 marchés. Il les analysait, faisait part au service, en général a continué par écrit, de ses observations, et, dans les cas les plus complexes, organisait des réunions avec le service concerné et les quelques personnes de la direction des affaires juridiques les plus compétentes sur le type de marché en objet.

Ce mode de fonctionnement « dégradé » répondait à un besoin, et préfigurait le rôle de conseil ensuite dévolu à la CMPE. Il s'est agi notamment du marché d'acquisition des cinquante neuf Rafale passé en décembre 2004, du marché de production des missiles M 51, d'un marché d'acquisition des canons automoteurs de 155 mm, et de divers marchés de MCO et d'études.

En janvier et février 2005, nombre de services, incertains de la marche à suivre alors que le décret instituant la CMPE du 26 novembre 2004 était publié, mais que son président et ses vice-présidents n'étaient pas encore nommés, n'ont repris leurs envois que progressivement en mars voire en avril 2005. Les marchés lancés avant début mars 2005 et qui n'avaient pas été envoyés en CSM n'ont en fait jamais fait l'objet d'un envoi en CMPE, ce qui est fort peu satisfaisant pour les deniers publics et pour la sécurité juridique l'acheteur.

La CMPE a finalement reçu, entre mars 2005 et fin 2005, soixante-quatorze dossiers pour le secteur armement et électronique, dont six saisines facultatives. Pour dix-sept dossiers, ces saisines ont donné lieu à la désignation d'un rapporteur, à un examen en séance et à un avis de la Commission ; neuf d'entre eux ont été accompagnés par la Commission, avec l'assistance d'un rapporteur désigné. Toutes ont fait l'objet d'une réponse dans les délais prévus par les textes, éventuellement complétée d'observations visant à corriger certains errements non parfaitement maîtrisés et à améliorer la qualité des procédures.

2 – Observations sur les dossiers traités

On peut notamment citer :

- Un ensemble de marchés de définition pour l'étude d'industrialisation de coupleurs de puissance d'un laser X concernant le projet international XFEL, présenté par le CNRS : le service a insisté pour prévoir une procédure de définition et la CMPE a donné des conseils au niveau des clauses de propriété intellectuelle afin de pouvoir, à l'issue des marchés de définition, remettre en concurrence en utilisant une partie des résultats des études pour rédiger le CCTP du marché de réalisation. L'ensemble des clauses de propriété a été adapté aux besoins du CNRS.
- Un ensemble de marchés de définition sur l'analyse d'un nouveau processus de service d'approvisionnement de pièces de rechange pour le maintien en conditions opérationnelles de l'armée de terre : le dossier a été envoyé en janvier 2005 et la procédure d'assistance a donc été mise en œuvre peu avant que la CMPE puisse se réunir formellement. Les conseils ont principalement porté sur le choix de la procédure : recours au décret défense, marchés de définition avec prévision de remise en concurrence pour le marché de réalisation et clauses de propriété adaptées.

- Un marché de soutien en service des parcs de véhicules tout terrain P4, de véhicules blindés légers et des engins de reconnaissance à canon de 90 mm Sagaie : il s'agit là de l'externalisation de la maintenance de véhicules de fabrication Panhard, sur dix ans, jusqu'à présent réalisée par l'armée de terre elle-même. Le contrat, de forme plus classique que les marchés de maintenance aéronautique à l'heure de vol, avec une part forfaitaire et des bons de commande, prévoit un partage des risques entre le titulaire et l'Etat, qui a servi de base à la négociation financière. Au titre de l'assistance ont été fournis des conseils relatifs aux clauses de partage de risque ainsi qu'aux formules de mises à jour des prix. Il convient de noter que la principale formule de mise à jour des prix prend en compte une amélioration de la productivité de l'ordre de 2% par an sur dix ans. C'est probablement la première fois qu'une telle formule - pourtant représentative de l'évolution des coûts industriels - est adoptée dans un marché public. Elle est aussi le résultat de la négociation relative au partage de risques entre le titulaire et l'Etat.

3 – Le recours au décret défense

La CMPE a reçu en 2005 près de quarante-cinq dossiers pour lesquels le recours au décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 dit « décret défense » était prévu, ainsi que six dossiers recourant à l'article 35.III.4 du CMP qui auraient aussi pu faire l'objet d'un recours au décret défense.

Il convient de rappeler que le recours au décret défense suppose d'une part que le marché soit passé pour les besoins exclusifs de la défense et mette en cause les intérêts essentiels de l'Etat au sens de l'article 296 du traité d'Amsterdam, et d'autre part que l'objet du marché concerne exclusivement les armes, munitions et matériels de guerre, tels que décrit dans l'article 1 du décret. Ces dispositions doivent être interprétées de façon restrictive. Ainsi une arme ne se définit pas par destination : par exemple, un véhicule 4x4 classique à l'usage exclusif des armées n'est pas une arme.

Une nécessité d'habilitation d'une société pour l'exécution d'un marché ne justifie à elle seule pas le recours au décret défense.

Bien que la plupart des dossiers envoyés à la CMPE et prévoyant un recours au décret défense n'aient pas posé de difficulté, il semble intéressant de citer trois cas particuliers :

- Un marché relatif à la refonte des systèmes de freinage des camions MARMON, petits camions 4x4 en service exclusivement au sein de l'armée de terre : étant donné que d'une part l'appellation « arme » ou « matériel de guerre » pour ces camions était discutable et que d'autre part il était difficile de défendre que la refonte du système de freinage de ces camions anciens mettait en cause les intérêts essentiels de l'Etat, il a été recommandé de ne pas recourir au décret défense.
- Un dossier relatif à l'affrètement avec équipage d'un navire civil sur lequel devait ultérieurement être implanté un système d'écoute sous-marine pour vérifier le niveau de bruit rayonné par nos sous-marins. Le service avait prévu, pour cet affrètement avec un équipage civil, de recourir néanmoins au décret défense. La Commission a estimé que, quel que soit l'usage ultérieur du navire, il s'agissait d'un navire civil et que le choix de l'affrètement avec un équipage civil plutôt que le recours à un équipage de la marine nationale jetait un doute sérieux sur la notion d'intérêt essentiel de l'Etat. Par ailleurs l'intérêt financier de l'affrètement d'un navire qui ne pourrait avoir d'autre usage que celui prévu, comparé à un achat simple, n'était pas démontré.

- Un dossier relatif à la refonte de l'importante installation électrique de la base secrète de l'Ile Longue concernait la commande de prestations et travaux d'électricité, tels qu'on peut les rencontrer dans des installations industrielles civiles, mais à exécuter à l'intérieur de l'enceinte protégée de la base secrète. Ces installations participent au soutien des SNLE et sont situées à proximité immédiate des sous-marins. La CMPE a estimé que le recours au décret défense était discutable, ces prestations n'étant pas directement liées au maintien en condition opérationnelle des SNLE mais participant seulement à leur soutien. La CMPE a, dans ce cas particulier, recommandé au service de recourir à l'article 3.7 du Code des marchés publics.

C – BATIMENT ET GÉNIE CIVIL

On présentera successivement le bilan d'activité du secteur , puis un développement plus détaillé concernant deux sujets particuliers.

1 – Bilan d'activité

Au cours de l'année 2005, 194 dossiers relatifs au bâtiment et au génie civil ont été transmis à la Commission, représentant un montant total de 1127 M€HT ce qui correspond à un montant moyen de 5,8 M€ par dossier compte tenu des marchés de prestations intellectuelles. Parmi ces 194 dossiers, 10 n'ont pas fait l'objet d'une instruction car ne répondant pas aux conditions de recevabilité fixées par le décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 relatif à la Commission des marchés publics de l'État.

1.1 - Le secteur du bâtiment et génie civil est, par essence, celui des opérations de travaux qui donnent lieu à des marchés de prestations intellectuelles, en application notamment de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP. Cependant, les caractéristiques de ces opérations diffèrent fortement selon qu'elles concernent le domaine du bâtiment ou celui du génie civil.

Les opérations relevant du domaine du bâtiment comportent toujours :

- des prestations intellectuelles préalables aux marchés de travaux, notamment un marché de maîtrise d'œuvre, sauf le cas particulier des opérations instruites par la Direction du Génie du Ministère de la Défense qui dispose des services assurant la maîtrise d'œuvre en interne ; la Commission a eu à connaître également de marchés d'assistance à la maîtrise d'ouvrage ;
- les marchés de travaux eux-mêmes qui sont, dans la grande majorité des cas, passés dans le cadre d'une procédure unique, que les travaux soient allotés en marchés séparés ou exécutés à l'entreprise générale.

80 dossiers de marchés ont été instruits dans ce domaine en 2005, dont 42 marchés de prestations intellectuelles.

Les opérations de génie civil, provenant essentiellement du Ministère de l'équipement, font, souvent, l'objet d'une maîtrise d'œuvre assurée par les directions départementales de l'équipement (DDE); le nombre de dossiers de maîtrise d'œuvre, dans ce domaine est donc plus faible, en proportion, que dans celui du bâtiment. Par ailleurs, si le montant de chaque opération de génie civil est beaucoup plus important que le montant unitaire des opérations de bâtiment, l'engagement des travaux dépend fortement de l'affectation et de la disponibilité des crédits correspondants ; aussi, les services sont amenés à faire réaliser ces travaux dans le cadre de marchés successifs, ce qui explique que le montant unitaire des marchés de travaux (8,34 M€HT) présentés à la Commission soit du même ordre de grandeur que celui des marchés de travaux de bâtiment (8,29 M€HT) : 104 dossiers de marché ont été instruits dans ce second domaine en 2005, dont 17 marchés de prestations intellectuelles.

