



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

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

COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS PUBLICS

CCMP

RAPPORT D'ACTIVITÉ 2010

SOMMAIRE

Avant-propos	3
I. Le fonctionnement de la CCMP	4
A. Mission et champ de compétence	4
B. Composition de la commission	4
1. La présidence	4
2. Les membres	4
C. Modalités de saisine	5
D. Procédures de travail	5
1. Les moyens	5
a) Le secrétariat	5
b) Les rapporteurs	5
2. Les méthodes	6
a) L'assistance sur dossier	6
b) Les échanges avec les services	6
<input type="checkbox"/> Les consultations	6
<input type="checkbox"/> Les réunions	7
E. Actions de communication	7
1. Les actions de communication auprès des acheteurs publics	7
2. Actions de communication auprès des opérateurs économiques	7
3. Actions de communication auprès des administrations étrangères	7
4. Le site Internet	7
5. Le bilan annuel	8
II. Les conseils de la CCMP	9
A. La définition du besoin et des moyens de sa réalisation	9
1. Déterminer le besoin et gérer les incertitudes	9
a) Les incertitudes portent sur les quantités à commander	9
<input type="checkbox"/> Les marchés à bons de commandes	9
<input type="checkbox"/> L'accord-cadre multi-attributaires	10
b) Les incertitudes sont liées à l'évolution des techniques et des procédés	11
<input type="checkbox"/> L'accord-cadre mono-attributaire	11
<input type="checkbox"/> Les variantes	12
c) Les incertitudes sont liées à la durée du marché ou aux délais de réalisation	12
<input type="checkbox"/> Les marchés à tranches conditionnelles	12
<input type="checkbox"/> Les marchés reductibles	13
d) Les incertitudes portent sur l'objet du marché	13
<input type="checkbox"/> Les prestations supplémentaires éventuelles	13
<input type="checkbox"/> Les provisions	14
e) Les avenants	14
2. Savoir comment réaliser le marché	14
a) La connaissance du contexte concurrentiel	14
b) L'allotissement	15

B. La dévolution du marché	16
1. Le choix de la procédure	16
a) L'appel d'offres	16
b) Les marchés négociés	16
<input type="checkbox"/> Marchés négociés relevant du CMP	16
<input type="checkbox"/> Marchés négociés relevant du « décret défense »	16
c) Les marchés de maîtrise d'œuvre	17
d) Les marchés de conception-réalisation	18
e) Le dialogue compétitif	19
2. La sélection des candidats	20
3. Le jugement et le choix des offres	21
a) Critère prix	22
b) Critère valeur technique	22
c) Critère délai	23
d) Critères environnementaux	24
e) Critères sociaux	24
f) Critère moyens humains	25
C. Le marché	25
1. Les acteurs : les opérateurs économiques	25
a) Les personnes publiques agissant en tant qu'opérateurs économiques	25
b) Pluralité d'opérateurs économiques	25
c) Les conditions d'exécution des prestations et la protection de la main d'œuvre	26
2. La détermination du prix et des conditions de paiement	27
a) Le coût global et l'appréciation du risque	27
b) La forme du prix	27
c) La variation des prix	28
3. Les documents de la consultation	28
a) La cohérence et l'intangibilité des pièces constituant le DCE	28
b) L'avis de publicité	29
c) Le règlement de la consultation ou du concours	30
4. Les pièces contractuelles	30
a) L'acte d'engagement	30
b) Le cahier des charges	31
<input type="checkbox"/> Le CCAP	31
<input type="checkbox"/> Le CCTP – Le programme fonctionnel	33
Conclusion	35
Les évolutions législatives et réglementaires	36
Les outils à l'usage des acheteurs publics	37
Les évolutions jurisprudentielles	38
Annexes	51

AVANT PROPOS

La commission consultative des marchés publics (CCMP) apporte aux acheteurs publics une aide pour l'élaboration de leurs marchés. A la différence de l'instance qui l'a précédée – la CMPE – sa saisine est facultative et ouverte aux collectivités territoriales.

Au cours de l'année 2010, première année de fonctionnement, son activité s'est caractérisée par des dossiers moins nombreux mais plus complexes et par le développement de saisines ponctuelles suivant des procédures informelles. Mais quelle que soit la forme des avis sollicités, toutes les demandes ont fait l'objet d'un examen attentif en collaboration étroite avec les demandeurs.

La commission exerce en effet son rôle d'aide et de conseil auprès des acheteurs publics selon une démarche d'écoute et de dialogue. Elle recherche et définit avec eux les solutions les mieux adaptées à leurs objectifs tant au plan juridique, les avis permettant de réduire les risques de contentieux, qu'au plan économique pour une utilisation optimale de leurs ressources.

Bernard CIEUTAT
Président de la CCMP

I. Le fonctionnement de la CCMP

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

A. Mission et champ de compétence

La CCMP a pour mission de fournir une assistance aux acheteurs publics pour la préparation et la passation de leurs marchés et accords-cadres dès le lancement de la consultation et, sous certaines conditions, tout au long de la procédure de passation. Comme la commission des marchés publics de l'État (CMPE) qui l'a précédée, la CCMP n'est pas un organisme de contrôle mais joue un rôle de conseiller fondé sur l'échange et le dialogue avec les acheteurs publics afin de :

- comprendre la démarche du service acheteur ;
- l'informer sur les imperfections et les lacunes de son dossier ;
- proposer des solutions visant à assurer non seulement le respect de la réglementation mais également l'efficacité des moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif visé par le marché.

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

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

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

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

B. Composition de la commission

1. La présidence

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

2. Les membres

La commission comprend :

- un ou deux représentants de l'État, choisis par le président pour leur expertise en fonction du marché concerné, à partir d'une liste d'agents publics de l'État ;

- un ou deux représentants des collectivités territoriales choisis dans les mêmes conditions ;
- le directeur général des collectivités locales au ministère de l'intérieur, ou son représentant ;
- le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie ou son représentant ;
- un représentant du ministère chargé de la concurrence.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est présent ou représenté lors de l'examen de son projet de marché ou d'accord-cadre par la commission.

C. Modalités de saisine

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

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

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

Les modalités pratiques de saisine sont présentées dans une notice figurant sur le site CCMP (voir page 10).

D. Procédures de travail

1. Les moyens

a) Le secrétariat

La CCMP dispose d'un secrétariat de huit personnes et de la collaboration occasionnelle de rapporteurs.

Le secrétariat est organisé en trois secteurs : approvisionnements généraux, armement – techniques de l'information et de la communication, bâtiment – génie-civil. Chacun de ces secteurs comporte un ou deux agents de catégorie A, issus de différents ministères (économie, défense, environnement). Ces agents expérimentés en matière de marchés publics, ont pour certains d'entre eux, une compétence dans le domaine des collectivités territoriales, du fait de leurs responsabilités antérieures.

Ils effectuent des examens approfondis des dossiers transmis et les proposent, le cas échéant, au président ou au vice-président du secteur concerné pour un examen en séance. Ils rédigent les projets d'avis et les notes d'observations.

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

b) Les rapporteurs

La commission bénéficie de la collaboration de rapporteurs expérimentés en matière de marchés publics. Il s'agit d'agents de catégorie A ou équivalent, de l'État ou des collectivités

territoriales, en activité ou en retraite, dont la liste est arrêtée par le directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie, sur proposition du président de la commission.

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

2. Les méthodes

a) L'assistance sur dossier

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

Les projets de marchés les plus complexes, ou ceux pour lesquels sont soulevées des questions de principe, font l'objet d'un examen en séance après étude par un rapporteur.

Le caractère interministériel de la commission, la compétence et l'expérience de ses membres, eux mêmes souvent acheteurs et la présence du service qui soumet le dossier permettent des échanges fructueux et une approche complémentaire des problèmes soulevés.

Les débats et les décisions qui en résultent se traduisent dans des avis qui portent non seulement sur la qualité des documents de la consultation et des documents contractuels mais également sur des questions de fond telles que la définition du besoin et de l'objet du marché, la pertinence et les modalités de mise en œuvre de la procédure de passation ou de la forme du marché retenue, les conditions de concurrence et leurs incidences sur l'économie du marché.

Les dossiers qui ne présentent pas de problèmes de fond et pour lesquels une discussion en séance plénière ne s'avère pas nécessaire font l'objet d'une lettre d'observations signée du président ou du vice-président concerné. Les remarques formulées portent principalement sur les documents de la consultation et sur les documents contractuels, dans le souci de prévenir d'éventuelles difficultés en cours d'exécution du marché et de limiter les risques contentieux.

Les délais d'intervention de la CCMP, fixés par le décret du 22 octobre 2009, sont au plus de 30 jours francs à compter de la délivrance de l'accusé de réception du dossier. Ils sont généralement très inférieurs, notamment quand les dossiers donnent lieu à des lettres d'observations.

Les acheteurs publics ont, en outre, la possibilité, à titre exceptionnel, de demander à la commission ses observations dans des délais inférieurs à un mois.

b) Les échanges avec les services

• Les consultations

En sus des observations et recommandations formelles sur dossiers constitués, telles que les prévoit le décret du 22 octobre 2009 précité, l'assistance aux acheteurs publics prend la forme d'échanges téléphoniques et, de plus en plus fréquemment, de courriels. Ces échanges intervenant en amont ou en aval des dossiers, peuvent porter sur des questions plus ou moins ponctuelles et permettent souvent d'alléger le contenu des lettres d'observations formalisées qui sont alors réservées aux observations les plus importantes.

A titre d'exemple, le secrétariat technique armement – techniques de l'information et de la communication a été amené à répondre à une série de questions posées par la direction des services de la navigation aérienne liées à la création du ciel unique européen. Il s'agissait, notamment, d'apporter des précisions sur le choix de recourir à un accord-cadre mono-

attributaire ou à un accord-cadre multi-attributaires, sur le caractère clos de l'accord-cadre y compris lorsque les entités signataires ayant recours à cet accord-cadre sont nombreuses et de nationalités différentes, ou bien encore, sur le recours possible ou non à une autre langue que la langue française dans les documents contractuels.

- **Les réunions**

Des réunions avec les services acheteurs sont de plus en plus fréquemment organisées par les responsables de chacun des secteurs afin de comprendre la démarche du pouvoir adjudicateur, d'appréhender les problèmes le plus en amont possible et de dégager les solutions les meilleures, dans le respect de la réglementation et dans le souci de l'efficacité de la dépense publique. Une telle démarche permet en outre un gain de temps non négligeable dans la mise au point des dossiers de consultation des entreprises.

Le secteur bâtiment – génie civil a, notamment, été sollicité pour la préparation d'un marché d'assistance à la Commission Particulière d'un Débat Public, d'un accord-cadre pour des sondages géotechniques et d'un marché de conception-réalisation d'une infrastructure portuaire.

E. Actions de communication

1. Les actions de communication auprès des acheteurs publics

Afin de sensibiliser les collectivités territoriales à l'assistance que peut leur apporter la commission, plusieurs actions de communication ont été menées : présentation de la commission, au siège de l'Assemblée des Départements de France, devant des directeurs généraux de services départementaux, rendez-vous avec le directeur général de l'Association des Maires de France, présentation de la commission aux acheteurs territoriaux de la Sarthe, dans le cadre d'une journée d'information organisée par le préfet du département sur le thème de la commande publique.

2. Actions de communication auprès des opérateurs économiques

Des échanges ont eu lieu également avec certains opérateurs économiques permettant de mieux comprendre leurs préoccupations et de tenter d'y répondre.

Ainsi, le président de la commission a été sollicité pour intervenir dans le cadre des « Florilèges du droit public », cycle de conférences organisé par l'Institut de droit public des affaires, sur le thème « *choisir son avocat : mise en concurrence et règles déontologiques* ».

3. Actions de communication auprès des administrations étrangères

Cette année encore, le président de la commission a été sollicité pour accueillir des délégations étrangères désirant s'informer sur le rôle et le fonctionnement de la commission.

4. Le site Internet

La CCMP dispose, sous l'égide de la Direction des affaires juridiques des ministères financiers, d'un site internet sur lequel sont publiés les textes et formulaires relatifs à son fonctionnement (en particulier la notice de présentation des dossiers) ainsi que les rapports d'activité annuels.

Ce site est accessible à l'adresse suivante :

http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/ccmp/index.htm

5. Le bilan annuel

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

II. Les conseils de la CCMP

Les conseils de la CCMP ont pour but d'aider les services acheteurs à mettre en place une stratégie d'achat et d'en assurer autant que faire se peut la sécurité juridique. La commission a donc porté une attention particulière à la définition des besoins et aux moyens d'y répondre dans les conditions économiques et juridiques les plus sûres possibles.

A. La définition du besoin et des moyens de sa réalisation#

1. Déterminer le besoin et gérer les incertitudes

Définir les biens que l'on souhaite acquérir ou les prestations dont on demande la réalisation constitue la première démarche à entreprendre. Démarche évidente mais qui n'est pas toujours aisée. Les remarques formulées par la CCMP cette année encore en sont la preuve.

Que recouvre la définition du besoin ?

Selon l'article 5 du CMP, « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable. (...) Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués* ».

La définition du besoin doit répondre à un objectif plus large que la réponse immédiate aux demandes des utilisateurs. Cette préoccupation intègre les mesures en faveur de la protection de l'environnement ainsi que les clauses sociales. La commission a donc souvent recommandé de décrire dans les cahiers des charges les bonnes pratiques environnementales exigées, pratiques qui doivent pouvoir être vérifiables.

Définir son besoin c'est identifier les finalités et les objectifs du projet ou de l'achat envisagé et en fixer le périmètre en fonction des ressources financières disponibles après avoir répondu à un certain nombre de questions : pourquoi ? combien ? quand ? où ? comment ? par quels opérateurs économiques ? Or les réponses à ces questions laissent subsister très souvent une marge d'incertitude qui peut peser sur les décisions que doivent prendre les pouvoirs adjudicateurs.

La commission a rappelé que le CMP permet de pallier certaines de ces incertitudes.

a) Les incertitudes portent sur les quantités à commander

Les articles 76 et 77 du CMP offrent deux solutions.

- Les marchés à bons de commandes

Les marchés à bons de commande sont des marchés conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de l'émission des bons de commande. Leur durée ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Ainsi, la commission a considéré qu'un marché de transport de passagers d'une durée maximale de cinq ans (un an reconductible quatre fois) était acceptable en raison de la durée d'amortissement des véhicules.

Ces marchés peuvent comporter un minimum et un maximum, un minimum sans maximum, un maximum sans minimum ou être passés sans minimum ni maximum.

Or, la commission a constaté que la plupart des marchés à bons de commande qui lui ont été adressés ne comportaient ni minimum, ni maximum. Elle a donc été amenée, dans un certain nombre de cas, à rappeler que la liberté laissée par le code des marchés publics n'exonère pas l'acheteur public de l'obligation de définir au mieux son besoin afin d'effectuer le choix économiquement le plus avantageux. Elle invite les acheteurs à fixer un minimum et un maximum chaque fois qu'ils disposent d'une visibilité sur les quantités ou le montant souhaités car une marge d'incertitude réduite laisse en effet espérer de meilleurs prix. Elle considère que l'absence de minimum et de maximum ne se justifie que lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de les apprécier. Encore faut-il qu'il appréhende le risque pris par les entreprises en l'absence de précision sur les quantités de prestations à réaliser.