Les deux domaines – bâtiment et génie civil – se distinguent également selon les départements ministériels d'origine.

En matière de bâtiment, les quatre Ministères ayant transmis le plus de dossiers sont : la défense, l'éducation, la justice et l'intérieur ; le Ministère de l'équipement a transmis un nombre beaucoup plus faible de dossiers. Au contraire en génie civil, les dossiers proviennent presque exclusivement du Ministère de l'équipement.

1.2.- Cent vingt-cinq dossiers ont fait l'objet d'avis ou d'observations de la Commission.

Les opérations de travaux sont menées, dans la très grande majorité des cas, par des services disposant, de longue date, d'une solide culture en matière de marchés publics. La quasi totalité des dossiers qui n'ont pas fait l'objet d'observations ou d'avis émanaient de PRM appartenant à des réseaux structurés pour la mise en commun des compétences en matière de marchés publics – c'est le cas pour les dossiers de travaux routiers présentés par les DDE ou pour les travaux de bâtiment présentés par les établissements du Génie – ou de PRM amenées à passer de très nombreux marchés comme l'Agence de Maîtrise d'Ouvrage des Travaux du Ministère de la Justice.

Dans ce contexte, la sélection a visé les dossiers qui posaient soit des problèmes de fond qu'il était nécessaire d'examiner en réunion plénière de la Commission, soit des défauts lourds. Les premiers cas portaient sur l'ensemble des marchés de prestations intellectuelles liés à une procédure de conception-réalisation (voir le point 2 ci-après), un marché de définition, le fractionnement d'un marché de travaux lourds sous forme de bons de commandes et les modalités de jugement des offres en application de la pondération des critères. Les autres cas portaient sur : une définition très imprécise des besoins de la PRM, la passation simultanée d'un marché de maîtrise d'œuvre pour le suivi d'exécution et du marché de travaux correspondant, une accumulation de graves imperfections autant dans les pièces de la consultation que dans celles du marché. Dans quatre des cas, il a été convenu en séance, avec la PRM, que celle-ci représenterait à la Commission, à titre d'accompagnement, un dossier modifié sur la base de l'avis émis ce qui a été fait dans trois des cas, le quatrième dossier devant parvenir en 2006.

1.3 - Concernant le suivi des dossiers instruits, il convient de souligner, à travers les relations entretenues quotidiennement avec les services acheteurs, que les avis, observations, et recommandations émis sont pris en compte, dans la très grande majorité des cas, et peuvent être utilisés comme références pour les marchés ultérieurs. Il faut signaler plus particulièrement les relations de collaboration qui se sont établies avec le Ministère de l'Équipement et qui ont permis d'intégrer un grand nombre des recommandations de la Commission dans le logiciel de production des pièces de Dossier de Consultation des Entreprises utilisé par l'ensemble des services déconcentrés de ce Ministère, à l'occasion de la mise au point de ses versions successives ; ceci a d'ailleurs eu pour effet d'accroître le nombre des dossiers n'appelant pas ou très peu d'observations. Il serait souhaitable qu'une telle coopération puisse être établie avec d'autres départements ministériels.

Enfin, en complément du souhait de disposer d'un retour d'information sur le déroulement des procédures soumises à la Commission, un travail de suivi des avis d'attribution des marchés examinés en 2005 a été engagé ; ce travail – qui devrait couvrir la totalité des dossiers – ne pourra être achevé qu'en cours d'année 2006 tant les délais de notification des marchés et de publication de leur attribution est long. Il a en effet été constaté que, si la Commission a pour préoccupation de transmettre ses notes et ses avis dans des délais encore plus courts que ceux qui lui sont fixés par le décret sus-visé, la publication des avis d'appel public à la concurrence correspondants intervient, souvent plusieurs mois après l'expression des recommandations de la Commission. Du point de vue du montant auquel les marchés sont attribués, les estimations des services sont, dans de nombreux cas, nettement supérieures aux prix du marché, l'écart en pourcentage pouvant atteindre plusieurs dizaines de points. A la lumière du constat portant sur l'ensemble des dossiers de 2005, une seconde phase devrait consister en une analyse des écarts entre montant estimé et montant du marché attribué.

2 – A propos des marchés de conception-réalisation

Le titulaire d'un marché de conception-réalisation devant assurer les prestations de maîtrise d'œuvre ainsi que la réalisation des travaux, la Commission a souligné l'importance à accorder à la capacité du maître d'ouvrage à jouer pleinement son rôle et recommandé que, dans le cas où ses moyens ne le lui permettent pas, il fasse appel à un assistant à la maîtrise d'ouvrage, dans le cadre d'un marché spécifique plutôt que de contracter avec un intervenant supplémentaire pour la mission d'Ordonnancement-Pilotage-Coordination, dont les tâches incombent normalement au titulaire du marché de conception-réalisation.

La Commission a recommandé que la plus grande précision soit apportée dans le CCAP concernant les rôles respectifs des différents intervenants. En effet, le premier alinéa de l'article 69 du Code des marchés publics dispose que les marchés de conception-réalisation sont des marchés de travaux ; il en découle que le CCAG applicable à ces marchés est le CCAG-Travaux ; or de nombreux articles de ce CCAG mentionnent des interventions du maître d'œuvre qui ne sont pas adaptées au cas d'un marché de conception-réalisation ; ceci implique de mentionner, si nécessaire, dans le CCAP, les dérogations apportées au CCAG-Travaux et d'y inclure les clauses de propriété intellectuelle nécessaires à l'exécution des prestations de conception. Cependant, il est loisible à la PRM de définir intégralement un CCAP sans référence aucune à l'un des CCAG ; la Commission a souligné, dans ce cas, l'importance pour la PRM de s'assurer que ce CCAP original n'omette aucune des clauses transposables du CCAG-Travaux ou du CCAG de prestations intellectuelles.

A titre d'autre exemple, si la Commission a admis l'intérêt pour le maître d'ouvrage de disposer d'un interlocuteur privilégié au sein du groupement titulaire du marché principal, elle a cependant rappelé qu'il appartient au seul maître d'ouvrage de vérifier l'intervention des avis du contrôleur technique et du coordonnateur SPS.

Du point de vue de l'attributaire du marché, la Commission a observé que la consistance même de chacun des postes (conception et réalisation) justifie le recours à un groupement conjoint et que le mandat de ce groupement soit confié à l'entreprise générale ou au groupement chargé de la réalisation des travaux, en raison de la part prédominante de ce dernier dans le groupement conjoint. La Commission a précisé, en outre, que la consultation devrait prévoir qu'au sein du groupement conjoint attributaire du marché, les prestataires pourront être soit en groupement conjoint ou solidaire pour les prestations de conception soit en entreprise générale ou en groupement solidaire pour la réalisation des travaux et que ces diverses solutions devraient alors figurer dans les pièces de la consultation et prévues dans les termes de l'acte d'engagement.

La Commission a rappelé que, dans une procédure de conception-réalisation – qui comporte une phase de sélection des candidatures et une phase de remise et de jugement des offres selon les dispositions de l'article 69 du Code des marchés publics –, les compétences attendues des équipes ainsi que les critères de sélection des candidatures doivent être énoncés en totalité et explicités dans les avis d'appel public à la concurrence, puisque le règlement de la consultation n'est transmis qu'aux équipes déjà sélectionnées.

Elle a enfin souligné que, un tel marché étant passé en application des articles 37 et 69 du Code des marchés publics, il conviendrait que les modalités de procédure précisées par l'article 69 soient respectées dans leur intégralité ; qu'en premier lieu, il n'est pas exact de présenter la procédure comme un appel d'offres restreint et donc de se référer aux articles 60 à 64 du Code des marchés publics dont la procédure n'est pas celle fixée à l'article 69 ; qu'en second lieu, la procédure exige que les candidatures et les offres soient examinées par un jury dont la composition est déterminée par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 69 du Code des marchés publics, cette composition devant au surplus être indiquée dans le règlement de la consultation comme l'impose l'arrêté du 10 juin 2004 pris en application de l'article 42 du Code.

3. A propos de certains marchés de maîtrise d'œuvre pour les ouvrages d'infrastructure

Si l'article 10 de la loi MOP impose une mission de base pour les ouvrages de bâtiment, cette mission – définie dans le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 – devant se dérouler depuis les études de conception jusqu'à la réception de l'ouvrage, il n'en est pas de même pour les ouvrages d'infrastructure, pour lesquels les textes d'application de la loi se limitent à l'énoncé des éléments qui peuvent contribuer à la mission. Dès lors, il est loisible aux PRM de ne passer des marchés de maîtrise d'œuvre que pour une partie seulement de ces éléments.

Saisie des DCE de tels marchés, la Commission a rappelé que :

- Les dispositifs consistant à confier, pour le suivi d'exécution et la réception des travaux, un marché de maîtrise d'œuvre à un prestataire privé, autre que celui ayant exécuté les études d'exécution et chargé du visa des études d'exécution réalisées par les entreprises de travaux, comportent de nombreux inconvénients :

- ils présagent de sérieuses difficultés de mise en œuvre, du fait de la présence simultanée sur le chantier de deux maîtres d'œuvre, a priori sans lien entre eux ;
- ils excluent la possibilité de l'engagement du titulaire du nouveau marché sur le coût final des travaux car celui-ci n'est pas l'auteur du projet et n'est pas chargé du visa des études d'exécution ; en outre, le premier marché ne pouvant pas inclure d'engagement sur le coût final des travaux, aucune garantie du respect du coût prévisionnel des travaux et, a fortiori, de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération, n'est fournie au maître d'ouvrage ;
- ils risquent d'être la source de difficultés inextricables d'imputation des responsabilités, en cas de problèmes sur le chantier liés à l'intervention des maîtres d'œuvre, qu'il s'agisse de sujétions techniques, de vices de construction, de dommages ou dégradations causés par les travaux.

- La Commission a souligné, d'autre part, la difficulté de garantir le respect du principe d'égalité des concurrents dans la nouvelle consultation dans la mesure où, si le prestataire du premier marché se portait candidat, il pourrait disposer, compte tenu des études qu'il a déjà menées, d'un avantage qui risquerait être considéré comme décisif par rapport aux autres candidats. Cependant, cette difficulté pourrait être surmontée en incluant dans le DCE l'ensemble des documents et informations résultant des études de conception et en donnant aux candidats un délai suffisant pour la présentation de leurs offres, afin qu'ils puissent s'approprier ces premières études.

- Pour ces raisons, la Commission a donc recommandé que, si une PRM envisage de confier une mission de maîtrise d'œuvre comprenant les seules études de conception, jusqu'au visa éventuel des études d'exécution réalisées par les entreprises de travaux, elle s'interroge sur ses capacités à assumer elle-même la maîtrise d'œuvre du suivi et de la réception des travaux. En cas d'incertitude, la Commission a recommandé, pour éviter les inconvénients énoncés ci-dessus, que le marché comprenne tous les éléments d'une mission de maîtrise d'œuvre complète, quitte à prévoir l'attribution du suivi et de la réception des travaux dans le cadre d'une tranche conditionnelle.

D – INFORMATIQUE ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

1 – Bilan d'activité

Au cours de l'année 2005 la Commission des marchés publics de l'Etat a reçu 83 dossiers d'informatique et de télécommunications représentant un montant de 2 351 M€

Les principales caractéristiques de ces projets de marchés sont résumées dans les tableaux ci-après.

Type de procédure

Nombre et % Procédure	Nombre	Pourcentage
- Appel d'offres ouverts	56	68 %
- Appel d'offres restreints	7	8 %
- Marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence	13	16 %
- Dialogue compétitif	7	8 %

Type de marchés

Type de marchés	Nombre	Pourcentage
- Fractionnés à bons de commande	49	59 %
- Fractionnés à tranches	17	21 %
- Marchés simples	15	18 %
- Avenants	2	2 %

Deux constatations s'imposent :

- il s'agit d'un secteur très concurrentiel où la règle de l'appel d'offres est naturellement appliquée dans environ 80 % des cas. Le recours à la procédure des marchés négociés est peu usité et est le plus souvent justifié, pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité des éditeurs de logiciels, un certain nombre d'éditeurs se réservent les droits de commercialisation et de maintenance de leurs produits.
- les marchés fractionnés qui représentent 80 % du total et en particulier les marchés à bons de commande sont très fréquemment utilisés compte tenu de l'évolution permanente de l'étendue des besoins. Ceci est vrai aussi bien pour les marchés d'achat de matériels, de maintenance des applications informatiques que pour les marchés de télécommunications.

Parmi les 83 dossiers transmis à la CMPE, 16, soit près de 20 %, ont fait l'objet d'un examen en séance.

Dossiers examinés en séance

Les dossiers examinés en séance comportaient tous, soit des insuffisances juridiques graves susceptibles de susciter des actions contentieuses en fin de procédure, soit des informations et des documents trop succincts pour apprécier l'opération. Ils nécessitaient donc un échange avec le service concerné.

Parmi les insuffisances susceptibles de fragiliser la procédure, il convient de noter :

- l'absence d'informations substantielles dans les avis de publicité,
- l'absence de définition précise des besoins en particulier pour les marchés de prestations de service,
- des critères de classement des offres non appropriés, car déjà utilisés pour l'analyse des candidatures ou relatifs à la conformité des offres,
- des clauses de résiliation incomplètes ou erronées, en fixant par exemple dans le CCAP, pour les marchés à bons de commande, le montant de l'indemnité dû lorsque la résiliation intervient alors que le montant minimum n'est pas atteint.

Par ailleurs parmi les 16 dossiers examinés en séance la mesure d'assistance à la passation du marché prévue à l'article 4.II du décret 2004-1299 du 26 novembre 2004 a été mise en place à quatre reprises. Elle s'est avérée particulièrement utile pour deux dossiers faisant l'objet d'une procédure de dialogue compétitif. En effet, les projets de documents contractuels établis à la fin de la phase de dialogue, et transmis à la CMPE, n'avaient pas été élaborés avec toute la rigueur juridique que nécessite la rédaction d'un projet de marché. Ils comportaient même des dispositions contraires au Code des marchés publics sur des points aussi essentiels que les modalités de règlement.

Lettres d'observations

Tous les dossiers non examinés en séance ont fait l'objet d'une lettre d'observation.

Hormis les problèmes récurrents sur les avis de publicité en particulier pour l'absence de références requises en matière de capacités financières et techniques, les observations les plus fréquentes ont concerné :

- la détermination du montant de l'avance forfaitaire pour les marchés à bons de commande,
- l'absence de durée maximale d'exécution des bons de commande,
- les demandes d'informations sur les candidats non prévues dans l'arrêté du 26 février 2004 et en particulier l'inscription au registre du commerce (K bis),
- l'insuffisance de la partie fixe dans les formules de révision des prix, trop souvent encore fixée à 12,5 % alors qu'en période de faible inflation un tel taux est très loin de compenser les gains de productivité réalisés par les sociétés.

2 – L'assistance à maîtrise d'ouvrage

La notion de maîtrise d'ouvrage s'est imposée progressivement dans les projets informatiques, et à un degré moindre dans ceux des télécommunications, avec le recours de plus en plus fréquent aux sociétés extérieures pour développer et mettre en place les applications ou les systèmes complexes. En effet il est très vite apparu que les échecs et une grande partie des dérapages financiers ou de planning avaient pour principale origine la faiblesse de la maîtrise d'ouvrage.

La nécessité de disposer d'une maîtrise d'ouvrage compétente et réactive pour mener à bien les grands projets est actuellement reconnue par tous les services importants de l'administration. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils disposent effectivement des moyens pour mettre en place les équipes dont ils auraient besoin. Aussi de plus en plus de ministères se font assister pour ces tâches par des sociétés extérieures. Près de 15 % des dossiers reçus en 2005 étaient relatifs à des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

Ce type de marchés spécifique soulève quelques difficultés particulières qui tiennent principalement à la définition du contenu des prestations attendues. En effet les personnels des sociétés extérieures travaillent le plus souvent en équipe avec la maîtrise d'ouvrage publique et il est impossible dans ce cas de leur imposer une obligation de résultat. Bien plus, il ne semble pas possible d'établir a priori la liste précise et exhaustive de toutes les tâches qui leurs seront confiées. De plus il est beaucoup plus difficile d'imaginer un système de découpage des différentes tâches en opérations élémentaires que pour les prestations de réalisation ou de maintenance. Aussi le principe des unités d'œuvre couramment utilisé dans ces derniers cas n'est pas adapté à toutes les prestations de maîtrise d'ouvrage. Il en va ainsi du conseil qui est difficilement quantifiable.

Dans ces conditions et compte tenu des contraintes réglementaires qui s'imposent aux acheteurs publics et leur interdisent de contractualiser la mise à disposition de personnels par des sociétés extérieures, la solution ne peut passer que par l'identification claire des prestations qui seront externalisées. Une fois ce travail effectué, il convient de distinguer celles pour lesquelles le contenu peut-être précisé et celles dont l'étendue est variable et qu'il convient de découper en tâches élémentaires, c'est-à-dire en unités d'œuvre. Pour les premières, le cahier des charges doit permettre aux sociétés de faire une offre forfaitaire et de s'engager sur un délai de réalisation. Il devrait en être ainsi par exemple pour l'élaboration des jeux de tests pour les réceptions, pour la participation aux réceptions ou la réalisation d'audits des prestations réalisées par la maîtrise d'œuvre.

Dans le deuxième cas, l'écueil à éviter est de substituer à la description d'une tâche élémentaire une durée de travail. Il est ainsi parfaitement légitime par exemple pour la participation au dépouillement des candidatures et des offres, de définir une première unité d'œuvre correspondant à l'analyse d'une candidature et une deuxième pour l'analyse d'une offre, mais il n'est pas acceptable de prévoir la participation au dépouillement d'un appel d'offres, de trois personnes durant 10 jours.

Bien que des efforts soient encore nécessaires pour mieux définir l'objet de ces marchés, il est important de constater que de nombreux progrès ont été accomplis, et surtout que certains services ont appris à exprimer leurs besoins dans ce domaine avec rigueur et précision.

CONCLUSION

Les procédures mises en place par le décret du 26 novembre 2004 ont, dans l'ensemble, donné satisfaction mais ont également révélé, à l'usage, quelques insuffisances qui ont trait à la saisine de la Commission, au suivi des dossiers traités par elle, à la mise en œuvre de la procédure d'assistance, et à la représentation des Ministres acheteurs.