Les bons de commande fixent les quantités de prestations commandées mais ne peuvent en modifier le prix ou les caractéristiques. A fortiori, ils ne peuvent permettre de commander des prestations qui ne seraient pas décrites de manière précise dans le marché. A l'occasion de l'étude d'un projet d'acquisition de pneumatiques, la commission a rappelé qu'il n'était pas possible de négocier les bons de commande, quelle que soit la procédure utilisée lors de la passation du marché.

Lorsqu'un marché à bons de commande est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci doivent être au moins trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres.

- L'accord-cadre multi-attributaires

Les accords-cadres sont des contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et des opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée (quatre ans maximum en règle générale, les exceptions devant être dûment motivées). Ils permettent d'ajuster la réponse aux besoins recensés par le pouvoir adjudicateur au fur et à mesure de leur apparition et d'acheter au meilleur prix des prestations répétitives ou dont les prix sont susceptibles d'évoluer rapidement.

Les accords-cadres multi-attributaires permettent la remise en concurrence.

La commission a été amenée à préciser à plusieurs reprises que l'accord-cadre donne notamment à l'acheteur public la possibilité d'ajuster la réponse à ses besoins, au moment où il peut précisément les identifier et de prendre la décision d'acheter. Elle a cependant rappelé qu'en application des dispositions de l'article 5 du code de marchés publics, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence et que cette disposition s'appliquait quel que soit le mode de contractualisation retenu (marché public ou accord-cadre). Elle a par conséquent recommandé aux services d'évaluer aussi précisément que possible les prestations qu'ils seront amenés à commander au titre des marchés subséquents. Celles qui n'auront pu être déterminées lors de la conclusion de l'accord-cadre pourront faire l'objet d'une demande de complément au stade du marché subséquent, sous réserve que ce complément ne modifie pas substantiellement les caractéristiques de l'offre retenue.

Ainsi, dans le cadre d'un dispositif de coopération bilatérale, la commission s'est interrogée sur la manière selon laquelle il convenait de construire l'accord-cadre en tenant compte des souhaits des deux États signataires. En l'espèce, ces derniers souhaitaient qu'une partie des prestations techniques soit commune aux deux États et que l'autre soit propre à chaque État. Le dispositif envisagé était le suivant : chaque partenaire lance une consultation, choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et notifie un accord-cadre mono-attributaire. La commission a rappelé au service qu'il pouvait choisir, dans le cadre de la consultation, un opérateur économique sur la base de spécifications communes avec celles de son partenaire. Il a toutefois été précisé que le service ne pourrait s'assurer, sans risque, en cours d'exécution du contrat, de la cohérence et de la convergence des systèmes, qu'à certaines conditions. Elle a

observé que les choix qu'il serait amené à faire au stade des marchés subséquents pour que les spécifications soient réalisées de manière compatible par les deux industriels, ne devraient pas conduire à une modification substantielle des caractéristiques de l'offre retenue lors de l'attribution de l'accord-cadre.

Les accords-cadres apportent donc une plus grande souplesse dans le processus d'achat qu'un marché classique, même si celui-ci est un marché à bons de commande. Ils doivent toutefois répondre à certaines contraintes.

Le choix des prestataires se fait en deux phases : sélection des titulaires de l'accord-cadre puis conclusion des marchés subséquents avec le ou les titulaires de l'accord-cadre.

La commission a rappelé que, conformément aux dispositions de l'article 76 IV et V du CMP, les critères d'attribution des marchés subséquents doivent être fixés dans l'accord-cadre et ne peuvent pas évoluer au cours de son exécution.

Les accords-cadres sont susceptibles d'être conclus avec un seul ou avec plusieurs attributaires de manière à permettre, dans ce dernier cas, une remise en concurrence lors de la passation des marchés subséquents.

La commission a rappelé que l'accord-cadre est un système fermé. Selon les indications données dans la fiche explicative de la Commission européenne relative aux accords-cadres, ceux-ci ne sont utilisables « *qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originellement parties à l'accord-cadre* ». En application du principe d'exclusivité, précisé au III de l'article 76 du CMP, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de recourir à l'accord-cadre pour les achats entrant dans le champ d'application de ce dernier.

Les accords-cadres rendent possible la planification des achats en fixant des minimum et des maximum mais peuvent être conclus avec seulement un minimum ou un maximum ou encore sans minimum ni maximum. Ceci ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de définir son besoin autant que faire se peut.

Ayant à examiner un marché de sondages et d'études géotechniques, sans minimum ni maximum, la commission a recommandé de réduire l'incertitude des candidats et donc le risque de prix élevé en indiquant dans l'AAPC une estimation de chacune des catégories de prestations à réaliser.

S'agissant des clauses relatives au prix ou aux modalités de sa détermination, il convient de fixer un certain nombre de conditions financières sans pour autant figer celles-ci, dans la mesure où les titulaires d'accords-cadres multi-attributaires peuvent être remis en compétition.

L'accord cadre permet de gérer certaines situations spécifiques.

La commission a été saisie d'un projet d'accord-cadre pour des études exploratoires et technico-opérationnelles dont les spécifications détaillées devaient évoluer en cours d'exécution de l'accord-cadre. Elle a considéré que cette procédure était appropriée dans la mesure où, dans un contexte complexe et évolutif, ces études devaient être réactives et flexibles.

b) Les incertitudes sont liées à l'évolution des techniques et des procédés

Les réponses apportées par le code des marchés publics sont les suivantes :

- L'accord-cadre mono-attributaire

La commission a observé que, dans certains cas où les techniques et les procédés évoluent rapidement, il pouvait être opportun de recourir à un accord-cadre mono-attributaire plutôt qu'à un marché à bons de commande car l'accord-cadre permet de demander au titulaire, préalablement à la conclusion des marchés subséquents, de compléter son offre sous réserve que

les compléments apportés aux caractéristiques de la proposition retenue pour l'attribution de l'accord-cadre n'aient pas pour effet de la modifier substantiellement.

- Les variantes

Lorsque l'incertitude porte sur les modalités de réalisation, l'article 50 du CMP permet d'ouvrir aux candidats la possibilité de présenter des variantes si le pouvoir adjudicateur le juge opportun. S'agissant des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs selon une procédure formalisée, le dossier de consultation des entreprises (DCE) doit avoir expressément prévu la possibilité de présenter une ou plusieurs variantes.

La variante permet aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché autres que ceux fixés dans le cahier des charges. Il s'agit d'une offre alternative. Elle invite à proposer des solutions innovantes, ou l'utilisation de moyens qui contribuent à une meilleure prestation, éventuellement à un meilleur prix.

Si le pouvoir adjudicateur fait le choix d'ouvrir le marché aux variantes, dans le cadre d'une procédure formalisée, il lui appartient en application de l'article 50 du CMP, de bien identifier les exigences minimales qui seront à respecter, le défaut de mention, dans les documents de la consultation, des exigences minimales à respecter étant susceptible d'entraîner l'irrégularité de la procédure. La commission a souligné, de plus, l'importance :

- de préciser dans les documents de la consultation les objectifs recherchés et de vérifier que les critères de jugement des offres permettront d'apprécier l'avantage apporté par les variantes eu égard aux objectifs annoncés ;
- de s'assurer que la pondération des critères et les barèmes de leur notation rendaient possible pour une variante d'être la solution économiquement la plus avantageuse ;
- d'exiger, pour chaque variante, un acte d'engagement dont le montant proposé est celui de la solution de base modifiée dans cette variante ;
- et de demander, pour chacune des variantes proposées, un sous-dossier particulier comportant toutes les autres pièces demandées aux candidats à l'appui de la solution de base et qui sont modifiées par la variante.

c) Les incertitudes sont liées à la durée du marché ou aux délais de réalisation

Il est alors possible d'envisager la conclusion de marchés à tranches conditionnelles ou de marchés reconductibles.

- Les marchés à tranches conditionnelles

La commission a constaté que les conditions d'utilisation du marché à tranches conditionnelles sont souvent mal connues des acheteurs pour les marchés de fournitures ou de prestations de service.

Lorsque la prestation est parfaitement définie mais que sa réalisation complète est incertaine, (notamment pour des raisons budgétaires ou tenant à l'obtention de résultats en matière d'études amont, par exemple), le pouvoir adjudicateur peut recourir au marché à tranches conditionnelles pour lequel il n'est engagé que sur la tranche ferme.

L'incertitude qui caractérise le marché à tranches conditionnelles ne doit pas porter sur son contenu mais sur sa mise en œuvre. La commission rappelle régulièrement que chacune des tranches doit, en outre, constituer un ensemble cohérent.

L'affermissement de chaque tranche conditionnelle donne lieu à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée selon des modalités prévues au marché.

La commission a observé que le pouvoir adjudicateur doit fixer dans le marché la durée de chacune des tranches et pas seulement une durée maximale, étant précisé que la durée peut être modifiée par avenant si les circonstances l'exigent et si cette modification ne remet pas en cause la concurrence initiale.

Elle a observé également que, dans un souci de bonne gestion, afin d'obtenir des candidats de meilleures offres financières, il peut être opportun, dans certains cas, de prévoir des indemnités d'attente ou de dédit si les tranches sont affermies avec retard ou si elles ne sont pas affermies.

La commission a rappelé que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur attribue un marché à tranches conditionnelles, le titulaire a l'exclusivité de la réalisation de toutes les tranches, sauf renoncement de l'administration à la réalisation de l'une ou plusieurs d'entre elles. Le marché ne peut donc pas prévoir de subordonner l'affermissement d'une tranche à la bonne exécution d'une autre tranche.

- Les marchés reconductibles

Il convient de ne pas confondre les marchés à tranches conditionnelles et les marchés reconductibles. Les différentes tranches d'un marché concernent le plus souvent des prestations différentes. Les marchés reconductibles portent sur des prestations identiques. L'article 16 du CMP dispose en effet qu'« *un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions, à condition que ses caractéristiques restent inchangées* ».

La commission a précisé que les conditions de reconduction et notamment le délai pendant lequel celle-ci peut intervenir doivent être fixés dans le marché.

En l'absence de reconduction, le titulaire ne peut prétendre au versement d'indemnité.

La commission a recommandé de ne pas lier la décision de reconduire ou non un marché à la manière dont celui-ci a été exécuté ; une disposition de cette nature figurant dans les documents de la consultation rendrait celle-ci juridiquement fragile.

- d) Les incertitudes portent sur l'objet du marché

Les objectifs identifiés lors de la définition du besoin se traduisent dans l'objet du marché précisé dans les spécifications techniques qui définissent les caractéristiques d'un ouvrage, d'un produit ou d'un service.

Il arrive que des incertitudes demeurent ou que l'on puisse craindre la survenance d'aléas au cours de l'exécution de la prestation. Pour résoudre les difficultés qui peuvent porter sur la définition même du marché ou sur ses modalités de réalisation, les acheteurs mettent en œuvre des solutions plus ou moins risquées.

- Les prestations supplémentaires éventuelles

Les services sont parfois tentés de prévoir dans leurs marchés des prestations qu'ils ne sont pas certains de pouvoir ou de vouloir commander. Ces prestations sont appelées selon les cas, prestations facultatives, supplémentaires ou encore « options » (alors même que l'acceptation de ce terme ne correspond pas à celle retenue par la directive communautaire).

A l'occasion de l'examen de marchés de travaux, la commission a rappelé que ces prestations supplémentaires devaient être en nombre limité, de faible montant et qu'en outre, il était indispensable que les modalités de jugement des offres ainsi complétées et le choix des prestations soient précisés dans le règlement de la consultation afin d'assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats. Elle a précisé que les critères de jugement des offres doivent être identiques pour la solution de base et pour les offres complétées par ces prestations,

étant observé que le choix de retenir ou de ne pas retenir ces « options » devait intervenir au stade de l'analyse des offres.

Lors de l'examen d'un projet de marché comportant à la fois des prestations obligatoires et facultatives, la commission a recommandé de faire figurer les prestations facultatives dans un bordereau de prix pouvant faire l'objet de bons de commandes plutôt que d'exiger des candidats qu'ils répondent à un pourcentage élevé de prestations facultatives pour que leur offre soit acceptée.

- Les provisions

S'agissant des provisions prévues dans certains marchés pour commander certaines prestations, la commission a rappelé que cette solution n'était juridiquement acceptable que dans le cadre du 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 dit « décret défense », modifié par le décret n° 2009-573 du 20 mai 2009. L'article 13 du « décret défense » dispose notamment que *« pour les marchés 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 »*.

Pour réduire la part « provision » dans un marché de maintien en condition opérationnelle de matériels, la commission a recommandé le montage contractuel consistant à établir, sur la base des commandes passées au cours des années précédentes, un bordereau de prix des interventions les plus courantes, accompagné d'une estimation des quantités. Ces prestations devaient être exécutées par bons de commande, cette partie du marché étant affectée d'un minimum ; la part « provisions » devait être consacrée aux interventions les plus complexes qui ne peuvent faire l'objet du bordereau de prix et devait être justifiée, en application des dispositions de l'article 12 du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 précité

- e) Les avenants

La commission a rappelé qu'il était inutile de prévoir expressément la conclusion d'un avenant en cas de décision rendant certaines dispositions d'un marché inapplicables. En effet, l'article 20 du CMP offre la possibilité de faire face à l'imprévu par la conclusion d'avenants à condition que ceux-ci ne bouleversent pas l'économie du marché et n'en modifient pas l'objet.

2. Savoir comment réaliser le marché

- a) La connaissance du contexte concurrentiel

La commission a régulièrement observé qu'il ne suffisait pas de définir le besoin de l'utilisateur avec la plus grande précision possible, encore faut-il que le pouvoir adjudicateur soit en mesure d'adapter sa demande aux possibilités offertes par les opérateurs économiques du secteur considéré. L'acheteur doit pouvoir identifier les entreprises susceptibles de répondre à son besoin et adapter en conséquence les modalités de passation de son marché. Seule une telle démarche lui permet de connaître les moyens de satisfaire son besoin, d'adopter un allotissement approprié et de s'assurer, le cas échéant, qu'il est possible de recourir sans risque au marché négocié sans mise en concurrence.

L'acheteur doit aussi veiller à fournir aux candidats l'ensemble des informations nécessaires à l'établissement de leur offre. Ainsi la commission a rappelé que le principe d'égalité de traitement des candidats impose aux services acheteurs de fournir, lorsque le titulaire a

l'obligation de reprendre du personnel, les informations nécessaires concernant le nombre de salariés à reprendre, leur qualification et la masse salariale correspondante.

b) L'allotissement

Afin de susciter la plus large concurrence et de faciliter l'accès des PME à la commande publique, le CMP fixe comme principe que les marchés doivent être passés en lots séparés chaque fois qu'il est possible d'identifier des prestations distinctes.

La possibilité de recourir au marché global doit être appréciée en se fondant sur les dispositions de l'article 10 du CMP qui prévoit que « *le pouvoir adjudicateur peut passer un marché global avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ».

Pour un marché de travaux de construction d'un tunnel, comprenant les terrassements extérieurs, y inclus l'assainissement et le dragage, le percement et le revêtement du tunnel, ses réseaux et sa peinture ainsi que, pour le second œuvre, la plomberie et l'électricité, la commission a admis le recours au marché unique compte-tenu de la nature des travaux et de la nécessité d'une étroite coordination des différentes prestations. Mais elle a recommandé, toutefois, au service de prévoir une argumentation rigoureuse montrant que l'une au moins des trois conditions fixées par l'article 10 du CMP précité pour recourir au marché unique était remplie, afin de pouvoir répondre à un contentieux précontractuel.

A l'inverse, pour un marché multiservices, la commission s'est interrogée sur l'intérêt que pourrait revêtir le regroupement des prestations de contrôle d'accès ou d'entretien d'espaces verts avec des prestations de restauration ou de blanchisserie.