1° - La saisine

Concernant le champ de compétence de la Commission, si les marchés d'études et de maîtrise d'œuvre se rattachant à des marchés soumis à l'obligation de transmission sont obligatoirement communiqués, il n'en est pas de même pour les autres marchés d'études. Or ces marchés présentent très souvent des difficultés au regard de la définition du besoin et de la mise en concurrence. Il est donc de l'intérêt de l'acheteur public de les soumettre à la CMPE (saisine facultative).

Par ailleurs, il n'existe actuellement aucun moyen de savoir si un service acheteur omet de transmettre à la CMPE un projet de marché qui tombe sous le coup de la saisine obligatoire. La Commission ne s'est jamais trouvée devant l'évidence d'une telle carence, mais l'éventualité ne peut en être écartée. Dans la pratique le respect des dispositions de l'article 138 du CMP tendant à exiger une publicité a posteriori des marchés devrait permettre d'assurer un suivi des dossiers.

Au plan juridique, il est permis de penser que le non-respect des dispositions de l'article 3-I du décret du 26 novembre 2004, pris en application de l'article 133 du CMP, pourrait entraîner un risque d'invalidation du marché.

2° – Le suivi des dossiers traités par la Commission

La CMPE - et la Direction des affaires juridiques - ne sont pas en mesure de connaître la suite donnée par les acheteurs publics aux observations et recommandations formulées. Certes, l'avis de la Commission traduisant le plus souvent un consensus obtenu en séance, semble, dans la grande majorité des cas, être suivi. Il est de fait que dans un tiers des cas, celui-ci continue à collaborer avec la CMPE par le biais de la procédure d'assistance. Dans un seul cas, la proposition, émanant de la Commission, de mettre en place la mesure d'assistance, n'a pas été acceptée par le service. Cependant, dans tous les cas où l'assistance n'est pas mise en œuvre – les difficultés rencontrées dans la mise au point du projet ne le justifiant pas – le « black out » est total. Ainsi, il n'est pas possible de mesurer l'efficacité du travail de la Commission. Seules quelques lettres de remerciements, spontanément envoyées par l'acheteur, en témoignent...

Cette lacune, jusqu'à présent, n'est pas grave : très peu des projets traités par la Commission sont déjà parvenus au stade final de leur notification au titulaire. Dans les prochains mois, la situation changera du tout au tout. Les services de la CMPE pourraient, certes, appeler systématiquement les acheteurs pour savoir l'état d'avancement des dossiers, les suites données, etc. mais, outre la charge de travail excessive que cela produirait, aucun texte ne les habilite à mener de telles investigations. Aussi, à défaut d'autre proposition plus contraignante, la communication à la Direction des affaires juridiques ou à la Commission du rapport de présentation destiné aux autorités de contrôle, et prévu à l'article 75 du CMP, pourrait-elle être une source précieuse d'informations. Ainsi les pouvoirs publics seraient mis en mesure d'apprécier l'efficacité du dispositif mis en place par le décret du 26 novembre 2004.

3° – Les personnalités compétentes

Concernant la composition de la Commission, le décret du 26 novembre 2004 (article 2.I.c) prévoit la participation à la CMPE de deux personnalités, proposées par les différents ministères acheteurs, et inscrites sur une liste établie par le Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie. C'est sur cette liste qu'ensuite, en fonction de l'objet de chaque marché, le président de la CMPE désigne la personne appelée à siéger en séance. Ce système a donné, quant au fond, satisfaction. Les personnalités désignées apportent, dans la grande majorité des cas, une expertise essentielle à la Commission. On peut penser pourtant qu'il pourrait être simplifié. La lourdeur de la procédure d'élaboration de la liste n'est pas compatible avec son adaptation fréquente aux évolutions professionnelles. L'exigence d'un arrêté du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie devrait donc, dans le décret du 26 novembre 2004, être supprimée. Il suffirait que chaque ministre concerné notifie à la Direction des affaires juridiques le nom des personnalités qu'il aura désignées.

4° - La représentation du Ministre acheteur

S'agissant de la désignation du représentant du Ministre dont dépend chaque service acheteur (art. 2.I.d du décret du 26 novembre 2004) la Commission a rencontré une difficulté qui n'est pas de forme, mais plutôt de fond. Plusieurs ministères ont considéré que ce représentant devait varier en fonction de chaque projet présenté à la Commission. C'est le service acheteur lui-même qui, dans ce cas, le désigne au dernier moment et en avertit de façon informelle, le président de la Commission.

Cette pratique contredit l'esprit, et peut-être même la lettre, du décret du 26 novembre 2004. Le représentant du Ministre doit être le même (bien qu'il puisse avoir un ou plusieurs suppléants) pour tous les dossiers présentés par son administration. Ce doit être, non pas un agent plus ou moins lié au service acheteur, mais un membre de la Direction en charge de ce genre de questions, sinon même un spécialiste des achats et des contrats publics. Bref, une sorte de « Monsieur Marchés de l'Etat » pour l'ensemble du Ministère, choisi parmi les membres des corps de contrôle ou parmi les responsables des services transversaux (service achat, direction financière...). Sa nomination doit être signée par le Ministre, ou par une personne ayant délégation à cet effet. En bref, la CMPE ne saurait être une instance à géométrie variable.

5° - La mise en œuvre de la procédure d'assistance

La saisine obligatoire de la CMPE n'est efficace que lorsque la Commission est en mesure de se prononcer à la fois sur les avis de publicité, le règlement de la consultation et le projet de marché : cas de l'appel d'offres, ouvert ou restreint, ou du dialogue compétitif. S'agissant au contraire d'un projet de marché négocié, surtout sans concurrence (par exemple article 2-III du décret Défense), la Commission des Marchés Publics de l'Etat ne peut au stade « amont » auquel se situe sa saisine, que recevoir un dossier peu significatif. En effet, c'est seulement en fin de procédure, - mais avant la signature du marché - que la CMPE peut fournir à l'acheteur une évaluation des résultats de la négociation, et notamment de la convenance du prix.

Cette intervention de la Commission, au stade « aval » n'est possible que lorsque l'acheteur a accepté la mise en place de la mesure d'assistance prévue à l'article 4-II du décret du 26 novembre 2004, ou spécialement sollicité au cours de la procédure, le conseil de la Commission.

En application de l'article 3-II du décret du 26 novembre 2004 les ministres ou leurs services peuvent également interroger la Commission sur une difficulté particulière rencontrée lors de la préparation ou de la passation d'un marché, quel qu'en soit son montant, et à quelque stade que ce soit de la procédure d'élaboration du marché. Cette saisine facultative de la Commission peut se révéler utile avant la notification d'un marché ou d'un avenant en cas de doute sur la régularité de la procédure ou la convenance du prix (cas notamment des marchés négociés sans concurrence).

*
* *

Au total, en dépit des quelques insuffisances constatées, la mise en place de la CMPE a permis l'examen approfondi de 445 dossiers correspondant à un montant de 10 707 M€HT, soit environ un quart des achats de l'Etat, pour autant qu'en l'absence de données fiables, l'on soit actuellement en mesure d'en connaître le total.

Tous les projets de marchés, qu'ils passent ou non en séance, bénéficient en effet d'un examen avec le service acheteur, à partir d'échanges informels téléphoniques ou autres, et donnent lieu dans 89 % des cas à une lettre d'observations signée du président ou d'un des deux vice-présidents. Ces lettres portent non seulement sur la définition du besoin ou le choix de la procédure mais également sur les documents de la consultation (avis de publicité, RPC) et les documents contractuels (projet d'acte d'engagement, CCAP, CCTP) qui, sauf exception, sont remis à la Commission. Chaque document est analysé afin d'en relever les erreurs et les insuffisances. Les acheteurs disposent ainsi pour chaque dossier de conseils leur permettant de lancer les consultations dans les meilleures conditions possibles.

Les dossiers les plus complexes, ou qui posent des problèmes de principe, ou dont le montant est exceptionnellement élevé, font l'objet en séance d'un examen approfondi, en présence des représentants du service acheteur. Se déroule alors une discussion, où la mise en commun d'expériences et de compétences variées, dans un climat de confiance, permet de mettre au point les améliorations qu'appelle le projet de marché, ou même de convaincre le service que son projet doit être profondément remanié. Il est bien clair cependant, au cours de la discussion, que le service acheteur reste en tout état de cause maître de sa décision. Il sera simplement destinataire de l'avis écrit, explicite et détaillé, que lui fournira la CMPE, dans les trois ou quatre jours suivant la séance, et sait que cet avis restera au dossier.

Il est donc permis d'affirmer que la réforme de 2004 a visé juste, pour autant que l'examen des tout premiers mois d'exercice de la Commission permette d'en juger.

Tableau 1	Activité de la CMPE en 2005
Tableau 2	Nombre et montant des dossiers reçus par ministère en 2005
Histogrammes	Evolution des dossiers (nombre et montant) reçus par la CMPE
Tableau 3	Nombre et montant des dossiers reçus par secteur d'activité
Tableau 4	Mode de saisine des dossiers reçus en 2005
Tableau 5	Mode de passation des dossiers reçus en 2005
Tableau 6	Marchés à bons de commande ou à tranches reçus en 2005
Tableau 7	Nature des prestations objet des dossiers reçus en 2005
Tableau 8	Marchés d'une durée supérieure à 5 ans reçus en 2005

TABLEAU 1

Activité de la CMPE : dossiers enregistrés du 1er Février (1) au 31 Décembre 2005

ANNUEL	TOTAL		AE		AG		BG		IT	
	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT	Nombre	Montant HT
Dossiers reçus	445	10 707 M€	72	2 833 M€	96	4 396 M€	194	1 127 M€	83	2 351 M€
♦ dont ≥ 6 M€	302	10 481 M€	68	2 825 M€	92	4 386 M€	65	935 M€	77	2 335 M€
· dont saisines obligatoires	293	10 038 M€	65	2 759 M€	91	4 314 M€	64	768 M€	73	2 197 M€
· dont saisines facultatives	9	444 M€	3	67 M€	1	72 M€	1	167 M€	4	139 M€
♦ dont < 6 M€	143	225 M€	4	8 M€	4	10 M€	129	192 M€	6	16 M€
· dont saisines obligatoires	124	184 M€	1	0 M€	0	0 M€	120	179 M€	3	5 M€
· dont saisines facultatives	19	42 M€	3	8 M€	4	10 M€	9	13 M€	3	11 M€
Traités en séances ⇒ avis	50	2 210 M€	16	1 262 M€	9	315 M€	9	100 M€	16	532 M€
· dont avec assistance	17	1 245 M€	9	1 121 M€	0	0 M€	4	51 M€	4	73 M€
Traités hors séances	395	8 497 M€	56	1 572 M€	87	4 080 M€	185	1 027 M€	67	1 818 M€
· dont avec observations	293	6 854 M€	44	1 310 M€	67	2 950 M€	116	778 M€	66	1 816 M€
· dont sans observations ou en cours d'instruction	102	1 643 M€	12	262 M€	20	1 130 M€	69	249 M€	1	2 M€

Nota : le décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 prévoyant la présentation des dossiers en CMPE 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 en conséquence des montants estimatifs.

(1) Date d'entrée en application du décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 relatif à la commission des marchés publics de l'Etat.

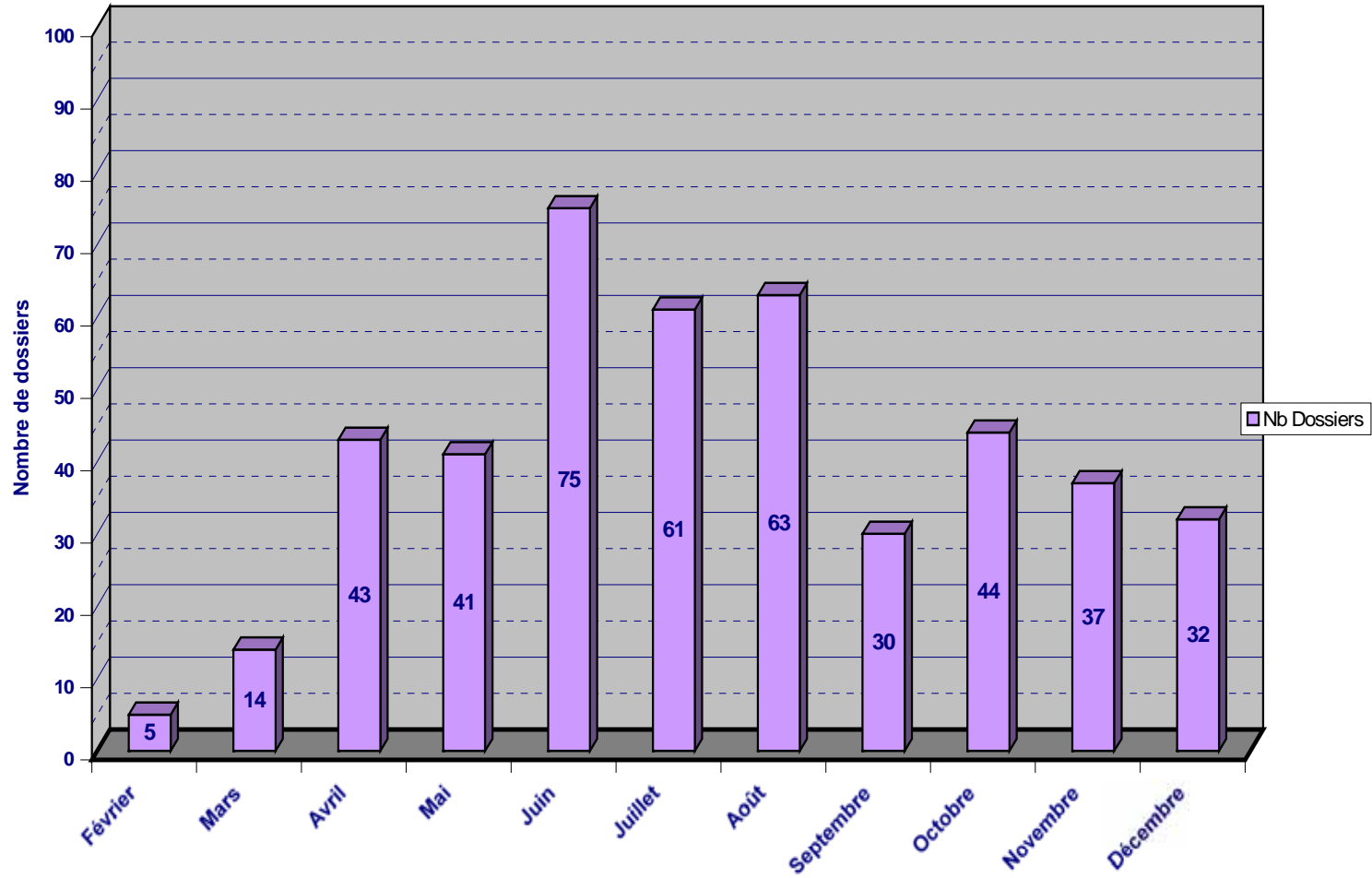
TABLEAU 2

Nombre et montant des dossiers reçus par ministère en 2005

Ministère	TOTAUX				SECTEURS							
	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%	AE		AG		BG		IT	
					Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Défense	125	28,1%	4 370 M€	40,8%	63	2 672 M€	23	1 326 M€	23	154 M€	16	218 M€
Équipement	120	27,0%	922 M€	8,6%	1	13 M€	3	65 M€	110	709 M€	6	134 M€
Économie	69	15,5%	2 675 M€	25,0%	3	53 M€	29	1 416 M€	1	3 M€	36	1 204 M€
Éducation	41	9,2%	560 M€	5,2%	1	1 M€	15	361 M€	20	70 M€	5	128 M€
Intérieur	24	5,4%	691 M€	6,5%	3	86 M€	6	329 M€	12	70 M€	3	206 M€
Justice	24	5,4%	269 M€	2,5%	0	0 M€	2	50 M€	18	37 M€	4	182 M€
Institutions, juridictions et autorités indépendantes	12	2,7%	331 M€	3,1%	1	8 M€	5	260 M€	4	53 M€	2	10 M€
Ecologie	8	1,8%	120 M€	1,1%	0	0 M€	4	58 M€	3	22 M€	1	39 M€
Emploi	6	1,3%	182 M€	1,7%	0	0 M€	3	99 M€	0	0 M€	3	83 M€
Santé	6	1,3%	121 M€	1,1%	0	0 M€	2	22 M€	1	1 M€	3	98 M€
Culture	4	0,9%	42 M€	0,4%	0	0 M€	2	34 M€	2	8 M€	0	0 M€
Affaires étrangères	3	0,7%	37 M€	0,3%	0	0 M€	0	0 M€	0	0 M€	3	37 M€
Agriculture	2	0,4%	375 M€	3,5%	0	0 M€	2	375 M€	0	0 M€	0	0 M€
Premier ministre, Gouvernement	1	0,2%	13 M€	0,1%	0	0 M€	0	0 M€	0	0 M€	1	13 M€
TOTAUX	445	100,0%	10 707 M€	100,0%	72	2 833 M€	96	4 396 M€	194	1 127 M€	83	2 351 M€