Pour un marché de maintien en condition opérationnelle (MCO) d'un système de mesures acoustiques, le service avait fait valoir qu'un allotissement (et les résultats de la mise en concurrence qui en résulteraient) risquerait de rendre financièrement coûteuse l'exécution des prestations. La commission a observé qu'en cas de contentieux le pouvoir adjudicateur devrait être en mesure d'apporter la preuve que le coût financier qu'entraînerait un allotissement était suffisamment élevé pour justifier le recours au marché global. En effet, ainsi qu'en a jugé le Conseil d'État (CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n°328803), seule une réduction significative du coût des prestations pourrait constituer un motif légal de dévolution.

En conséquence, pour un marché pour lequel le service attendait un gain financier substantiel du regroupement dans un seul marché de produits industriels qui faisaient l'objet auparavant d'un nombre élevé de marchés conclus avec des entreprises spécialisées, la commission a invité le service à apprécier les risques liés à la marge que les candidats pourraient être tentés de se préserver vis-à-vis de leurs sous-traitants et qui auraient pour effet de limiter considérablement les gains qu'il pourrait retirer du regroupement des achats.

La commission a observé que l'évaluation comparative du coût des prestations allouées par rapport à celui d'un marché global devait être conduite avant le lancement de la procédure.

S'agissant du motif tiré de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination, la commission a observé que ce dernier motif pouvait être admis dans les cas où l'administration dispose des moyens correspondants lorsqu'elle engage la procédure de passation du marché mais qu'elle doit en être privée à brève échéance. Encore faut-il qu'une telle réorientation de moyens soit déjà décidée et que le service puisse s'appuyer sur des décisions prises en matière de dépense publique.

B. La dévolution du marché

1. Le choix de la procédure

Le choix de la procédure constitue le deuxième acte de la passation d'un marché et doit être effectué de manière pertinente. Encadré, par la réglementation nationale et européenne, il doit pouvoir être justifié.

a) L'appel d'offres

Ce choix s'impose généralement : dès lors que les seuils prévus à l'article 26 du CMP sont atteints, la procédure de référence est l'appel d'offres. Celui-ci peut être ouvert ou restreint, l'appel d'offres ouvert étant le plus largement utilisé. L'appel d'offres restreint impose, certes, des délais de procédure plus longs (37 jours pour la remise des candidatures, auxquels il faut ajouter 40 jours pour la remise des offres, au lieu de 52 jours en appel d'offres ouvert) mais peut permettre de poursuivre l'établissement du dossier de consultation pendant la phase de sélection des candidats. Toutefois, la commission a constaté qu'il pouvait en résulter des distorsions entre l'AAPC et le dossier de consultation.

Le recours à l'appel d'offres ne suscite généralement pas de remarque dans la mesure où il est lancé sur la base d'un dossier suffisamment précis pour que les candidats puissent répondre sans difficulté et que la concurrence puisse jouer dans des conditions satisfaisantes.

La commission a rappelé que si les candidats étaient amenés à poser des questions au pouvoir adjudicateur, par écrit ou par l'intermédiaire d'une plateforme de dématérialisation, le principe d'égalité de traitement des candidats faisait obligation de communiquer, à l'ensemble des candidats, la réponse à la question posée.

b) Les marchés négociés

A l'exception des marchés passés par les entités adjudicatrices ou relevant du « décret défense » pour lesquels la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence est de droit, le recours au marché négocié doit répondre aux cas limités prévus par l'article 35 du CMP.

• Marchés négociés relevant du CMP

Les observations le plus souvent formulées ont concerné des marchés négociés en application de l'article 35 II 6 du CMP (marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires). La commission a recommandé aux acheteurs, s'agissant d'une procédure dérogatoire, de s'assurer que les prestations à réaliser étaient réellement similaires à celles du marché initialement conclu et que cette identité pouvait être démontrée. Ainsi, pour un marché de mise aux normes de systèmes de retransmission de radiocommunications, la commission a observé que cette procédure était inappropriée sauf à apporter la preuve qu'il s'agissait de prestations réalisables à l'identique en application des seules spécifications techniques du marché initial.

Elle a rappelé, par ailleurs, que la négociation ne pouvait porter sur l'objet du marché ni en modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution. Elle a également conseillé aux services d'assurer une parfaite traçabilité de la négociation afin de pouvoir justifier si nécessaire, par la production de documents appropriés, du respect des principes fondamentaux de la commande publique.

• Marchés négociés relevant du « décret défense »

Les marchés négociés présentés à la CCMP relèvent le plus souvent du « décret défense ».

La commission a rappelé que pour entrer dans le champ d'application de ce décret, le marché ou l'accord-cadre devait remplir les trois conditions suivantes :

- être passé pour les besoins exclusifs de la défense ;
- pouvoir être rattaché à l'une des cinq catégories prévues au II de l'article 1er du décret ;
- mettre en cause les intérêts essentiels de sécurité de l'État au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Il est à noter que dans sa communication interprétative sur le recours à l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la commission européenne a précisé que : « *ceci signifie en particulier que les pouvoirs adjudicateurs doivent se poser les questions suivantes :*

- *quel intérêt essentiel de sécurité est en jeu ?*
- *quel est le lien entre cet intérêt et la décision d'acquisition en question ?*
- *en quoi la non application de la directive sur les marchés publics est nécessaire, dans ce cas précis, à la protection de cet intérêt essentiel de sécurité ? »*

Ainsi, pour un marché d'acquisition de pneumatiques destinés à équiper des véhicules et engins militaires, la commission a considéré que le recours au « décret défense » n'était pas sans risque de contentieux dans la mesure où :

- la mise en cause des intérêts essentiels de l'État n'était pas établie ;
- le recours au marché négocié pouvait être considéré comme abusif ;
- la concurrence pouvait être considérée comme insuffisamment ouverte du fait de l'absence de publicité au JOUE.

Elle a donc recommandé au service de recourir à l'appel d'offres dans le cadre du CMP.

Lorsque le recours au « décret défense » est justifié se pose parfois le problème de la mise en concurrence.

L'article 2 II f du « décret défense » dispose que « *peuvent être négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence les accords-cadres et marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des motifs tenant à la production de droits de propriété intellectuelle, à des raisons 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* ».

Ayant à examiner un marché de maintien en condition opérationnelle (MCO) d'un système de mesures, la commission a observé que, lorsque le marché négocié sans mise en concurrence est justifié par le savoir-faire de l'opérateur économique et l'importance des investissements réalisés lors de marchés antérieurs, le recours à cette procédure pouvait être envisagé.

Pour un marché de MCO d'installation et de production électrique sur un site protégé, la commission a recommandé au service de s'interroger sur le point de savoir si la complexité technique de la mise en fonctionnement des installations et les exigences particulières de disponibilité de ces équipements justifiaient le recours à un marché négocié sans mise en concurrence, et de déterminer la durée pendant laquelle cette procédure était acceptable.

c) Les marchés de maîtrise d'œuvre

La commission a examiné plusieurs dossiers de passation de marchés de maîtrise d'œuvre selon la procédure du concours. Dans ce cas, la procédure de passation du marché comporte deux étapes : la première, menée avec un jury, aboutit à l'émission d'un avis et d'un classement des projets par le jury ; la seconde, menée par le seul représentant du pouvoir adjudicateur, comprend la désignation d'un ou plusieurs lauréats avec lesquels se déroule une négociation à la fin de laquelle le marché est attribué.

Les principales observations relatives à la première étape de la procédure ont porté sur :

- la définition du besoin : la commission a observé que celui-ci devait être entièrement arrêté avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence à la publication ; ainsi, la commission a considéré qu'il n'était pas possible que le programme de l'opération ne tranche pas, dès avant l'envoi de l'avis de concours, entre la réalisation de locaux particuliers par réutilisation d'un bâtiment existant ou par construction d'un bâtiment neuf ;
- la consistance de la mission : lorsque le marché de maîtrise d'œuvre comporte un élément de mission « diagnostic », au sens 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, cette mission ne doit comporter que des éléments complémentaires aux études menées antérieurement. En effet, cet élément se distingue de l'ensemble des études de diagnostic commandées par le maître de l'ouvrage afin de s'assurer de la faisabilité de l'opération et d'évaluer son enveloppe financière prévisionnelle, ces études relevant exclusivement de sa responsabilité ; elle a rappelé, par ailleurs, que si le choix du mode de dévolution des travaux n'intervient qu'à la fin des études d'avant-projet (sommaire ou détaillé), et si le maître de l'ouvrage envisage de confier la mission d'OPC au futur maître d'œuvre, celle-ci ne peut figurer dans le marché de maîtrise d'œuvre qu'en tant que tranche conditionnelle ;
- la commission a rappelé que les personnes nommées au titre de l'article 24.I.d du CMP comme membres du jury le sont intuitu personae et ne peuvent donc représenter qu'elles-mêmes ni avoir des suppléants ; cette observation a également été faite concernant la passation des marchés de conception-réalisation ;
- le fonctionnement du jury : le vote des membres du jury sur les projets qu'ils examinent n'étant pas prévu par le CMP, la commission a demandé de ne pas faire figurer cette disposition dans les règlements de concours ;
- la commission a observé que le taux de rémunération du maître d'œuvre ne pouvait être utilisé comme critère d'évaluation des projets dans la mesure où le jury n'a pas connaissance du forfait proposé par les candidats dans leur offre ;
- l'anonymat du concours : les dispositions de l'article 40 imposent que l'anonymat du concours soit préservé jusqu'à la formulation de l'avis du jury. La commission a, à cette fin, recommandé de prévoir, pour la présentation des offres, des dispositions telles que l'imposition d'un « code couleurs » visant à contribuer au respect de cet anonymat.

Concernant la seconde étape de la procédure, la commission a régulièrement recommandé que le représentant du pouvoir adjudicateur retienne plusieurs lauréats afin de procéder à une négociation plus concurrentielle, ce qui aurait, en outre, l'intérêt de pouvoir pallier la défaillance (impossibilité de satisfaire aux dispositions de l'article 46 du CMP ou modification du groupement de maîtrise d'œuvre, par exemple) du lauréat dont le projet a été retenu par le représentant du pouvoir adjudicateur, sans qu'il soit nécessaire de relancer toute la procédure comme cela serait le cas dans la même éventualité mais avec la désignation d'un seul lauréat.

d) Les marchés de conception-réalisation

En application de l'article 37 du CMP, les marchés de conception-réalisation sont des marchés de travaux qui permettent de confier simultanément à un groupement d'opérateurs économiques ou à un seul opérateur pour les ouvrages d'infrastructure une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

L'article 69 du code précise que la procédure de passation applicable à ces marchés est celle de l'appel d'offres restreint lorsque le seuil communautaire est atteint. Cette procédure comporte l'intervention d'un jury et l'audition des candidats. Elle conduit les entreprises à remettre des

prestations comportant au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage ainsi qu'une offre de prix. Elle n'autorise aucune phase de dialogue avec les candidats et ne peut donner lieu, de la part du pouvoir adjudicateur, qu'à des demandes de clarifications, de précisions ou de compléments des offres sans que puissent en être modifiés les éléments fondamentaux ni les caractéristiques essentielles du marché.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 (dite « loi MOP ») ne peuvent recourir au marché de conception-réalisation que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

La commission a observé que le juge administratif était particulièrement exigeant en la matière. Elle a donc considéré que le recours à cette procédure pour la réhabilitation partielle d'un bâtiment ne saurait être justifié :

- par la nécessité d'effectuer des reprises en sous-œuvre dans la mesure où celles-ci peuvent être réalisées par des entreprises spécialisées ;
- par l'obligation de maintenir un restaurant en fonction pendant la durée des travaux, cette obligation relevant de l'organisation du chantier ;
- par le souci de donner à cette réalisation un caractère d'exemplarité en matière de développement durable, l'ouverture de variantes dans le respect de l'article 50 du CMP permettant aux entreprises de proposer des solutions innovantes en la matière ;
- ou encore par le recours à certains matériaux, sauf à prouver que ce sont les matériaux eux-mêmes et leur mise en œuvre qui influent sur la conception de l'ouvrage.

Les marchés présentés à la commission selon cette procédure ont donné lieu aux principales observations suivantes :

- ces opérations impliquant des intervenants ayant des rôles et des responsabilités particuliers – maître de l'ouvrage, assistant au maître d'ouvrage, concepteur de l'ouvrage, entreprises de travaux – la commission a recommandé que les documents de la consultation et, surtout, les pièces particulières du marché exposent de manière très précise les rôles et les responsabilités dévolus à chacun d'eux ;
- la commission a fait les mêmes observations que dans le cas des marchés de maîtrise d'œuvre, concernant la nomination comme membres du jury des personnes visées à l'article 24.I.d du CMP ;
- l'exécution de ces marchés n'impliquant pas de maître d'œuvre au sens de la loi MOP, il est nécessaire de prévoir des dérogations spécifiques au CCAG-Travaux pour tous les articles mentionnant le maître d'œuvre.

e) Le dialogue compétitif

La procédure de dialogue compétitif n'est pas une procédure qui peut être choisie librement par le pouvoir adjudicateur. En effet, elle n'est envisageable que lorsque un marché public est considéré comme complexe c'est-à-dire lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure de définir les moyens techniques qui répondent à ses besoins ni d'établir le montage juridique ou financier de son projet.

Ainsi pour un marché de prestations multiservices, la commission a observé que, dans la mesure où les prestations objets du projet de marché avaient fait l'objet de précédents marchés et répondaient à des problématiques connues de l'administration, le service devait pouvoir démontrer que le choix de cette procédure était justifié.

Le dialogue compétitif se déroule en trois temps : la sélection des candidatures, la phase de dialogue avec les candidats retenus, le choix du titulaire à partir des dernières offres remises.

La commission a signalé que l'invitation à participer au dialogue devait indiquer les documents à fournir par les candidats avant toute audition, conformément aux dispositions de l'article 67.V du CMP. L'appréciation des solutions proposées doit être faite pendant le dialogue en appliquant les critères de jugement des offres prévus dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Il peut être demandé au candidat retenu de clarifier certains aspects de son offre ou de confirmer les engagements figurant dans celle-ci.

2. La sélection des candidats

La sélection des candidats se fait dans les conditions prévues à l'article 52 du CMP, sur la base des documents fournis en application des articles 44 et 45 du CMP et de l'arrêté du 8 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats.

Il est nécessaire de bien distinguer les documents à fournir à l'appui des candidatures et ceux dont la fourniture doit intervenir au stade de l'attribution du marché.

Les candidats ont la possibilité, pour transmettre leur candidature, d'utiliser les nouveaux formulaires DC1 et DC2. Il convient de préciser que les renseignements figurant dans le formulaire DC1 (lettre de candidature) doivent permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la recevabilité de la candidature. En remplissant ce document le candidat déclare sur l'honneur qu'il n'entre pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner, atteste qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales et assure l'exactitude des renseignements fournis au titre du formulaire DC2 (Déclaration du candidat). Ce dernier document permet à l'acheteur de vérifier que le candidat (individuel ou en groupement) dispose des capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes pour exécuter la prestation.

Concernant les documents et renseignements devant être fournis par les opérateurs économiques à l'appui de leur candidature, la commission a rappelé que la liste prévue par l'arrêté du 8 août 2006 précité est limitative. Elle ne laisse pas la possibilité au pouvoir adjudicateur de demander des renseignements complémentaires ni aux candidats celle de choisir eux-mêmes les informations qui leur permettraient d'apporter la preuve de leurs capacités à réaliser les prestations, sauf cas prévus à l'article 45 du CMP.