HISTOGRAMME

Evolution du nombre des dossiers reçus par la CMPE de Février à Décembre 2005



HISTOGRAMME

Evolution du montant des dossiers reçus par la CMPE de Février à Décembre 2005

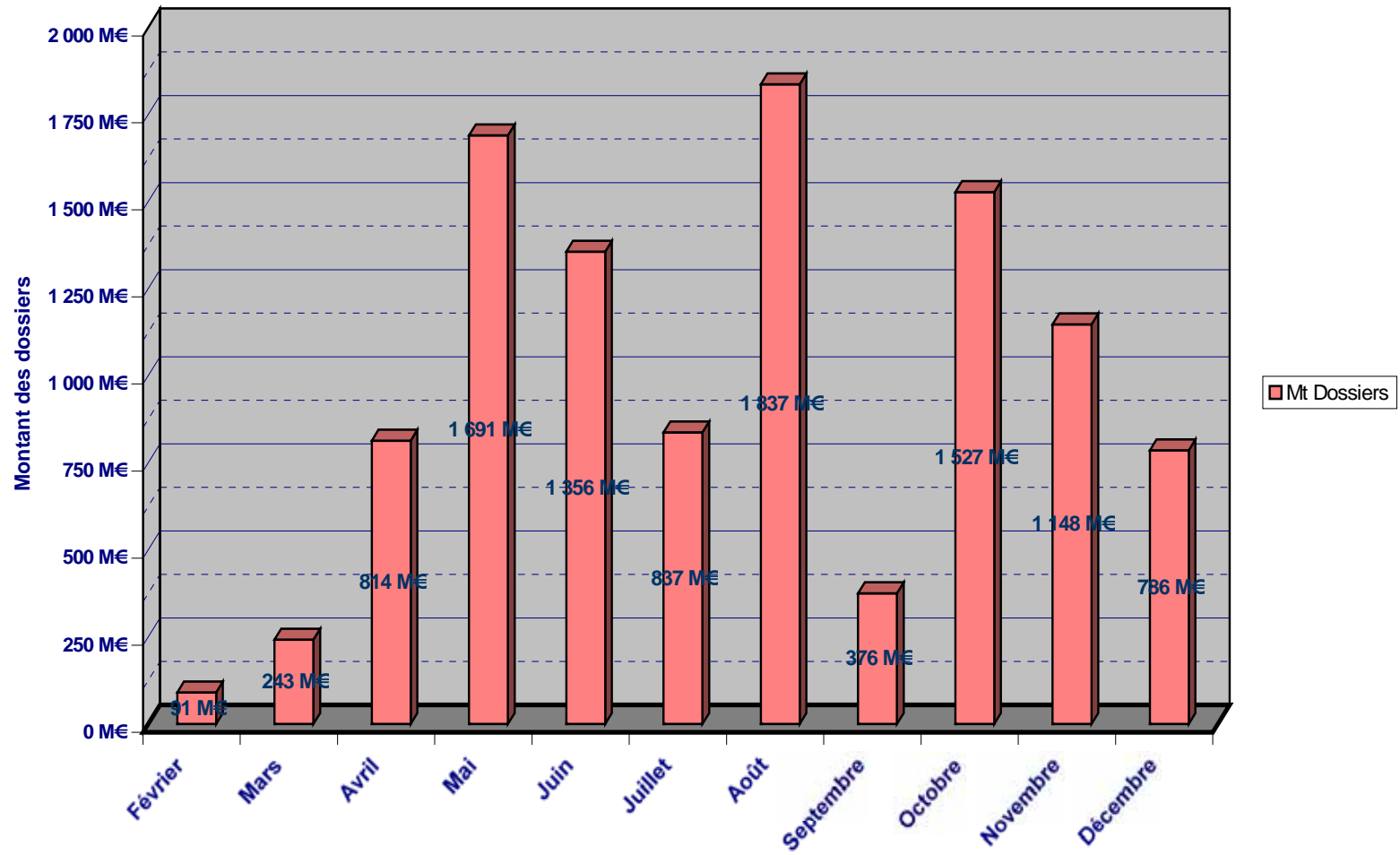


TABLEAU 3**Nombre et montant des dossiers reçus, par secteur d'activité**

Secteurs	TOUS MARCHÉS			
	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%
Bâtiment / Génie Civil (BG)	194	43,6%	1 127 M€	10,5%
Approvisionnements Généraux (AG)	96	21,6%	4 396 M€	41,1%
Informatique / Télécommunications (IT)	83	18,7%	2 351 M€	22,0%
Armement / Electronique (AE)	72	16,2%	2 833 M€	26,5%
TOTAUX	445	100,0%	10 707 M€	100,0%

TABLEAU 4**Mode de saisine des dossiers reçus en 2005**

Secteurs	TOTAL				SAISINE OBLIGATOIRE				SAISINE FACULTATIVE			
	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%
Bâtiment / Génie Civil (BG)	194	43,6%	1 127 M€	10,5%	184	44,1%	947 M€	9,3%	10	35,7%	180 M€	37,1%
Approvisionnements Généraux (AG)	96	21,6%	4 396 M€	41,1%	91	21,8%	4 314 M€	42,2%	5	17,9%	81 M€	16,8%
Informatique / Télécommunications (IT)	83	18,7%	2 351 M€	22,0%	76	18,2%	2 201 M€	21,5%	7	25,0%	150 M€	30,8%
Armement / Electronique (AE)	72	16,2%	2 833 M€	26,5%	66	15,8%	2 759 M€	27,0%	6	21,4%	74 M€	15,3%
TOTAUX	445	100,0%	10 707 M€	100,0%	417	100,0%	10 222 M€	100,0%	28	100,0%	485 M€	100,0%

TABLEAU 5

Mode de passation des dossiers reçus en 2005

CMP		SECTEURS								TOTAUX			
Mode de passation	Article	AE		AG		BG		IT		Nbre de dossiers reçus	%	Mt des dossiers reçus	%
		Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant				
MAPA	28	0	0 M€	0	0 M€	19	2 M€	0	0 M€	19	4,3%	2 M€	0,0%
Procédure allégée	30	0	0 M€	11	314 M€	0	0 M€	0	0 M€	11	2,5%	314 M€	2,9%
Marchés négociés avec publicité et mise en concurrence	35-I	1	8 M€	1	54 M€	3	4 M€	0	0 M€	5	1,1%	66 M€	0,6%
Marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence	35-III	10	143 M€	3	54 M€	1	0 M€	11	185 M€	25	5,6%	383 M€	3,6%
Procédure de dialogue compétitif	36	1	6 M€	1	0 M€	0	0 M€	7	244 M€	9	2,0%	250 M€	2,3%
Procédure de conception-réalisation	37	0	0 M€	0	0 M€	3	28 M€	0	0 M€	3	0,7%	28 M€	0,3%
Procédure de concours	38	0	0 M€	0	0 M€	14	26 M€	0	0 M€	14	3,1%	26 M€	0,2%
Appel d'offres ouvert (art. 57)	57	13	268 M€	70	3 844 M€	135	772 M€	56	1 822 M€	274	61,6%	6 706 M€	62,6%
Appel d'offre restreint	60	7	136 M€	10	129 M€	18	295 M€	7	88 M€	42	9,4%	647 M€	6,0%
TOTAL CMP		32	560 M€	96	4 396 M€	193	1 126 M€	81	2 339 M€	402	90,3%	8 421 M€	78,7%
Décret Défense		SECTEURS								TOTAUX			
Mode de passation	Article	AE		AG		BG		IT		Nbre de dossiers reçus	%	Mt des dossiers reçus	%
		Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant				
Marchés négociés avec publicité et mise en concurrence	2-I	8	113 M€	0	0 M€	1	1 M€	0	0 M€	9	2,0%	114 M€	1,1%
Marchés négociés sans publicité et avec mise en concurrence	2-II	3	86 M€	0	0 M€	0	0 M€	0	0 M€	3	0,7%	86 M€	0,8%
Marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence	2-III	29	2 074 M€	0	0 M€	0	0 M€	2	12 M€	31	7,0%	2 086 M€	19,5%
TOTAL Décret Défense		40	2 273 M€	0	0 M€	1	1 M€	2	12 M€	43	9,7%	2 286 M€	21,3%
TOTAL GENERAL		72	2 833 M€	96	4 396 M€	194	1 127 M€	83	2 351 M€	445	100,0%	10 707 M€	100,0%

TABLEAU 6**Marchés à bons de commande ou à tranches reçus en 2005**

Secteurs	TOUS MARCHÉS				TYPES DE MARCHÉS									
	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%	Marchés à bons de commande		Marchés à tranches conditionnelles		Avenants		Marchés complémentaires		Marchés simples	
					Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Bâtiment / Génie Civil (BG)	194	43,6%	1 127 M€	10,5%	6	52 M€	84	772 M€	3	3 M€	4	5 M€	97	295 M€
Approvisionnements Généraux (AG)	96	21,6%	4 396 M€	41,1%	72	3 557 M€	5	109 M€	0	0 M€	1	25 M€	18	704 M€
Informatique / Télécommunications (IT)	83	18,7%	2 351 M€	22,0%	49	1 732 M€	17	271 M€	2	12 M€	0	0 M€	15	336 M€
Armement / Electronique (AE)	72	16,2%	2 833 M€	26,5%	22	332 M€	30	2 109 M€	0	0 M€	0	0 M€	20	392 M€
TOTAUX	445	100,0%	10 707 M€	100,0%	149	5 674 M€	136	3 260 M€	5	15 M€	5	31 M€	150	1 727 M€

TABLEAU 7

Nature des prestations objet des dossiers reçus en 2005

Catégories	TOTAUX				SECTEURS							
	Nombre de dossiers reçus	%	Montant des dossiers reçus	%	AE		AG		BG		IT	
					Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Travaux	134	30,1%	1 116 M€	10,4%	1	30 M€	0	0 M€	132	1 069 M€	1	18 M€
Services	132	29,7%	4 723 M€	44,1%	33	1 626 M€	46	1 851 M€	6	3 M€	47	1 243 M€
Fournitures	103	23,1%	4 577 M€	42,7%	29	1 075 M€	47	2 489 M€	0	0 M€	27	1 013 M€
Prestations Intellectuelles	41	9,2%	135 M€	1,3%	1	0 M€	3	55 M€	30	8 M€	7	72 M€
Maîtrise d'Œuvre	31	7,0%	122 M€	1,1%	4	68 M€	0	0 M€	26	48 M€	1	6 M€
Marché de définition	3	0,7%	25 M€	0,2%	3	25 M€	0	0 M€	0	0 M€	0	0 M€
Marché de réalisation suite à marché de définition	1	0,2%	8 M€	0,1%	1	8 M€	0	0 M€	0	0 M€	0	0 M€
TOTAUX	445	100,0%	10 707 M€	100,0%	72	2 833 M€	96	4 396 M€	194	1 127 M€	83	2 351 M€