Les documents et références exigés doivent être en rapport avec l'objet du marché, la nature et le montant des prestations à réaliser et doivent permettre au pouvoir adjudicateur de faire son choix en toute objectivité. La commission a observé qu'une exigence telle que « connaissance de haut niveau » pourrait être regardée comme laissant une trop grande part d'arbitraire dans le jugement des candidats potentiels.

Lorsque les candidats souhaitent s'appuyer sur d'autres opérateurs économiques pour justifier de leur aptitude à réaliser le marché, la commission considère qu'il leur appartient d'apporter la preuve qu'ils disposeront de ces moyens pour l'exécution du marché.

La commission a rappelé qu'il n'était pas possible d'éliminer, sans procéder à un examen circonstancié de son dossier, une entreprise qui n'aurait pas donné satisfaction lors d'un précédent marché. Aussi a-t-elle recommandé de supprimer comme élément de choix des candidats, les « retours d'expérience » destinés à éliminer les candidats qui auraient fait preuve d'expériences non concluantes. Cette élimination doit être faite après un examen intégral du dossier transmis par le candidat. Le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier les garanties exigées. Des difficultés rencontrées dans l'exécution d'un précédent marché peuvent justifier l'élimination d'une candidature, à condition qu'elles puissent être qualifiées d'insuffisance de capacité technique et que les manquements constatés dans un

précédent marché soient en rapport avec l'objet de la consultation en cours. (CE, 10 juin 2009, Région Lorraine, n°324153).

La commission a par ailleurs observé que, dans des cas de procédures restreintes (appel d'offres restreint, concours de maîtrise d'œuvre, conception-réalisation), il convient de distinguer, notamment lorsque le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre est limité :

- les capacités minimales exigées, nécessaires à l'exécution du marché en consultation ;
- et les critères de sélection qui permettent de ne retenir que le nombre voulu de candidats parmi ceux dont la candidature est recevable.

Elle a conseillé, dans ce cas, de choisir ces critères de sélection de la manière la plus pertinente possible en fonction de l'objet de la consultation afin que la sélection ainsi opérée puisse être pleinement justifiée.

3. Le jugement et le choix des offres

La commission rappelle régulièrement que les exigences de conformité des offres ne peuvent être considérées comme des critères d'attribution.

Le jugement des offres s'effectue sur la base de critères objectifs, transparents, choisis librement par le pouvoir adjudicateur en fonction de l'objet du marché et généralement pondérés.

La commission a constaté que les acheteurs, pour garantir la qualité de l'achat, établissaient souvent des dossiers très complexes, comportant un grand nombre de critères et sous-critères. Or, un bon dossier de consultation ne se juge pas au nombre de critères et sous-critères utilisés, mais à leur pertinence au regard des attentes de l'acheteur.

La commission a donc invité les services acheteurs à s'interroger sur l'utilité de chacun d'entre eux.

Les critères sont appréciés au vu des documents demandés dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence. La commission a recommandé aux services de s'assurer, pour chacun d'entre eux, de leur intérêt. De plus, pour assurer l'égalité de traitement des candidats, elle a conseillé aux acheteurs :

- d'une part de s'assurer que toutes les informations demandées pourront faire l'objet d'une notation objective ne pouvant être contestée ;
- d'autre part, de ne demander que des informations qui peuvent donner lieu à des engagements précis et vérifiables, de manière à ce que le titulaire ne puisse pas être amené à exécuter le marché dans des conditions différentes de celles qui ont permis de considérer que son offre était économiquement la plus avantageuse.

L'acheteur public peut avoir recours à des sous-critères quand le critère lui-même est trop imprécis. Ainsi en est-il souvent du critère « valeur technique » énoncé sans aucune précision. Dans ce cas, les sous-critères, comme les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires. Si chacun d'eux est affecté d'une pondération différente celle-ci doit être justifiée.

L'utilisation des critères et sous-critères concerne les marchés comme les accords-cadres. La commission a rappelé que l'article 76.III 5° du CMP dispose que « *les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base de critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés* ». Les critères d'attribution des marchés subséquents doivent donc être fixés dans l'accord-cadre et ne peuvent évoluer en cours d'exécution.

La commission a précisé dans plusieurs cas que, lorsqu'une consultation est engagée pour l'attribution de plusieurs lots, rien ne s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur adopte une pondération différente pour chacun des lots dans la mesure où, comme le prévoient les dispositions de l'article 10, ceux-ci doivent être jugés séparément.

Ces critères font généralement l'objet, non seulement d'une pondération, mais également, d'une notation. La commission a rappelé que les pouvoirs adjudicateurs n'avaient pas l'obligation de communiquer la méthode de notation de chacun des critères mais qu'il pouvait être opportun de le faire afin de donner aux candidats plus d'informations sur les attentes de l'acheteur et leur permettre ainsi de remettre les offres les plus adaptées.

a) Critère prix

Celui-ci peut être le seul critère de jugement si l'objet du marché s'y prête et ne concerne que des produits simples, standardisés (acquisition de carburant par exemple). Lors du choix des critères de jugement des offres, l'acheteur public doit donc se demander si les prestations concernées peuvent justifier le recours au seul critère du prix.

La commission s'est posé cette question pour un projet de marché concernant l'achat de certains équipements qui faisait du prix un critère unique, dans la mesure où le règlement de la consultation prévoyait que le délai maximum d'exécution des bons de commande serait utilisé en cas d'égalité de prix entre deux candidats. Compte tenu des éléments du dossier et de sa complexité, elle a recommandé au service de ne pas recourir au seul critère « prix », mais d'attribuer l'accord-cadre au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur une pluralité de critères tels que le prix et le délai d'exécution maximal des bons de commande.

Le poids à donner au critère prix dépend de la nature des produits et de la complexité de la prestation à réaliser.

Quelle que soit l'importance donnée au critère financier, la commission considère que tous les postes devant faire l'objet d'une proposition de prix doivent être pris en compte dans le jugement des offres en proportion de leur importance dans le marché à passer.

Ainsi pour un marché d'analyse des eaux, la commission a conseillé d'établir un bordereau de prix sur lequel seraient indiquées les différentes prestations à réaliser ainsi que leurs quantités prévisionnelles. L'appréciation du prix peut alors se faire en comparant directement les montants résultant de l'application des prix unitaires aux quantités annoncées dans le DCE.

La commission a constaté que beaucoup d'acheteurs invitent les candidats à proposer les taux de pénalités, les indices de révision ou la partie fixe de la formule de révision, dans le but de prendre en compte ces propositions dans le cadre du jugement du critère prix. Elle a fait observer qu'il était impossible d'apprécier, au moment du jugement des offres, l'incidence de ces propositions sur le prix du contrat et donc l'avantage économique que peut en retirer l'acheteur. En conséquence, la commission a fermement déconseillé cette pratique.

b) Critère valeur technique

Le poids donné au critère « valeur technique » doit tenir compte de la nature et de la complexité des prestations à réaliser. Un équilibre satisfaisant avec le critère prix sera recherché au cas par cas. Une valorisation importante est justifiée si, compte tenu de l'objet du marché, les candidats potentiels sont en mesure d'apporter une réelle plus-value. L'acheteur devra alors évaluer le surcoût qu'il est prêt à payer.

Lorsque les prestations à réaliser sont de natures différentes, le critère technique, ventilé en sous-critères, ainsi que les documents demandés pour les apprécier, doivent tenir compte de l'ensemble des éléments et de l'importance accordée à chacun d'entre eux.

L'examen d'un projet d'accord-cadre concernant la réalisation d'études a conduit la commission à rappeler que, s'il était possible de choisir un seul critère, celui-ci ne pouvait être que le critère prix. En l'espèce, le règlement de la consultation prévoyait trois critères de jugement des offres. Or deux d'entre eux étaient en fait des exigences de conformité de l'offre et non des critères d'attribution ; ils devaient donc être supprimés. Une fois ces deux critères supprimés, il ne restait alors que celui de la valeur technique de l'offre. La commission a par conséquent rappelé qu'il n'était pas possible de prévoir un critère unique qui soit celui de la valeur technique de l'offre. Deux solutions devaient donc être étudiées : faire du critère prix le critère unique, ou bien ajouter de nouveaux critères à celui de la valeur technique de l'offre. Compte tenu de la complexité du projet d'accord-cadre, la commission a recommandé au service de prévoir d'autres critères que celui de la valeur technique de l'offre.

Pour la réalisation d'un ouvrage complexe d'infrastructure, la commission a considéré que la valorisation du critère technique à 20% paraissait insuffisante compte tenu de la complexité de l'ouvrage à réaliser et de l'importance des aspects techniques mis en évidence dans les documents de la consultation. Le service a fait valoir qu'il avait réalisé des simulations lui permettant de considérer que la pondération choisie lui permettait de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. La commission lui a recommandé toutefois de préparer un argumentaire justifiant la pondération retenue, le juge administratif étant de plus en plus exigeant sur la cohérence de la pondération avec l'objet du marché.

La valeur technique d'une offre est parfois évaluée en prenant en compte l'origine de la fourniture. Or le CCAG-Travaux dispose en ses articles 21 et 23 que le titulaire a le choix de la provenance des matériaux, produits ou composants de construction, sous réserve de pouvoir justifier que ceux-ci satisfont aux conditions fixées par le marché et de mettre à la disposition du maître d'œuvre les documents qui assurent la traçabilité des produits et matériaux concernés. La commission a donc observé que la provenance des principales fournitures généralement exigée pour vérifier leur conformité aux spécifications du marché, ne pouvait constituer un élément d'analyse des offres sauf à ce que le pouvoir adjudicateur précise et annonce clairement dans le règlement de la consultation ses attentes en la matière (s'il souhaite, par exemple, tenir compte de l'incidence de cette provenance sur l'environnement).

c) Critère délai

La durée du marché ou le délai de réalisation sont généralement fixés par le pouvoir adjudicateur. Lorsque l'acheteur juge opportun de laisser aux candidats la liberté de proposer un délai plus court, il est nécessaire qu'il en apprécie le surcoût et que soient prévues des pénalités dissuasives pour le titulaire en cas de non-respect de ses engagements. Le DCE doit alors préciser que les pénalités seront calculées à compter du délai contractuel sur lequel s'est engagé le candidat et non à compter d'un délai maximum fixé en amont par le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, dans ce dernier cas, afin d'éviter d'attribuer le marché à un candidat qui aurait proposé un délai d'exécution qu'il ne lui serait manifestement pas possible de tenir, la commission propose que le critère délai soit assorti d'une note éliminatoire ; cette recommandation suppose que le mémoire produit par les candidats comporte la justification du délai envisagé.

d) Critères environnementaux

La protection de l'environnement est généralement prise en compte, soit dans les spécifications techniques, soit dans les critères de jugement des offres, valorisés dans une fourchette de 5 à 10 %.

Lorsque les services ont manifesté leur intention de prendre en compte l'impératif de développement durable, la commission leur a conseillé de déterminer précisément les informations demandées aux candidats afin d'apprécier si elles pouvaient être considérées comme liées à l'objet du marché et si elles étaient vérifiables comme, par exemple, pour un marché de véhicules, les consommations moyennes et les normes de motorisation et de pollution. Lorsque le produit a fait l'objet d'un écolabel, elle a rappelé que l'acheteur pouvait prévoir dans les conditions d'exécution du marché, le respect d'une partie des exigences du référentiel de l'écolabel et, par ailleurs, juger les offres au regard d'autres éléments de ce référentiel.

e) Critères sociaux

Le souci de favoriser le retour à l'emploi des personnes qui en sont éloignées conduit parfois les acheteurs publics à prévoir dans les critères de choix des offres un critère de performance en matière d'insertion professionnelle. Toutefois, un critère de cette nature ne peut être mis en œuvre que s'il présente un lien direct avec l'objet du marché. Si tel n'est pas le cas, son utilisation présente un risque contentieux qu'il ne faut pas sous-estimer. La commission le rappelle régulièrement. Il est donc recommandé aux acheteurs publics de bien étudier la nature du besoin avant de prévoir un critère de performance en matière d'insertion sociale et d'affecter une pondération raisonnable à ce critère.

La commission a rappelé, par ailleurs, qu'il était toujours possible de prévoir, en tant que conditions d'exécution, des clauses destinées à mettre en œuvre une démarche d'insertion sur la base des dispositions de l'article 14 du CMP, à la condition, toutefois, que ces clauses d'insertion n'aient pas d'effets discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

Par exemple, la commission a été amenée à examiner un projet de marché qui prévoyait la mise en œuvre d'un critère « Performance en matière d'insertion sociale ». Le marché envisageait de faire une application combinée des articles 53-I et 14 du code des marchés publics. En effet, l'article 53-I prévoit expressément la possibilité d'adopter comme critère « *les performances en matière d'insertion professionnelles des publics en difficulté* ».

S'agissant du critère de performances en matière d'insertion professionnelle, la commission a rappelé qu'il ne pouvait être mis en œuvre, comme d'ailleurs tous les critères de choix prévus par l'article 53-I précité, que s'il présentait un lien direct avec l'objet du marché, ce qui ne paraissait pas être le cas en l'espèce. Son utilisation présentait donc un risque contentieux, ce qui a amené la commission à déconseiller son utilisation dans le cas qui lui était soumis.

En revanche, pour ce projet de marché, il lui a semblé possible de prévoir, en tant que conditions d'exécution, des clauses destinées à mettre en œuvre une démarche d'insertion sur la base des dispositions de l'article 14 du code des marchés publics, à la condition, toutefois, que ces clauses n'aient pas d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Dans cette perspective, elle a conseillé au service de prendre contact avec les services spécialisés en matière de clauses sociales et de promotion de l'emploi dans les marchés publics (en particulier, le Service des Achats de l'État et l'association Alliance Villes Emploi).

Elle a observé que la renonciation à faire de la performance en matière d'insertion sociale un critère de choix des offres ne devait pas priver d'effet la volonté de favoriser l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi dans la mesure où le faible coefficient envisagé avait un caractère surtout symbolique et où l'objectif recherché pouvait tout aussi bien

être atteint en ne retenant que des conditions d'exécution sur la base plus solide de l'article 14 du code des marchés publics.

f) Critère moyens humains

Quelle que soit la procédure retenue, les capacités professionnelles des candidats et notamment les références doivent être examinées lors de l'examen des candidatures. Toutefois, si le service souhaite pouvoir apprécier les moyens humains affectés à l'exécution du marché, il doit d'abord vérifier si les compétences particulières des personnes chargées de l'exécution des prestations présentent un intérêt essentiel pour la qualité de son exécution puis demander comment ces moyens seront mis en œuvre pour assurer la qualité de la prestation.

La commission recommande dans ce cas (marchés de formation, par exemple), de demander les curriculum vitae de ces agents ou tout autre document permettant de justifier de leurs capacités professionnelles. Si ces agents sont désignés nommément dans le marché, il est nécessaire de prévoir qu'en cas de départ de l'un d'eux, il devra être remplacé, après accord du pouvoir adjudicateur, par un agent de niveau équivalent.

C. Le marché

1. Les acteurs : les opérateurs économiques

Selon les dispositions de l'article premier du CMP, les marchés publics sont conclus entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, celui-ci pouvant être public ou privé.

a) Les personnes publiques agissant en tant qu'opérateurs économiques

Rien ne s'oppose à ce qu'une personne publique soit elle-même opérateur économique si les règles de concurrence sont respectées. La commission a appelé l'attention des services sur un avis du Conseil d'État selon lequel le prix que propose une personne publique doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et ne pas avoir bénéficié pour sa détermination d'un avantage découlant des ressources ou des moyens attribués au titre de sa mission de service public.