TABLEAU N°8

Marchés d'une durée supérieure à 5 ans

Secteur	Ministères	Montant HT	Durée du Marché
AE	Ministère de la défense	8 800 000	15,0
AE	Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire	36 000 000	15,0
IT	Ministère de la défense	6 000 000	15,0
AE	Ministère de la défense	710 000 000	14,0
AE	Ministère de la défense	274 000 000	10,5
AE	Ministère de la défense	8 000 000	10,0
AE	Ministère de la défense	38 500 000	10,0
AE	Ministère de la défense	32 608 696	10,0
AE	Ministère de la défense	18 248 200	9,0
AE	Ministère de la défense	180 000 000	9,0
AE	Ministère de la défense	8 000 000	9,0
BG	Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche	1 794 000	8,3
BG	Ministère de la santé et des solidarités	836 121	8,0
AE	Ministère de la défense	7 500 000	8,0
BG	Ministère de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer	3 220 000	7,0
AE	Ministère de la défense	12 000 000	7,0
AE	Ministère de la défense	32 000 000	6,7
BG	Ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer	2 748 328	6,3
AE	Ministère de la défense	29 000 000	6,0
AE	Ministère de la défense	1 480 000	6,0
BG	Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche	1 200 000	6,0
IT	Institutions, juridictions et autorités indépendantes	2 200 000	6,0
AE	Ministère de la défense	38 000 000	6,0
IT	Ministère de la défense	10 000 000	6,0
AE	Ministère de la défense	70 000 000	5,5
AE	Ministère de la défense	282 610 000	5,4
IT	Ministère de l'écologie et du développement durable	39 200 000	5,3

En outre, la CMPE a enregistré 32 marchés dont la durée est comprise entre 4 et 5 ans. Le total des marchés dont la durée est supérieur à 4 ans est donc de 13%.

TEXTES DE RÉFÉRENCE

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

Décret n °2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du Code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la Défense.

Décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 relatif à la commission des marchés publics de l'Etat

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,

Vu le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, notamment l'article 133 du code annexé,

Article 1

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

Nota : Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

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 de l'objet du marché en cause, à partir d'une liste d'agents publics de l'Etat, dont les membres sont désignés par arrêté du ministre chargé de l'économie, sur proposition des ministres chargés de l'équipement, de la défense, de l'intérieur, de la culture, de l'éducation, de la justice, de la santé, de l'agriculture et de l'écologie ;
- d) Un représentant du ministre dont relève la personne responsable du 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.

Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres de la commission sont présents.

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

II. - La personne responsable du marché est présente ou représentée lors de l'examen de son projet de marché par la commission. Elle présente ses observations et donne à la commission toutes les explications complémentaires souhaitées par celle-ci. Elle peut être accompagnée par des agents ayant participé à l'élaboration du marché.

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

Nota : Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

Article 3

I. - Tout projet de marché 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.

Il en est de même pour :

- les projets d'avenants à un marché qui rendent les marchés 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, mentionnés aux 1° et 2° du III de l'article 35 du code des marchés publics, qui rendent les marchés auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la commission.

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

Le projet de marché doit comporter au minimum une note de présentation à la commission, le règlement de la consultation et, lorsque la procédure le prévoit, le projet d'avis de publicité.

Les projets de marchés 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, la personne responsable du marché ou le ministre concerné peuvent 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. L'avis est communiqué directement au demandeur.

Nota : Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

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 peuvent décider ou bien de ne pas sélectionner le dossier, ou bien de procéder à un envoi direct d'observations ou de recommandations à la personne responsable du marché 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 la personne responsable du marché ou à la demande de celle-ci, peut décider de la mise en place d'une mesure d'assistance à la passation du marché. Dans ce cas, la personne responsable du marché adresse à la commission, dès leur établissement, copie des procès-verbaux des pièces retraçant les éléments du choix des candidatures et des offres et du rapport de présentation du marché. Au vu de ces documents, la commission, le président ou le vice-président peut faire connaître à la personne responsable du marché ou au ministre ses observations, recommandations ou réserves.

III. - La personne responsable du marché est informée 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 de la personne responsable du marché 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 à la personne responsable du marché 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 de la personne responsable du marché ou du ministre, 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, la personne responsable du marché peut poursuivre la procédure de passation du marché selon les modalités qu'il lui appartient de déterminer.

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.

Nota : Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

Article 5

Lorsque la passation d'un marché présente un caractère d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour la personne responsable du marché 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, la personne responsable du marché peut prendre la décision motivée d'engager la procédure de passation du marché sans saisir au préalable la commission des marchés publics de l'Etat.

Nota : Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

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.

Nota : Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

Article 7

Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

Article 8

Sont abrogés :

- Le décret n° 2001-739 du 23 août 2001 relatif aux commissions spécialisées des marchés ;
- l'arrêté du 3 avril 2002 fixant les attributions et les seuils de compétence des commissions spécialisées des marchés.

Nota : Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er février 2005. Elles ne s'appliquent toutefois pas aux marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er mars 2005.

Article 9. - Le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, est chargé de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Par le Premier ministre :

Jean-Pierre Raffarin

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie,

des finances et de l'industrie,

Nicolas Sarkozy

**Décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application
de l'article 4 du code des marchés publics et concernant
certains marchés publics passés pour les besoins de la défense**

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et de la ministre de la défense,

Vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 296 ;

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 ;

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 ;

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 ;

Vu l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 modifiée portant organisation générale de la défense ;

Vu la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ;

Vu le décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale ;

Vu le code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, et notamment son article 4 ;

Le Conseil d'Etat (section des finances) entendu,

Décète :

Article 1

I. - Les marchés publics portant sur les armes, munitions et matériels de guerre sont en principe soumis à l'ensemble des dispositions du code des marchés publics.

II. - Toutefois, lorsqu'ils sont passés pour les besoins exclusifs de la défense et mettent en cause les intérêts essentiels de l'Etat au sens de l'article 296 du traité instituant la Communauté européenne, peuvent être passés et exécutés selon les dispositions des articles 2 à 17 du présent décret les marchés suivants :

1. Les marchés de fournitures et de services qui ont pour objet la conception, l'essai, l'expérimentation, la réalisation, l'acquisition, le maintien en condition opérationnelle, l'utilisation ou la destruction des armes, munitions et matériels de guerre ;

2. Les marchés de fournitures qui ont pour objet la réalisation de démonstrateurs ou de prototypes d'armes, munitions ou matériels de guerre ;

3. Les marchés de fournitures qui ont pour objet les composants, les outillages, les consommables et les moyens d'évaluation et d'essais, spécifiquement conçus pour la fabrication, l'emploi ou le maintien en condition opérationnelle des armes, munitions et matériels de guerre ou concourant à leur efficacité militaire ;

4. Les marchés de services qui ont pour objet soit les études exploratoires et les études technico-opérationnelles relatives aux équipements futurs, les études biologiques, médicales, hydrographiques et océanographiques, soit les études prospectives qui présentent un lien direct avec la stratégie militaire ou l'emploi des armes ;

5. Les marchés de travaux directement liés à la réalisation, l'emploi, le maintien en condition opérationnelle et l'évaluation des armes, munitions et matériels de guerre.

Article 2

I. - Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er sont passés selon la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence, sous réserve des dispositions suivantes.

Ils sont précédés d'un avis d'appel public à la concurrence inséré au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, selon un modèle défini par arrêté du ministre de la défense.

Les dispositions de l'article 39 et du V de l'article 40 du code des marchés publics ne leur sont pas applicables.

Par dérogation à l'article 65 du code des marchés publics, le délai minimal entre l'envoi de l'avis à la publication et l'envoi de l'invitation à présenter une offre est d'au moins quinze jours. L'avis d'appel à la concurrence fixe la date limite de réception des candidatures en fonction du montant estimé et de l'objet du marché.

II. - Ils peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence dans les cas :

a) De marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels l'urgence n'est pas compatible avec les délais d'un avis d'appel public à la concurrence, notamment ceux que la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant ;

b) De marchés de travaux, de fournitures et de services qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement dans des domaines technologiques dont la diffusion doit être protégée ;

c) De marchés de services dont la nature ne permet pas une fixation préalable du prix ou une définition précise des caractéristiques.

III. - Ils peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas :

a) De marchés complémentaires :

1. Exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à un complément de fournitures ou à l'extension d'installations existantes. Le recours à ces marchés n'est possible que lorsque le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives. La durée de chacun des marchés complémentaires ne peut dépasser quatre ans ;

2. De services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute ce service ou cet ouvrage lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique.

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial ;

b) De marchés de travaux, de fournitures et de services qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire. Le marché précédent doit avoir fait l'objet d'une mise en concurrence. Celle-ci doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services, fournitures ou travaux. Ce marché de prestations similaires ne peut être notifié que jusqu'à l'expiration des délais de validité du marché initial ;

c) De marchés de travaux, de fournitures et de services qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits de propriété intellectuelle, à des nécessités techniques, à des investissements préalables importants, à des installations spéciales, à la sécurité des approvisionnements, à un savoir-faire particulier ou à la nécessité de développer une technologie innovante à l'origine de laquelle se trouve ce prestataire ;

d) De marchés de fournitures ou de services attribués à l'auteur de la solution retenue à la suite de plusieurs marchés de définition passés conformément à l'article 73 du code des marchés publics ;

e) De marchés de travaux, de fournitures et de services passés dans le cadre d'un programme mené en coopération internationale, lorsque ont été définies les prestations à réaliser par chaque Etat.