Cependant, elle a déconseillé à un service de demander aux candidats publics ou aux groupements comprenant une entité publique, dans le dossier de leur offre, des informations sur les avantages financiers dont ils ont pu bénéficier. Elle a considéré qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur, au moment du jugement des offres, d'apprécier le caractère anormalement bas de certains prix, de demander aux candidats par écrit « les précisions qu'il juge utiles », et de vérifier les informations fournies. Si le candidat est une personne publique, il pourra être plus particulièrement invité à justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen approprié qu'il n'a pas utilisé pour l'établissement de son offre les moyens dont il bénéficie au titre de son statut particulier.

b) Pluralité d'opérateurs économiques

Un même marché peut être exécuté par plusieurs opérateurs. Il peut alors être fait appel à des groupements momentanés d'entreprises, dans les conditions prévues à l'article 51 du CMP.

Les groupements peuvent être conjoints ou solidaires.

Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membre du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations susceptibles de lui être attribuées dans le marché. Le

groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Il est régulièrement conseillé aux services acheteurs de procéder à une réflexion préalable sur le mode de dévolution choisi. S'ils estiment que les prestations peuvent faire l'objet de postes techniques différenciés, mais qu'il est souhaitable, pour des raisons techniques, de passer un marché unique, ils peuvent choisir la formule du groupement conjoint.

Ainsi, concernant un marché qui avait pour objet la réalisation et la maintenance d'un logiciel et d'un clausier juridique associé, la commission a observé que les prestations de service juridique ne pouvaient être réalisées que par des avocats ou des personnels habilités et qu'en conséquence, il serait souhaitable de prévoir des sections techniques pouvant être regroupées au sein d'un marché unique susceptible d'être attribué à un groupement conjoint sans demander à l'avocat d'être solidaire des autres membres du groupement.

La forme du groupement n'est pas sans incidence sur les modalités de règlement du marché. En cas de groupement conjoint, le règlement est effectué à chacun des cotraitants. En cas de groupement solidaire, si les prestations qui incombent à chaque membre peuvent être individualisées, au moins sous forme d'un pourcentage, le règlement peut être effectué sur des comptes distincts pour chacune des entreprises concernées. Si les prestations ne peuvent être individualisées, le versement des sommes dues n'est possible que sur un compte unique ou sur le compte du mandataire, à condition, toutefois, que les autres cotraitants aient donné pouvoir au mandataire d'encaisser les paiements.

c) Les conditions d'exécution des prestations et la protection de la main d'œuvre

L'acheteur public est de plus en plus sensible aux conditions dans lesquelles seront exécutées les prestations. La commission a rappelé que les CCAG dans leurs nouvelles versions prennent en compte ces éléments. Ils imposent notamment le respect des dispositions des huit conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) lorsque celles-ci ne sont pas intégrées dans les lois et règlements du pays où la main d'œuvre est employée.

Concernant un marché d'effets d'habillement, la commission a recommandé de demander aux candidats d'apporter la preuve de l'existence d'un système de prévention des risques liés au travail. A cet effet, elle a suggéré de décrire dans les CCTP les documents à fournir par les titulaires prouvant le respect des conventions de l'OIT, y compris si les prestations étaient réalisées par des sous-traitants. Elle a veillé également à ce que les CCAP soient clairs sur les renseignements à communiquer par les titulaires du marché concernant la protection de la main d'œuvre et les conditions de travail (liste des travailleurs étrangers, renseignements concernant les autorisations de travail, ...) ainsi qu'en fait obligation le code du travail.

La commission a examiné un marché dans lequel il était prévu que le titulaire devait, sur simple demande, fournir au pouvoir adjudicateur tous les renseignements permettant de vérifier que les obligations visant à assurer la protection de la main d'œuvre étaient bien respectées (y compris par les sous-traitants). Pour assurer l'efficacité de ces stipulations, la commission a recommandé d'indiquer dans le cahier des charges que le titulaire s'engageait à accepter et à faciliter, le cas échéant, un contrôle sur site de ces obligations par un tiers dûment mandaté à cet effet par le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, les conditions d'un contrôle sur place ne doivent pas constituer une entrave à la concurrence. Ainsi la commission a considéré que des dispositions visant à imposer la fabrication d'effets d'habillement dans un pays de l'Union européenne, afin de faciliter les visites en usine, pouvaient paraître discriminatoires par rapport aux entreprises des pays tiers. Elle a recommandé au service de renoncer à des clauses de cette nature mais a observé qu'il était

tout à fait possible d'imposer au titulaire d'indiquer le lieu d'exécution des prestations et de signaler tout changement au service acheteur, en précisant que ce changement devait être sans incidence sur le respect de l'ensemble des obligations contractuelles.

2. La détermination du prix et des conditions de paiement

a) Le coût global et l'appréciation du risque

Les pouvoirs adjudicateurs sont invités à effectuer le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un calcul économique intégrant la notion de coût global.

Cette notion peut prendre en compte également l'appréciation du risque.

Ainsi la commission a eu à examiner un marché de travaux concernant la réalisation d'un tunnel pour lequel le service avait souhaité mettre en place une telle démarche.

A cet effet la maîtrise d'œuvre avait réalisé, en complément de l'élaboration du devis estimatif, une analyse des risques identifiables, avait évalué leur probabilité d'occurrence, avait défini les solutions de couverture de ces risques et estimé leur coût. La contractualisation des prix correspondants avait pour objectif de minimiser les motifs de réclamation en cours d'exécution et d'aboutir à une meilleure maîtrise des coûts. Il était également laissé aux concurrents la possibilité de chiffrer des risques complémentaires qui n'auraient pas été envisagés par le maître d'œuvre.

Cette démarche a suscité quelques réserves de la part de la commission. Elle a considéré qu'il était inopportun de laisser aux concurrents la liberté de proposer et de chiffrer d'éventuels risques complémentaires, ceci n'étant pas compatible avec le principe d'égalité de traitement des candidats et un jugement équitable des offres. Elle a donc recommandé au service de demander aux concurrents en lieu et place du détail estimatif quantitatif des risques, un mémoire d'analyse de la nomenclature des risques proposés par le maître d'œuvre. Ce mémoire devait permettre aux concurrents de justifier les quantités estimées pour chacune des difficultés envisagées et de mentionner certaines d'entre elles qui auraient pu avoir été omises.

De même, la commission s'est montrée réservée sur l'établissement d'un plan de progrès et sur des clauses d'incitation à la performance dans un marché multi-services conclu après un dialogue compétitif, pour une durée de quatre ans. Le programme fonctionnel stipulait que chaque année le titulaire formulerait des propositions visant à optimiser la qualité du service et à réduire les coûts. Les candidats étaient invités à définir les conditions dans lesquelles ils souhaitaient faire bénéficier le pouvoir adjudicateur d'une partie de l'augmentation de leur marge en fixant le niveau de rétrocession des gains obtenus.

Consultée sur ces dispositions, elle a observé qu'elles n'avaient pas d'effet contraignant pour le titulaire et, qu'en outre, il appartenait à l'entreprise de tenir compte de l'évolution des coûts pendant la durée du marché pour établir une proposition financièrement intéressante.

La commission a également considéré que, dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre, la possibilité offerte aux candidats de proposer chacun un taux de tolérance semblait contraire aux principes de la commande publique dans la mesure où leurs offres ne pouvaient être établies, et donc jugées, sur des bases comparables.

b) La forme du prix

Les prix des prestations sont soit forfaitaires, soit unitaires. La réflexion sur les modalités d'établissement des prix relève de la responsabilité de l'acheteur.

S'agissant d'un marché multi-services comportant des prestations à prix forfaitaire et des prestations à commande, la commission a observé qu'il n'était pas souhaitable de demander aux

candidats de prévoir eux-mêmes la répartition entre les deux types de prestations et a recommandé au pouvoir adjudicateur d'établir lui-même le cadre de présentation des prix.

c) La variation des prix

Un marché économiquement intéressant dépend non seulement du prix constaté à l'ouverture des offres mais également des conditions dans lesquelles celui-ci est susceptible d'évoluer dans le temps.

Plusieurs remarques ont été formulées par la commission sur les modalités de variation des prix.

En application de l'article 18 du CMP, la formule retenue pour réviser les prix doit être représentative du coût de la prestation et tenir compte de la nature des différents éléments constituant l'objet du contrat. Ainsi, pour un marché comportant à la fois des prestations informatiques, des prestations d'études à nature juridique, des prestations de formation, et pour lequel les modalités de révision choisies ne tenaient compte que des prestations informatiques, la commission a conseillé au service d'établir une formule plus adaptée en introduisant par exemple un indice « salaire ». Elle a précisé que, lorsque qu'un marché comporte des prestations individualisées en postes techniques, il est nécessaire de prévoir une formule adaptée à chacun des postes.

La commission a rappelé que les modalités de variation des prix sont fixées par l'acheteur public et que, selon les dispositions de l'article 18 du CMP, la révision s'applique automatiquement selon la périodicité prévue au marché. Elle a donc considéré qu'il était inopportun de prévoir dans un contrat la possibilité de substituer des indices étrangers aux indices français ; laisser aux candidats une telle initiative ne permettrait pas de juger les offres dans des conditions d'égalité.

Dans plusieurs dossiers, la formule de révision des prix comportait un décalage de plusieurs mois de moins dans la lecture des index par rapport à la date d'établissement du prix initial. La commission a fait observer que cette disposition n'était pas conforme aux termes de l'article 18.IV du code des marchés publics qui dispose qu'un prix révisable a pour but de « *tenir compte des variations économiques* » par rapport à cette « *date d'établissement du prix initial* », ce que ne traduisait pas la formule proposée.

Concernant la variation des prix et la publication des indices, elle a rappelé que l'article 64 du CMP dispose que lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement définitif, le pouvoir adjudicateur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues.

3. Les documents de la consultation

a) La cohérence et l'intangibilité des pièces constituant le DCE

A de nombreuses reprises, la commission a invité les services acheteurs à veiller à la cohérence des documents constituant les dossiers de consultation des entreprises :

- cohérence entre l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation ; les avis d'appel à la concurrence doivent contenir au moins autant d'informations que les règlements de consultation en ce qui concerne les renseignements communs à ces deux documents et notamment ceux relatifs aux candidatures ; la commission a donc invité les services à veiller à l'identité de rédaction entre les rubriques correspondantes de ces deux documents ;
- cohérence de la définition et de la structure des prestations dans les différentes pièces du dossier (avis de publicité, règlement de la consultation, acte d'engagement, CCTP, CCAP, détail estimatif, bordereaux de prix unitaires, décomposition du prix global et forfaitaire) ;

- cohérence entre la liste des documents demandés, les critères de jugement des offres et les exigences du CCTP.

La commission a rappelé que le dossier de consultation, constitué des documents fixant les caractéristiques de la prestation à réaliser (CCTP) et les clauses administratives (CCAP) ainsi que ceux concernant les conditions d'évaluation des offres (RC), ne pouvait être substantiellement modifié avant la remise des offres, sauf à reprendre entièrement la procédure, dès lors qu'il a été communiqué aux candidats. Toutefois, des modifications ponctuelles peuvent être apportées ; il est alors conseillé de prévoir une date limite d'envoi de telles modifications. Le délai pendant lequel il est possible, pour le pouvoir adjudicateur, d'apporter des modifications au DCE doit tenir compte de la complexité du dossier et du temps nécessaire aux candidats pour y répondre.

b) L'avis de publicité

Premier acte de la passation d'un marché et condition déterminante de la transparence de la procédure, la publicité suscite toute l'attention de la commission afin d'éviter aux services, autant que faire se peut, les risques de contentieux. Elle est effectuée dans les conditions prévues à l'article 40 du CMP.

La commission a rappelé que, depuis le 1^{er} janvier 2010, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de publier sur leur profil d'acheteur les avis d'appel à la concurrence concernant les marchés dont le montant estimé est supérieur à 90 000€HT.

La plupart des marchés qui lui sont présentés relevant de la publicité européenne, la commission veille à ce que les avis comportent l'ensemble des informations demandées dans le règlement CE du 7 septembre 2005.

Les remarques le plus souvent formulées, comme les années précédentes, portent sur les points suivants :

- Rubrique I.2 « *Type de pouvoir adjudicateur et activité principale* » : il convient de mentionner l'activité principale du service acheteur.
- Rubrique III. 1 2 « *Modalités essentielles de financement et de paiement* » : il est possible de renvoyer aux dispositions du CMP relatives aux conditions de paiement mais il est indispensable de préciser les modalités de financement.
- Rubrique III. 2 « *Conditions de participation* ». La commission conseille :
 - de bien distinguer les informations à produire au titre de la recevabilité des candidatures (articles 43 et 44 1^o et 2^o du CMP) et celles permettant de vérifier les capacités des candidats (article 45 du CMP) ;
 - de choisir les renseignements demandés dans la liste figurant dans l'arrêté pris pour l'application de l'article 45 ;
 - s'agissant des marchés passés avec des avocats, il est précisé que, pour préserver le secret professionnel, les références nominatives ne peuvent être produites par les candidats qu'avec l'accord de leurs clients ;
 - si des niveaux minimum sont exigés, (chiffre d'affaires par exemple), la commission recommande qu'ils ne soient pas inutilement élevés.
- Rubrique III. 3. 1 « *Prestations réservées à une profession particulière* » : il convient d'indiquer dans cette rubrique les références des dispositions législatives, réglementaires ou administratives applicables au marché en cause. S'agissant des prestations à caractère juridique, la commission précise qu'il est utile de mentionner la loi n^o 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ainsi que, le cas échéant, le règlement intérieur du Barreau.

- Rubrique IV.3.7. « *Délai de validité des offres* » : lorsque la procédure de passation est ouverte, le délai minimum pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre doit être indiqué dans l'avis, même s'il figure par ailleurs dans le règlement de la consultation.
- Rubrique VI. 4 « *Procédure de recours* » : compte tenu de la complexité des voies de recours, accrue par l'introduction du référé contractuel dans le code de justice administrative, il est recommandé de ne pas remplir la rubrique VI-4-2 relative à l'introduction des recours mais de compléter la rubrique VI-4-3 relative à l'adresse du service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus.

c) Le règlement de la consultation ou du concours

Le règlement de la consultation ou du concours précise les modalités de la procédure et la façon dont seront jugées les offres. La commission a recommandé aux services acheteurs de définir avec précision la règle du jeu et les attentes du pouvoir adjudicateur dans ce document.

S'agissant des modalités de remise des offres, si celles-ci sont transmises par voie dématérialisée, la commission a invité les services à veiller au respect des dispositions de l'arrêté du 14 décembre 2009 et de celles figurant dans le guide pratique de la dématérialisation des marchés publics publié sur le site internet :

http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/index.htm

Elle a aussi préconisé d'indiquer dans le règlement que, si l'offre a été présentée sous forme d'un document numérisé ou sur un support physique électronique, l'attributaire devra confirmer son offre en fin de procédure sous forme d'un document papier signé.

Concernant le contenu des offres, la commission a rappelé que les documents demandés aux concurrents à l'appui de leur proposition doivent être en cohérence avec les critères retenus pour leur appréciation. Leur liste doit donc être clairement annoncée.