IV. - Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er qui exigent en outre le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat requiert l'absence de publicité sont passés selon la procédure négociée sans publicité. Ils sont passés sans mise en concurrence lorsqu'ils relèvent de l'un des cas prévus au III de l'article 2 du présent décret.

Article 3

En cas d'urgence incompatible avec la préparation des documents constitutifs d'un marché, il peut être procédé à un échange de lettres. Celui-ci doit au minimum énoncer la nature des prestations, ainsi que la limite des engagements de l'Etat, en montant et en durée. Il fixe, si possible, un prix définitif ou, à défaut, un prix provisoire.

Lorsque le prix est définitif, l'échange de lettres peut prévoir une avance dont le montant maximal ne peut excéder 30 % du montant du marché. Il ne peut être prévu d'avance lorsque le prix est provisoire.

Lorsque l'échange de lettres a prévu un acompte, le montant de l'acompte ne peut en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte

.L'échange de lettres doit être régularisé sous la forme d'un marché à prix provisoire ou définitif dans les trois mois qui suivent. Dans le cas où ce délai serait dépassé, le contrôleur financier intéressé doit en être informé par écrit.

L'échange de lettres doit être passé selon la procédure de marché négocié sans publicité préalable mais avec mise en concurrence. Sur justifications précises dans le rapport de présentation, il peut être passé selon la procédure de marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence.

Article 4

I. - A l'appui des candidatures et au-delà des renseignements qui peuvent être exigés en vertu de l'article 45 du code des marchés publics, la personne responsable du marché peut demander, afin d'apprécier la capacité des candidats à exécuter le marché au vu des exigences particulières que celui-ci requiert, des renseignements complémentaires concernant leur habilitation préalable en application de l'article 7 du décret du 17 juillet 1998 susvisé, la composition de leur actionnariat, la valeur ajoutée créée sur le territoire national, l'implantation de leur patrimoine technologique, leurs capacités industrielles sur le site de réalisation de la prestation ou les compétences des personnes devant intervenir pour la réalisation du marché. Ces exigences devront être indiquées dès le début de la procédure et, le cas échéant, dans l'avis d'appel public à la concurrence.

II. - Lorsqu'elle estime que le nombre de candidats ayant répondu aux mesures de publicité n'offre pas une concurrence suffisante, la personne responsable du marché peut proposer à une ou plusieurs entreprises de faire acte de candidature.

Article 5

Les candidats peuvent se présenter en groupement soit au moment de la remise des candidatures, soit au moment de la remise des offres. La composition des groupements peut être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres sous réserve que tous les membres du groupement aient été autorisés à présenter une offre ou à y participer.

Article 6

La personne responsable du marché peut prévoir, dans le cahier des charges, parmi les conditions d'exécution du marché, des stipulations relatives à la nature des technologies mises en oeuvre, au lieu d'exécution des travaux, aux moyens industriels utilisés ainsi qu'aux conditions matérielles retenues pour assurer la protection et la pérennité des moyens techniques utilisés par l'entreprise.

Article 7

Dans les conditions fixées par arrêté du ministre de la défense, en cas de mise en concurrence, la personne responsable du marché peut ne mettre en concurrence que les fournisseurs et les prestataires de services préalablement qualifiés soit par son propre système de qualification, soit en acceptant celui d'organismes ou d'entités tiers.

Le système de qualification des fournisseurs ou prestataires de services repose sur des critères objectifs définis par référence aux normes homologuées lorsqu'elles sont appropriées.

Ces critères sont portés à la connaissance des fournisseurs ou prestataires de services intéressés, à leur demande. Leur mise à jour leur est communiquée.

Un réexamen de la qualification des fournisseurs ou prestataires doit être effectué tous les trois ans.

Lorsqu'il est recouru à un système de qualification établi par un organisme ou une entité tiers, le nom de celui-ci est communiqué aux fournisseurs ou prestataires de services intéressés.

Les services font paraître au Bulletin officiel des annonces des marchés publics un avis sur l'existence du système de qualification. Cette publication est renouvelée au moins tous les trois ans.

Les services peuvent également publier au même bulletin un avis d'appel public à candidatures pour obtenir la qualification pour des catégories de produits ou de prestations de services déterminées.

A l'occasion d'une décision relative à la qualification d'un fournisseur ou d'un prestataire de services ou de l'établissement ou de la mise à jour du système de qualification, les services ne peuvent :

1° Ni imposer à certains fournisseurs ou prestataires de services des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été imposées à d'autres ;

2° Ni exiger des essais ou des justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles.

Le fournisseur ou le prestataire de services qui demande à être qualifié est informé de la décision prise à son sujet dans un délai de six mois à compter de la date limite de dépôt des candidatures ou de la date de sa demande, en cas de candidature spontanée. Ce délai peut être prorogé après que le candidat en a été informé. Les motifs de cette prorogation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise sont indiqués au demandeur.

La décision de rejet d'une demande de qualification ou l'intention de retrait d'une qualification est motivée par écrit. Elle est fondée sur les critères de qualification mentionnés aux alinéas 2 et 3 du présent article.

Article 8

Les marchés de fournitures et de services qui ont pour objet des études exploratoires complexes ou des prestations pouvant présenter des aléas techniques importants, et les marchés de conception et de réalisation de systèmes d'information et de communication qui mettent en oeuvre des technologies évolutives dans le domaine de l'information, des communications ou des composants électroniques, peuvent comporter plusieurs phases. Le montant global de ce type de marché est fixé préalablement à sa notification sans que les périmètres de toutes les phases ne soient complètement définis.

Ils sont passés pour une durée de 5 ans au plus, sauf cas exceptionnels dûment justifiés notamment par l'objet du marché.

A l'issue de chaque phase, la personne responsable du marché peut, sur la base des résultats obtenus, définir dans le marché, après accord du titulaire, les nouveaux moyens à mettre en oeuvre ou les objectifs à obtenir pour la phase suivante en vue de réaliser l'opération.

Lorsque l'intérêt de la poursuite du marché est de nature à être remis en cause au cours de son exécution, ce dernier doit prévoir la faculté pour la personne publique d'arrêter son exécution au terme d'une ou plusieurs de ces phases.

Article 9

Outre les cas prévus par l'article 18 du code des marchés publics, les marchés négociés sans mise en concurrence peuvent être conclus à prix provisoires lorsque les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter ne sont pas connus au moment de la négociation du prix du marché. Dans ce cas, seuls font l'objet de prix provisoires les éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter et pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu.

Article 10

La personne responsable du marché peut introduire dans le cahier des charges du marché des exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants et vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci sont choisis par le titulaire du marché.

Article 11

Les marchés à bons de commande entrant dans le champ d'application du présent décret peuvent être passés sans minimum en valeur ou en quantité.

Les marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder 5 ans sauf pour les marchés concernant le maintien en condition opérationnelle ou, dans des cas exceptionnels, sur justifications précises.

Article 12

Pour les marchés de fournitures et de services ayant pour objet des prestations complexes et pouvant présenter des aléas techniques importants, une part provisionnelle de prestations peut être prévue dans le marché sous réserve que les conditions d'élaboration des prix soient fixées dans l'acte d'engagement. Cette part doit être justifiée et ne peut dépasser 15 % du montant total du marché.

Article 13

I. - Pour les marchés ayant pour objet l'acquisition des fournitures prévues au 3 du II de l'article 1er du présent décret, il peut être prévu d'ajouter des articles de remplacement ou devenus nécessaires et non prévus au marché initial sous réserve que les conditions de fixation du prix de ces articles soient fixées dans le marché. Cette part ne peut dépasser 15 % du montant total du marché.

II. - Pour les marchés de maintien en condition opérationnelle et pour les marchés ayant pour objet le réassort de fournitures, lorsque la sécurité d'emploi d'un matériel exige le recours à des composants ou des sous-systèmes de même origine que ceux qui ont été retenus lors de la qualification initiale d'un matériel, la personne responsable du marché peut exiger un recours exclusif à ces composants et sous-systèmes à condition de l'avoir mentionné dans le dossier de consultation et justifié précisément dans le rapport de présentation de ce marché.

Article 14

La périodicité du versement des acomptes est fixée en tenant compte des caractéristiques et de la durée du marché. Elle est fixée au maximum à six mois. Ce maximum peut être dépassé dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Il est ramené à un mois, sur demande, lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise.

Le sous-traitant à paiement direct peut bénéficier de la même réduction lorsqu'il est lui-même une petite ou moyenne entreprise.

Article 15

Pour tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service, une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché entrant dans les prévisions du II de l'article 1er d'une clause prévoyant un paiement différé.

Article 16

La possibilité pour le candidat de recourir à un ou des services de l'Etat pour réaliser une partie des prestations nécessaires à l'exécution d'un marché doit être prévue dans le règlement de consultation.

Article 17

Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés et autres contrats.

Article 18

La ministre de la défense, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 7 janvier 2004.

Jean-Pierre Raffarin

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie,

Francis Mer

La ministre de la défense,

Michèle Alliot-Marie

Le ministre délégué au budget

et à la réforme budgétaire,

Alain Lambert

Le Rapporteur Général
Guy LE BONHOMME

Commission des **M**archés **P**ublics de l'**E**tat
Bâtiment Condorcet
6, rue Louise Weiss
75703 PARIS Cedex 13

Ce document sera disponible sur le site Internet : www.minefi.gouv.fr/cmpe

2005

2005

2005

2005