La commission a précisé que, lorsque le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de contractualiser tout ou partie du mémoire technique du candidat lors de la mise au point de l'offre, il est conseillé de l'annoncer. En effet, dès lors que le jugement de l'offre ne se fait pas uniquement sur le prix, les propositions des entreprises sont appelées à être intégrées ensuite dans le cahier des charges pour devenir des obligations qui viendront s'ajouter aux stipulations du cahier des charges (ou les remplacer dans le cas des variantes). Il en résulte que ces informations doivent être formulées de manière à donner lieu à un engagement de l'entreprise – dont le non-respect peut être sanctionné – ou constituer des informations qui seront appréciées au moment du jugement de l'offre. Elles ne peuvent donc porter que sur des éléments vérifiables.

En tout état de cause, le règlement de la consultation doit être rédigé avec le plus grand soin car les irrégularités affectant la procédure d'attribution sont susceptibles d'être sanctionnées par le juge.

4. Les pièces contractuelles

a) L'acte d'engagement

L'acte d'engagement est la pièce maîtresse du marché, signée du candidat, dans laquelle il présente son offre dans le respect du cahier des charges. En effet, en signant l'acte d'engagement, le candidat adhère aux clauses et spécifications du marché figurant dans le CCAP et le CCTP, ce qui le dispense de signer ces documents.

La commission a rappelé qu'il est indispensable que les actes d'engagement aient un contenu précis, afin de permettre aux entreprises de savoir comment est constituée l'offre :

- pour les marchés à prix forfaitaire : les actes d'engagement peuvent être accompagnés d'une décomposition du prix qui n'a pas de valeur contractuelle sauf dispositions contraires concernant les prix d'unité ;
- pour les marchés à bons de commande : les prix figurent dans un bordereau de prix annexé à l'acte d'engagement ; l'acte d'engagement lui-même doit faire mention du minimum, du maximum ou encore de l'absence de minimum et de maximum ;
- pour les marchés à prix unitaires : les prix figurent également dans un bordereau des prix annexé à l'acte d'engagement, ce dernier ne comportant qu'un montant évaluatif ;
- pour les marchés en groupement conjoint comportant des parties techniques distinctes : chacune des parties techniques doit faire l'objet d'un prix ;
- pour les marchés à tranches conditionnelles : l'acte d'engagement doit indiquer le montant de chacune des tranches.

S'il s'agit de marchés comportant à la fois une partie ferme et une partie à bons de commande et éventuellement des prestations complémentaires ou additionnelles, ces différents éléments doivent être clairement identifiés dans l'acte d'engagement.

Lorsque le marché est susceptible d'être attribué à un groupement d'opérateurs économiques, il est nécessaire de prévoir des projets d'acte d'engagement adaptés au choix retenu par le pouvoir adjudicateur (entreprise unique, groupement conjoint, groupement solidaire). Si les prestations sont scindées en plusieurs lots pour des prestations identiques – par exemple dans le cas de « lots géographiques » – mais ne donnent lieu qu'à un seul CCAP ou à un seul CCTP, il est impératif qu'un acte d'engagement soit établi pour chacun des lots. Toutefois, si plusieurs lots sont attribués au même titulaire, il est possible de n'établir qu'un seul acte d'engagement lors de la mise au point des offres.

b) Le cahier des charges

D'une manière générale, la commission a été souvent amenée à attirer l'attention des acheteurs sur l'incidence que les différents choix qui sont faits au fur et à mesure de la préparation du marché peuvent avoir sur le jeu de la concurrence et l'économie des contrats. Ont été ainsi évoqués, outre l'absence de minimum et de maximum dans les marchés à bons de commande, les obligations des membres d'un groupement solidaire ou des spécifications techniques trop exigeantes.

Elle leur a donc souvent conseillé de procéder à un revue complète du dossier de consultation afin d'apprécier, avant le lancement de la consultation, l'importance du travail d'établissement des offres qui est demandé aux candidats. Elle a ainsi recommandé :

- de regrouper dans le CCAP toutes les stipulations permettant la gestion du marché (délais, paiement, passation des commandes, résiliation si nécessaire, ...) ;
- de ne garder dans le CCTP que les spécifications techniques qui s'appliqueront à l'exécution du contrat et de ne pas y inclure des prestations relevant du règlement de la consultation ;
- de fournir, en revanche, aux candidats, en annexe au règlement de consultation, un cadre de réponse établi à partir du CCTP et qui permet pendant l'exécution de tenir compte des compléments apportés par l'offre du candidat retenu.

• Le CCAP

Certaines clauses du marché ont suscité plus particulièrement les observations de la commission.

- Sur la liste des documents contractuels

Les acheteurs s'interrogent parfois sur le choix du CCAG le plus approprié au marché en cause. Ainsi, pour un marché d'exploitation et de maintenance d'un patrimoine immobilier, la commission a considéré que, s'agissant d'un marché ayant principalement pour objet des prestations de services, il était préférable de faire référence au CCAG-FCS et d'introduire dans le CCAP les dispositions du CCAG-Travaux pouvant être considérées comme pertinentes. De même, pour un marché comportant à la fois des prestations informatiques et des prestations d'études, la commission a recommandé de viser le CCAG-Techniques de l'information et de la communication (TIC) et de prévoir des clauses spécifiques de réception pour la partie « études » du marché.

Les normes, qui ne sont pas d'application obligatoire, doivent être citées de manière expresse et exhaustive. La commission rappelle régulièrement que leur mention doit être accompagnée de la mention « ou équivalent ».

Lorsque les CCAP ajoutent des pièces particulières qui ne sont pas prévues aux CCAG et lorsque ces ajouts modifient l'ordre de priorité des pièces, il convient de déroger à l'article correspondant du CCAG.

- Sur les délais de réalisation et l'admission ou la réception des prestations

Lorsqu'un marché comporte des prestations diverses, il est utile de préciser pour chacune d'entre elles le mode de calcul des délais de réalisation, les modalités d'admission ou de réception des prestations ainsi que le point de départ des délais de paiement. Pour les marchés à tranches conditionnelles, il convient de préciser les délais maximum d'affermissement des tranches.

- Sur les clauses de paiement et les avances

La commission a recommandé aux services acheteurs de s'assurer que les clauses de paiement figurant dans les CCAP étaient conformes aux CCAG de référence.

La commission a rappelé que la périodicité des paiements ne doit pas faire obstacle à la vérification du service fait. Elle a observé que lorsqu'il est prévu un échelonnement de l'exécution d'un marché par phases techniques assorties de versements correspondants, le service fait ne peut-être certifié qu'après livraison ou après vérification de la réalité de l'exécution de la totalité des prestations prévues.

Les modalités relatives au versement des avances figurent dans l'article 87 du CMP. Toutefois, il est nécessaire d'indiquer dans le CCAP le taux de l'avance susceptible d'être versée au titulaire puisque l'article 87.III laisse la possibilité de fixer un taux supérieur à 5%. S'agissant de marchés à tranches conditionnelles comportant une partie à bons de commande, la commission a recommandé de prévoir dans le marché les modalités de versement de l'avance pour chaque tranche en distinguant la partie forfaitaire et la partie à bons de commande.

Elle a rappelé que les sous-traitants admis au paiement direct ont droit au versement d'une avance dès la notification du marché ou de l'acte spécial par le pouvoir adjudicateur. Le remboursement de cette avance s'effectue selon les mêmes modalités que l'avance accordée au titulaire, par prélèvement sur les sommes dues aux sous-traitants.

Le paiement des marchés examinés par la commission est généralement effectué en euros. Toutefois pour un marché pour lequel le paiement pouvait être effectué en dollars, la commission a observé que, le marché comportant un certain nombre de références (CMP, CCAG) exprimées en euros, il paraissait souhaitable d'indiquer dans quelles conditions de change les montants en dollars pourraient être comparés aux montants en euros figurant dans ces documents.

- Sur les pénalités et les primes

Les pénalités doivent sanctionner des manquements précis. La commission a donc recommandé de prévoir dans les CCAP les modalités de constat du retard ou du défaut d'exécution ainsi que celles concernant le calcul des pénalités. Elle a rappelé à plusieurs reprises qu'elles devaient être appliquées dès lors que les conditions étaient remplies et qu'il n'y avait pas lieu de les plafonner.

La commission a rappelé également que, sauf dérogation, les CCAG approuvés en 2009 disposent que, une fois le montant des pénalités et des primes déterminé, la formule de variation prévue au marché leur est appliquée. Cette disposition impose que le CCAP mentionne la dite formule de variation et, en particulier, l'indice qui y sera applicable.

- Sur l'application des CCAG approuvés en 2009

En application de l'article 3.1 des CCAG, la commission a suggéré de prévoir dans les CCAP les modalités précises d'utilisation des moyens dématérialisés ou des supports électroniques pour la transmission des écrits et communications au titulaire par les représentants du pouvoir adjudicateur. En outre, elle a proposé par réciprocité, que des dispositions soient prévues pour les transmissions de même nature du titulaire aux représentants du pouvoir adjudicateur.

Concernant les marchés de travaux, la commission a attiré l'attention des services sur l'exigence de mentionner dans les pièces particulières du marché le nom et l'adresse du maître d'œuvre, en application de l'article 2 du CCAG-Travaux.

La commission a également observé que l'article 28.1 du CCAG-Travaux fixe à deux mois la durée de la période de préparation et qu'en conséquence, si le marché prévoit une durée différente, il s'agit d'une dérogation qui doit être mentionnée.

Le CCAG-Travaux approuvé en 2009 impose au maître d'œuvre des délais de réponse et des obligations nouvelles ; la commission a donc recommandé aux services, dans plusieurs cas, de s'assurer que ces dispositions nouvelles soient prises en compte dans les documents particuliers du marché de maîtrise d'œuvre, cette prise en compte pouvant s'effectuer soit en introduisant les nouvelles stipulations du CCAG-Travaux, soit en prévoyant des stipulations différentes ; dans cette dernière hypothèse, elle a attiré l'attention des services sur la nécessité de garder trace de ces dispositions afin d'intégrer, ultérieurement, dans les documents particuliers du ou des marchés de travaux, les dérogations au CCAG-Travaux ainsi introduites dans le marché de maîtrise d'œuvre.

Comme indiqué précédemment, l'exécution des marchés de conception-réalisation n'impliquant pas de maître d'œuvre au sens de la « loi MOP », la commission a rappelé la nécessité de prévoir des dérogations spécifiques au CCAG-Travaux pour tous les articles mentionnant le maître d'œuvre.

- Sur les dérogations au CCAG

La commission a rappelé que celles-ci doivent être expressément mentionnées dans chacun des articles concernés et rappelées dans le dernier article du CCAP.

Elle a aussi attiré l'attention des services sur les conséquences, notamment pour les marchés de travaux, des dérogations apportées aux articles du CCAG sur l'application des autres articles qui s'y réfèrent.

- Le CCTP – Le programme fonctionnel

Les spécifications techniques traduisent les besoins de l'acheteur et les obligations du titulaire. Toutes les exigences du CCTP devraient donc être respectées. C'est pourquoi la commission a

fait observer qu'il était inopportun d'introduire des différenciations entre les diverses spécifications (obligatoires, recommandées, ...).

Lorsque les prestations font l'objet de plusieurs lots, rien ne s'oppose à ce qu'un seul CCTP soit établi pour l'ensemble des lots mais il est impératif que les prestations à réaliser au titre de chacun des lots et dont les caractéristiques sont différentes soient clairement identifiées.

La commission a invité les services à porter attention aux termes employés pour définir les prestations attendues et à éviter les mentions telles que « mise à disposition de personnel » sous peine de voir le contrat requalifié en prêt de main d'œuvre, pratique interdite par les articles L 8241-1 et L 8241-2 du code du travail et sévèrement sanctionnée par la justice. Elle a donc recommandé aux services de remplacer des dispositions de cette nature par des prestations d'unité d'œuvre incluant aussi bien les coûts de main d'œuvre que les autres coûts (frais de matériel, frais généraux...).

S'agissant des programmes fonctionnels, établis dans le cadre des marchés passés selon la procédure de dialogue compétitif, la commission a précisé que ceux-ci doivent comporter l'ensemble des spécifications techniques que les candidats sont tenus de respecter, car ils constituent une partie des futurs CCTP applicables aux marchés après qu'ils ont été complétés par les propositions des entreprises. La fixation dans ces programmes des performances minimales attendues des candidats leur permet de remettre une proposition initiale respectant ces exigences afin de faire porter le dialogue sur les aspects du dossier qui font l'objet des critères de choix. D'une manière plus générale, elle recommande de veiller particulièrement à la rédaction de ce document car la qualité des propositions faites par les candidats en dépend.

CONCLUSION

La commission dispose d'atouts qui la mettent particulièrement à même d'exercer sa mission d'intérêt général.

Ces atouts sont :

- le caractère interministériel de sa composition et l'ouverture aux collectivités territoriales ;
- la connaissance de l'achat public détenue par ses membres ainsi que les qualifications des secrétaires techniques qui ont une expérience concrète des marchés publics ;
- la réactivité : le délai d'examen des dossiers d'un mois maximum laissé par le décret du 22 octobre 2009 est, dans la pratique, très inférieur ;
- la disponibilité et la capacité d'écoute ;
- les liens étroits entretenus avec la direction des affaires juridiques, aux travaux de laquelle participent les agents de la CCMP ;
- la nature de ses missions, qui lui permettent d'avoir une approche globale de chaque projet de marché.

L'ambition de la commission est de répondre au souci exprimé par les acheteurs public de bénéficier de conseils leur permettant de passer et d'exécuter leurs marchés dans les conditions économiques et juridiques les meilleures possibles.

Les évolutions législatives et réglementaires

En 2010 la réglementation des marchés publics n'a pas été sensiblement modifiée. Il convient toutefois de mentionner les textes suivants :

Décret et arrêté du 31 décembre 2009 modifiant les seuils de procédure de passation des marchés

Décret n° 1010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique

Ce décret abroge notamment l'article 73 du CMP relatif aux marchés de définition et les articles du code qui s'y réfèrent.

Décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends et litiges relatifs aux marchés publics

Ce décret abroge et remplace le décret n°2010-797 du 3 septembre 2001. Ses dispositions simplifient la saisine et le fonctionnement des CCRA afin d'améliorer le service rendu aux acheteurs publics et aux entreprises.

Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés

Il précise les règles applicables à la publication par voie électronique des documents de la consultation, celles applicables à la transmission des candidatures et des offres ainsi que les conditions dans lesquelles les acheteurs publics doivent assurer la sécurité des procédures électroniques de transmission.

Ordonnance n° 2010-137 du 11 février 2010 portant adaptation du droit des contrats relevant de la commande publique passés par l'État et ses établissements publics en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna

Cette ordonnance étend aux trois collectivités du Pacifique les dispositions législatives suivantes :

- la loi n° 85-704 du 12 juillet 1995 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;
- les articles 38 à 41 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;
- les articles 54 et 55 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ;
- certaines dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;
- certaines dispositions de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

Les outils à l'usage des acheteurs publics

Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics

Cette circulaire, rendue nécessaire par les modifications du CMP intervenues en 2009 et l'institution du référé contractuel, abroge et remplace la circulaire du 30 août 2006 prise pour l'application du code des marchés publics.

Guide pratique de la dématérialisation

Ce guide, qui n'a pas de portée réglementaire, est un outil à l'usage des acheteurs publics pour la mise en œuvre de leurs échanges dématérialisés. Il permet aux acheteurs publics d'en savoir plus sur le cadre réglementaire, la définition du profil d'acheteur, la sécurisation des procédures, les conditions de mise en ligne des documents, la notification dématérialisée des marchés, ...

Guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »

Ce guide, paru en 2007, et qui a pour but de répondre de façon concrète aux questions que se posent les acheteurs publics soucieux d'introduire dans leurs marchés des clauses d'insertion sociale, a été mis à jour en décembre 2010.

Nouveaux formulaires

A l'automne 2010, de nouveaux formulaires actualisés pour tenir compte des évolutions réglementaires et de la dématérialisation des procédures, simplifiés et opérationnels, et accompagnés de notices explicatives, ont été mis à la disposition des acheteurs. Il s'agit :

- des quatre formulaires DC (Déclaration des candidatures)
- des onze formulaires OUV (Ouverture des plis)
- des neuf formulaires NOTI (Notification des marchés).

Les évolutions jurisprudentielles

La jurisprudence parue durant l'année 2010 a permis plusieurs avancées, tant par elle-même que par les réflexions et les suggestions complémentaires qu'elle suscite, pour améliorer la sécurité des marchés. Dans cet ordre d'idées :

- le régime juridique des recours en référé précontractuel et contractuel dessine maintenant un tableau de plus en plus net ; la jurisprudence vient compléter la législation sur certains points essentiels ; pour les dernières zones d'ombre, quelques conseils complémentaires tels que ceux qui vont être donnés ici-même permettront à l'acheteur, au prix d'un minimum de prudence, de limiter les risques qui pourraient subsister encore ;
- l'utilisation des écolabels a donné lieu à une première jurisprudence de principe : le tribunal administratif de Montreuil a condamné une commune qui avait demandé aux candidats des attestations de conformité à des écolabels alors même que, pour certains des produits recherchés, aucun écolabel n'existait ; ce jugement fournit l'occasion de faire le point sur la manière selon laquelle l'acheteur public peut s'assurer qu'il existe des écolabels pour les produits qu'il envisage d'acheter, sur le contenu de ces écolabels et sur les entreprises labellisées ;
- enfin, une revue générale rappellera les autres jurisprudences signalées.

A. Du référé précontractuel au référé contractuel

L'année 2010 a vu paraître les premières jurisprudences appliquant l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, qui transposent la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 11 décembre 2007 relative aux recours applicables aux contrats de la commande publique.

Les textes précités renforcent l'efficacité du référé précontractuel ; ils créent aussi un nouveau recours, le référé contractuel.

Ces deux types de référé présentent entre eux des différences substantielles tenant aux conditions de la saisine, aux pouvoirs du juge, et, surtout, aux conséquences encourues par l'administration. Celles-ci sont plus graves dans le cas du référé contractuel, puisque le marché contesté existe et ne peut disparaître sans conséquences dommageables.

Il importe donc que l'administration fasse en sorte de ne pas s'exposer à des sanctions consécutives à un référé contractuel.

Elle peut toujours s'en protéger, soit en s'acquittant des obligations de publicité et de transparence prévues par la réglementation (cas général), soit en faisant paraître un avis de publicité volontaire dit « ex ante » dans certains cas où la réglementation n'a pas prévu de publicité obligatoire au moment de l'attribution (procédures adaptées par exemple). La publication d'un avis d'attribution, en procédure adaptée ou après l'attribution de marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, peut également avoir un intérêt puisqu'il permet de limiter la durée pendant laquelle le pouvoir adjudicateur peut être attaqué en référé contractuel.

1. Le renforcement du référé précontractuel

a) Les conditions de ce référé

Le juge peut être saisi d'un référé précontractuel avant la conclusion du contrat en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CJA art. L 551-1). Les personnes habilitées à engager un tel recours sont celles qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le préfet dans le cas des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux (CJA art. L 551-10).

b) Le renforcement de son efficacité

L'efficacité du référé précontractuel a été renforcée par les mesures suivantes :

- création (dans les conditions prévues par l'article 80 du CMP et sous réserve des exceptions prévues au III de cet article) d'un délai de seize jours (11 en cas de transmission électronique) entre la date de l'envoi de la lettre notifiant le rejet des offres et la signature du marché ; ce délai est destiné à permettre le dépôt d'une requête en vue d'un référé précontractuel ;
- caractère suspensif de ce dépôt : le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du Tribunal administratif et jusqu'à ce qu'il se soit prononcé (CJA art. L 551-4) ; le juge dispose de vingt jours pour se prononcer à partir du moment où il est saisi (CJA art. R 551-5) ;
- création d'une procédure de transparence volontaire dans des cas où l'administration pourrait légalement ne pas faire connaître son intention de conclure le marché (CJA art. L 551-15, CMP art. 40-1 et 80, 3°) ; cette transparence rend possible (matériellement) un référé précontractuel et empêche (juridiquement) un référé contractuel ;
- création d'un référé contractuel dont les cas d'ouverture sont restreints et s'analysent pour la plupart comme consistant à rendre aux candidats malheureux la possibilité de saisir le juge du référé, dans les cas les plus graves, quand ils ont été privés de la possibilité de déposer un référé précontractuel.

Ce renforcement du référé précontractuel s'observe aussi du côté du juge. Par exemple :

- dans un arrêt (CE, 10 novembre 2010, Ministère de la Défense, n° 341132), le Conseil d'État considère comme recevable le recours en référé précontractuel d'une entreprise qui avait pourtant omis de le notifier à l'administration comme elle aurait dû le faire en application de l'article R. 551-1 du code de justice administrative ; il motive son arrêt en ces termes : « ... ces dispositions, prévues dans l'intérêt de l'auteur du référé en vue d'éviter que le marché contesté ne soit prématurément signé par le pouvoir adjudicateur resté dans l'ignorance de l'introduction d'un recours, ne sont pas prescrites à peine d'irrecevabilité de ce recours ... »
- dans un autre arrêt (CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, n° 340944), la même juridiction accepte la transformation d'un référé précontractuel en référé contractuel au motif que la requérante n'avait pas été informée du rejet de son offre et ignorait que le marché avait été notifié, et que, dans ces conditions, un référé précontractuel ne pouvait qu'être dépourvu d'effet utile.

Ce renforcement se concilie avec le souci de ne pas apporter de perturbations injustifiées. Ainsi, lorsque le juge du référé constate un manquement au stade de l'offre, il ne peut procéder à l'annulation de phases antérieures à l'examen de ces dernières (CE, 12 janvier 2001, Département du Doubs, n° 343324).

En outre, l'article L 151-2, prévoit la prise en considération de l'intérêt public. A ce titre, dans un jugement du TA de Paris (23 juillet 2010, THK, n° 1012902), une entreprise se voit donner raison sur plusieurs points mais elle est quand même déboutée car la nature du marché envisagé correspond à une urgence de terrain réelle (affrètement de bombardiers d'eau en période de feux de forêt).

c) Les risques encourus par l'administration et la préférence à donner au risque de référé précontractuel

Quand une requête en référé précontractuel reçoit satisfaction, les pouvoirs du juge, énumérés à l'article L 551-2 du CJA s'analysent comme un très large pouvoir, de suspension, d'annulation et d'injonction touchant des décisions préalables qui se rapportent à la passation du marché, ou de suppression de certaines clauses du contrat. Le juge prend en outre en considération l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés par sa décision, y compris l'intérêt public. Les inconvénients encourus par l'administration s'analysent principalement comme des retards liés à l'obligation de corriger un dossier défaillant ou de recommencer tout ou partie de la procédure. On comparera ces sanctions potentielles à celles du référé contractuel, nettement plus étendues. Cette comparaison faite, on ne peut que donner aux acheteurs le conseil de ne pas chercher à se soustraire à un référé précontractuel. Ce qui veut dire, dans le cas général, que l'administration doit simplement respecter ses obligations légales touchant la publicité, l'observation du délai de signature du marché et l'interdiction de signer un marché attaqué en référé précontractuel.

d) L'avis de transparence ex-ante volontaire

Cependant, il arrive que le respect par l'administration de ses seules obligations légales ne suffise pas à permettre aux entreprises s'estimant lésées de déposer un référé précontractuel. Tel est le cas lorsque le marché potentiellement litigieux est légalement dispensé de certaines obligations de publicité ou d'information (procédures adaptées, marchés négociés passés en application de l'article 35-II, marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique). Dans de tels cas, l'administration n'est pas en faute par rapport à ses obligations de publicité, et pourtant elle risque quand même un référé contractuel sauf si elle décide de se placer sous le régime de l'article L 551-15 du CJA.

Cet article organise une transparence volontaire qui facilite bien évidemment le dépôt d'une éventuelle requête en référé précontractuel. En contrepartie, elle supprime la possibilité du recours en référé contractuel. L'article L 551-15 s'applique dans des cas où l'administration a volontairement rendu publique son intention de passer le contrat alors qu'elle n'y était pas obligée, et qu'elle a observé ensuite un délai de onze jours avant de signer le marché.

Les modalités d'application de l'article L 551-15 du CJA sont précisées aux articles 40-1 et 80 3° du code des marchés publics. Elles se matérialisent par un avis prévu à l'article 40-1, qui doit paraître au Journal Officiel de l'Union Européenne (sans obligation de publicité nationale) et être conforme au modèle appelé « Avis en cas de transparence ex-ante volontaire » figurant à l'annexe III du règlement CE n° 1150/2009 publié au JOUE du 28 novembre 2009 et accessible sur le site européen Simap à l'adresse suivante : http://simap.europa.eu/buyer/forms-standard/index_fr.htm

2. Le référé contractuel, procédure subsidiaire

Le référé contractuel vise des contrats déjà conclus. En conséquence, si la requête reçoit satisfaction, les conséquences en sont lourdes, puisque le marché existe, qu'il a un titulaire et qu'il peut être en cours d'exécution. Il n'existe donc, par construction, pas de possibilité de sanction non dommageable, ou faiblement dommageable.

a) Les conditions de ce référé

Pour pouvoir déposer un référé contractuel, les conditions, fixées par les articles L 551-14 et L 551-15 du CJA, sont les suivantes (pour un opérateur économique) :

- avoir intérêt à conclure le contrat ;
- être susceptible d'être lésé par des manquements aux obligations de publicité et de concurrence ;
- ne pas avoir fait usage du référé précontractuel (sauf si l'administration a signé le marché en méconnaissance de l'article L 551-4 ou si elle ne s'est pas conformée à la décision juridictionnelle).

Le référé contractuel est également exclu, pour les procédures adaptées, les marchés négociés de l'article 35-II et les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, si l'administration s'est placée sous le régime de l'article L 551-15.

Le représentant de l'État peut lui aussi attaquer un marché de collectivité territoriale ou d'établissement public local en référé contractuel.

b) Les risques encourus par l'administration

Le recours en référé contractuel n'ouvre en principe pas la possibilité de demander des dommages intérêts (art. L 551-16) et n'est pas automatiquement suspensif (art. L 551-17).

Le juge prononce la nullité du contrat dans des cas limitativement énumérés à l'article L 551-18, à savoir :

- quand aucune des mesures de publicité prescrites n'a été prise ;
- ou quand une publication au JOUE aurait dû être faite et ne l'a pas été ;
- ou si l'administration n'a pas respecté le délai exigé pour la signature du marché ;
- ou si elle n'a pas respecté la suspension après dépôt du recours, et qu'en outre deux conditions supplémentaires sont remplies : le demandeur a été empêché de déposer un recours précontractuel et les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues d'une façon qui a affecté ses chances de remporter le contrat.

Toutefois, l'article L 551-19 prévoit des sanctions alternatives si la nullité du marché se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général : résiliation du contrat, réduction de sa durée ou pénalité financière au profit du Trésor Public (pénalité pouvant aller jusqu'à 20 % du montant du marché en application de l'article L 551-22).

L'article L 551-20 concerne les cas spécifiques de non-respect du délai qui doit séparer l'attribution du marché de sa signature, ou de non-respect du caractère suspensif du référé précontractuel. Dans les cas prévus à l'article L 551-20, les sanctions possibles sont les suivantes : annulation ; résiliation ; réduction de la durée du marché ; application d'une pénalité financière au bénéfice du Trésor Public

Certaines sanctions peuvent être prononcées d'office par le juge.

La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. En l'absence de la publication de cet avis ou de cette notification, le délai est de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat (CJA art. R 551-7).

Le juge dispose d'un mois pour se prononcer (CJA art. R 551-9).

Les référés contractuels, de même que les référés précontractuels, sont susceptibles de recours en cassation.

c) Une entreprise a-t-elle le choix entre les deux types de référé ?

Une entreprise pourrait-elle s'abstenir volontairement, par stratégie, de déposer un référé précontractuel pour pouvoir plutôt déposer un référé contractuel ? La réponse est nuancée. Une telle stratégie n'est pas expressément interdite, mais à l'analyse, on imagine peu de cas dans lesquels elle pourrait être à la fois matériellement possible et efficace. En effet, le juge ne peut prononcer de sanctions que dans les cas suivants (articles L 551-18 à L 551-20) :

- l'administration n'a procédé à aucune des publicités requises (dans ce cas, les entreprises n'ont pas eu l'information qui leur permettrait de déposer un référé précontractuel et la question du choix ne se pose pas) ;
- la publicité au JOUE était prescrite et a été omise (dans un tel cas, mais c'est une exception, on peut effectivement imaginer que l'entreprise qui s'estime lésée connaisse l'existence du marché par la publicité nationale et qu'elle puisse donc, matériellement, choisir de déposer un référé précontractuel tout de suite ou un référé contractuel plus tard) ;
- ont été méconnues les modalités de remise en concurrence dans le cas d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique ;
- le marché a été signé avant l'expiration du délai qui doit suivre la décision d'attribution (dans un tel cas, les entreprises non retenues ne connaissent pas l'existence du marché avant sa signature, et la question du dépôt d'un référé précontractuel ne se pose donc pas) ;
- un référé précontractuel a été déposé mais l'administration a quand même signé le marché.

A ces conditions, largement liées à l'idée d'impossibilité matérielle ou de mise en échec du référé précontractuel, on ajoutera que les sanctions prévues, si elles sont très pénalisantes pour l'administration, n'apportent guère d'avantages immédiats au requérant, puisque l'annulation du marché ne lui profite pas automatiquement (même observation pour la résiliation du marché ou la réduction de sa durée), et que les pénalités financières prévues sont versées au Trésor Public et non à l'entreprise lésée. Celle-ci garde bien sûr la possibilité de faire ensuite un second recours, de plein contentieux, pour obtenir des dommages-intérêts ; mais, si elle cherchait à obtenir le marché, mieux valait agir en amont, en référé précontractuel.

2. Jurisprudence relative au référé contractuel

La jurisprudence concernant des référés contractuels a commencé à paraître. On peut citer les décisions et jugements suivants :

✓ Conseil d'État, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, n° 343435

Cet arrêt, qui concerne un marché en procédure adaptée passé par une entité adjudicatrice, rappelle que les manquements susceptibles d'être invoqués sont limitativement définis.

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

remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

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

✓ Tribunal administratif de Lille, 22 juin 2010, Applications Concept, n° 1003569

Ce jugement insiste sur le caractère limitatif des possibilités ouvertes par le référé contractuel ; il souligne que *« les articles L 551-18 à L 551-20 du code de justice administrative énoncent précisément les hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel doit ou peut faire usage des pouvoirs qui lui sont dévolus ; qu'ils doivent être regardés comme énumérant limitativement les manquements pouvant être utilement invoqués devant ce juge »*.

✓ Tribunal administratif de Rennes, ordonnance du 5 novembre 2010, Société Climatech Ouest c/ Perros Guirec, n° 1003988

Ce jugement insiste aussi sur le caractère précis et limitatif des cas dans lesquels le juge du référé contractuel peut être utilement saisi ; en l'occurrence, il aurait fallu que l'administration n'ait procédé à aucune des mesures de publicité requises ; or, elle avait procédé à une publicité sur son profil d'acheteur ; les conditions qui permettraient au juge de la sanctionner n'étaient donc pas réunies, même si la publicité effectuée était insuffisante et défectueuse à maints égards.

✓ Tribunal administratif de Rennes, ordonnance du 13 septembre 2010, Société Botrel c/ Brest métropole, n° 1003208

Une entreprise avait saisi le juge du référé précontractuel contre un projet de marché d'un OPHLM. Celui-ci aurait donc dû suspendre la signature de ce dernier en attendant la décision du juge. Ce qu'il ne fit pas. Il signa le marché sans attendre le jugement. Il fut sanctionné par une pénalité financière de 60 000 euros à verser au Trésor public.

Un autre aspect intéressant de cette ordonnance tient au travail de réflexion théorique opéré par le juge de Rennes pour différencier le cas général des référés précontractuels (ceux dépendant des articles L 551-18 et L et L 551-19) du recours particulier prévu à l'article L 551-20.

Ce juge cite le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et il en déduit qu'*« en cas de manquements à ses obligations de publicité et de mise en concurrence constatés lors de la passation, mais n'atteignant toutefois pas une gravité telle qu'ils affectent les chances de l'auteur du recours d'obtenir le marché, le juge du référé contractuel, saisi en cas de signature de ce marché pendant la suspension prévue à l'article L 551-4 du code de justice administrative, peut néanmoins sanctionner le pouvoir adjudicateur qui a commis ces manquements en prononçant l'une des mesures qu'il choisit parmi celles prévues à l'article L 551-18 précité ; que c'est seulement si l'auteur du recours démontre que ces manquements ont affecté ses chances d'obtenir le marché que le juge est alors tenu, réserve faite des prescriptions de l'article L 551-19, de prononcer la nullité du marché »*.

B. Savoir utiliser les écolabels

Un jugement du tribunal administratif de Montreuil vient de rappeler que, si l'administration souhaite définir certaines caractéristiques environnementales du marché par référence à un écolabel, elle doit d'abord s'assurer qu'un tel écolabel existe pour le produit recherché. Il lui

faudra aussi connaître l'état de la concurrence, ici la liste des entreprises labellisées, et savoir aussi quel est le contenu du référentiel sur lequel l'écolabel s'appuie afin de pouvoir apprécier les certifications (écolabel ou équivalent) que les candidats produiront. Cette recherche d'information commence par la connaissance des adresses utiles.

1. Le jugement du TA de Montreuil

Dans un jugement en date du 17 novembre 2010, Société Direct Impression, n°1011171, le Tribunal administratif de Montreuil a eu à se prononcer sur un cas d'utilisation des écolabels. Il eut l'occasion de condamner une commune en considérant que :

« ... la SOCIÉTÉ DIRECT IMPRESSION établit, par les pièces qu'elle fournit au dossier, que ne bénéficie d'un écolabel que deux types de papiers sur les neuf nécessaires à la réalisation des travaux d'impression objets du lot n°1 et, qu'en l'état actuel, il n'existe pas d'écolabel portant sur les encres et solvants utilisés en matière d'imprimerie offset des types de documents concernés par ce lot ; que cette circonstance faisait obstacle à ce que les candidats puissent remettre des attestations conformes à ce qu'exigeait le règlement de la consultation (...) dans ces conditions, et quelle que soit l'appréciation que la commune d'Aulnay-sous-Bois pouvait porter sur le caractère insuffisant des éléments figurant dans les documents joints à l'offre de la société requérante, elle ne pouvait estimer que cette offre présentait, dans les circonstances de l'espèce, un caractère incomplet ».

Ce jugement fournit l'occasion de rappeler ce que sont les écolabels, où trouver les informations les concernant et dans quelles conditions l'article 6 du code des marchés publics permet de définir certaines exigences environnementales en se référant à tout ou partie d'un écolabel.

2. Qu'est-ce qu'un écolabel ?

Reconnaissance extérieure de la qualité écologique d'un produit, les écolabels relèvent de la certification et ont été mis en place à l'initiative des pouvoirs publics. Ils peuvent être nationaux ou européens. Ils se caractérisent par un ensemble d'exigences à remplir, appelées le référentiel, et par des vérifications par un organisme extérieur à l'entreprise. Si le résultat des vérifications est favorable, l'entreprise obtient, pour le produit ou le service considéré, un droit d'usage de la marque, c'est-à-dire du logo emblème de l'écolabel, qu'elle peut alors apposer sur le produit.

Un écolabel peut être national ou européen.

Au niveau national



En France, l'écolabel national est la marque NF-Environnement. Dans d'autres pays, on rencontrera d'autres marques, comme « Ange bleu » en Allemagne, ou « Cygne blanc » dans les pays scandinaves.

La marque NF-Environnement, propriété d'AFNOR-Certification, est l'écolabel français. Créée à l'initiative des pouvoirs publics en 1991, elle apporte la double garantie « qualité et environnement » : les produits certifiés présentent des impacts moindres sur l'environnement tout en conservant une aptitude à l'emploi au moins équivalente à celle d'autres produits d'usage similaire.

Au niveau européen



Institué par le Règlement CEE n°880/92 du Conseil du 23 mars 1992, l'écolabel européen présente des caractéristiques similaires à celles de l'écolabel national NF-Environnement.

Ces différents écolabels ne font pas double emploi, car ils portent sur des produits différents.

3. Trouver l'information opérationnelle relative à un écolabel

Le groupe Afnor propose un site internet dédié aux écolabels français et européens à l'adresse suivante :

<http://www.ecolabels.fr/fr>

Pour savoir si le produit ou le service objet de l'achat envisagé est écolabellisé, il conviendra de se rendre à l'adresse suivante :

<http://www.ecolabels.fr/fr/recherche-avancee/categories-de-produits-ou-services-certifies>

Ce site donne une liste de catégories de produits ou services labellisés. Il est possible de pousser plus loin l'analyse en cliquant sur le lien correspondant à la catégorie qui intéresse. Si l'on prend l'exemple de la catégorie « Papeterie/papier », on apprend, en cliquant, qu'elle se subdivise en un écolabel européen (papier à copier et papier graphique) et quatre labels NF-Environnement (enveloppes et pochettes postales ; cahiers ; colles de papeterie ; instrument d'écriture).

On poursuivra l'analyse en conservant l'exemple de l'écolabel européen « Papier à copier et papier graphique » et l'on arrivera à l'adresse suivante :

<http://www.ecolabels.fr/fr/recherche-avancee/categories-de-produits-ou-services-certifies/papeterie-papier/papier-a-copier-et-papier-graphique>

On y trouvera de brefs renseignements sur les produits concernés et les caractéristiques certifiées. Mais surtout, on pourra accéder à la liste des entreprises écolabellisées en cliquant sur le lien suivant :

<http://www.ecolabels.fr/fr/content/download/9833/94386/version/1/file/NF162.pdf>

On peut aussi accéder au référentiel proprement dit, c'est-à-dire aux caractéristiques que doit remplir une entreprise pour obtenir l'écolabel. L'adresse est la suivante :

<http://www.ecolabels.fr/fr/services/download/7984>

En cliquant sur ce lien et en s'identifiant brièvement (nom, prénom, organisme, téléphone, adresse courriel), on obtient, sans délai et gratuitement, le référentiel proprement dit. Celui-ci présente, en un tableau de quatre colonnes, les critères écologiques auxquels il s'intéresse. La première colonne nomme le critère, la seconde le détaille, la troisième énumère les preuves à apporter par l'entreprise lors de la demande d'écolabel et la quatrième présente les preuves à apporter lors des contrôles sur site.

4. Se référer à un écolabel lors de la passation du marché

Quand il existe un écolabel approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations objet du marché, le pouvoir adjudicateur peut, dans les conditions prévues à l'article

6 du code des marchés publics, définir les exigences ou les performances à atteindre par référence à tout ou partie d'un écolabel. Le pouvoir adjudicateur peut indiquer, dans les documents de la consultation, que les produits ou services ayant obtenu un écolabel sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques, mais il est aussi tenu d'accepter tout autre moyen de preuve approprié, car les écolabels relèvent d'une démarche de certification volontaire et ne peuvent être rendus obligatoires. Les informations présentées au point 3 ci-dessus peuvent utilement aider l'acheteur dans la recherche des prescriptions qu'il souhaite imposer.

5. Les autres aspects de la démarche environnementale

L'utilisation des écolabels n'épuise pas le sujet de la démarche de respect de l'environnement, qui peut prendre d'autres formes, aussi bien lors de la procédure de passation que lors de l'exécution du marché.

Les GPEM/GEM ont publié plusieurs documents auxquels il est possible de se référer, en particulier :

- dans le domaine objet du jugement précité, le « Guide de l'achat public éco-responsable. Achat de papier à copier et de papier graphique », disponible à l'adresse suivante :

http://www.ecoresponsabilite.environnement.gouv.fr/article.php3?id_article=199&source=1&rub=13

- plus généralement, le Guide d'achat public éco-responsable est disponible à l'adresse suivante :

http://www.ecoresponsabilite.environnement.gouv.fr/article.php3?id_article=605&source=1&rub=13

C. Autres jurisprudences signalées

Principes généraux de la commande publique

- ✓ CE, 19 juillet 2010, Région Réunion, n°337071

La Haute juridiction rappelle les conditions dans lesquelles les assureurs établis dans un autre État-membre peuvent exercer en France et donc accéder à la commande publique.

- ✓ CE, 18 juin 2010, Ministère de la justice / Société Bureau Veritas, n° 336418

L'article L.111-25 du code de la construction et de l'habitation prohibe la participation d'un contrôleur technique à toute activité de conception, de construction ou d'expertise d'un ouvrage, même s'il n'en est pas le contrôleur.

L'environnement – La régulation sociale

- ✓ CJUE, 21 janvier 2010, Commission des communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, C-17/09

Le droit des marchés publics et le droit de l'environnement ne sont pas inconciliables. Le droit des marchés publics ne fait pas obstacle, par exemple, à ce que l'élimination et le traitement des déchets aient lieu aussi près que possible des lieux de production. Il n'autorise cependant pas, sauf dans les cas prévus par la directive, le pouvoir adjudicateur à passer un marché public sans mise en concurrence.

✓ CE, 31 mars 2010, Syndicat mixte de la région d'AURAY-BELZ-QUIBERON, n°333970

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'autoriser les candidats à présenter des variantes dans le but de prendre en compte des objectifs de développement durable.

Définition du besoin – Allotissement – Recours au marché unique

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

La réduction significative du coût des prestations, si elle est démontrée, constitue un motif légal de dévolution en marché global

✓ CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n° 333737

Un pouvoir adjudicateur ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation en divisant un marché de prestations juridiques portant sur plusieurs domaines du droit en deux lots seulement, prestations de conseil juridique (lot 1) et représentation en justice (lot 2).

✓ CE, 29 octobre 2010, Smarov, n° 340212

Un marché qui comporte le suivi de l'exécution du contrat d'affermage et de ses avenants, la gestion et le suivi de la passation et de la mise en œuvre de nouveaux avenants à ce contrat, la rédaction d'un bilan environnemental annuel, l'aide à la préparation des décisions et l'assistance au maître d'ouvrage pour le suivi de l'exécution de marchés de maîtrise d'œuvre pour des travaux d'extension et de mise aux normes, permet bien l'identification de prestations différentes. Il doit être alloté dès lors que le pouvoir adjudicateur n'établit pas que l'allotissement rendrait son exécution techniquement difficile ou qu'il ne serait pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

✓ CE, 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, n° 335611

Un pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu l'article 10 du CMP en n'allotissant pas le marché litigieux dont l'objet est la mise en place de matériels anti-intrusion. Le marché avait pour objet la fourniture-location de portes et fenêtres, la télésurveillance, des interventions de sécurité ainsi que l'évacuation de gravas et le débarras du logement à la suite des travaux ; le Conseil d'État a estimé qu'il ne ressortait pas de l'instruction que ces prestations, par leur nature et compte-tenu de l'objet du marché, auraient dû faire l'objet de lots différents.

✓ CE, 23 juillet 2010, Conseil régional de la Réunion, n° 338367

S'agissant d'un marché de gardiennage sur quatre sites attribué à un seul titulaire, la Haute Juridiction a considéré que le marché faisait bien apparaître des prestations distinctes à raison de la répartition géographique des sites concernés et que le pouvoir adjudicateur ne justifiait pas se trouver en présence d'une des exceptions prévues par l'article 10 du CMP concernant l'absence d'allotissement.

Variantes

✓ CE, 5 janvier 2011, Commune de Bonneval sur Arc, n°343206

Une variante est une modification présentée à l'initiative du candidat, des spécifications prévues dans la solution de base. Ne peuvent être considérées comme telles les précisions que les candidats sont susceptibles d'apporter sur les moyens techniques mis en œuvre pour exécuter le marché.

Marchés à bons de commande

- ✓ CE 18 juin 2010 OPAC Habitat Marseille Provence n° 335611

Dans un marché à bons de commande comportant plusieurs prestations le pouvoir adjudicateur n'a pas manqué à ses devoirs de publicité en indiquant seulement le montant minimum et le montant maximum sans préciser une estimation de la part que pouvait représenter chacune des prestations.

- ✓ CE, 29 octobre 2010, Smarov, n° 340212

Rien n'interdit d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations, à condition que les deux types de prestations soient clairement distingués, que les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande respectent les dispositions de l'article 77 précité et que la conclusion d'un marché global soit permise par les dispositions de l'article 10 du même code relatives à l'allotissement.

Publicité

- ✓ CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes, n° 333569

Les principes de la commande publique s'imposent aux procédures adaptées. L'acheteur public doit donc fournir aux candidats une information appropriée sur les critères de sélection des candidatures et de choix des offres. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il doit, y compris en procédure adaptée, indiquer aux candidats les critères de sélection des candidatures et les documents ou renseignements au vu desquels il opérera cette sélection, mais il n'a pas l'obligation d'indiquer les conditions de mise en œuvre des critères.

- ✓ CE, 17 février 2010, Communauté de communes Flandres-Lys, n°325520

L'AAPC présente le caractère d'une mesure préparatoire à la conclusion d'un marché et n'est donc pas susceptible de recours pour excès de pouvoir.

Jugement des offres

- ✓ CJUE, 18 novembre 2010, Commission européenne contre l'Irlande, C-226/09

La modification de la pondération des critères d'attribution d'un marché à la suite d'un premier examen des offres constitue un manquement au principe d'égalité de traitement et à l'obligation de transparence qui en découle.

- ✓ CE, 8 février 2010, Commune de la Rochelle, n°314075

- les références des entreprises ne peuvent être prises en compte au stade de l'offre ;
- il importe de bien distinguer la valeur technique de l'offre et les capacités techniques de l'entreprise ; les entreprises peuvent être invitées à décrire, dans leur offre, la mise en œuvre des moyens humains et techniques qui seront affectés à la réalisation des prestations ;
- l'analyse technique des offres doit être menée conformément au règlement de la consultation.

- ✓ CE, 18 juin 2010, Commune Saint Pal de Mons, n° 337377

Pour les procédures formalisées entrant dans le champ de l'article 53 du CMP, il est impératif de publier les sous-critères importants, susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres, et d'indiquer leur hiérarchisation ou pondération.

Appel d'offres sans suite

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

La recherche d'une solution plus économique peut justifier légalement la décision de déclarer sans suite une procédure d'attribution d'un marché.

- ✓ CE, 31 mars 2010, Syndicat mixte de la région d'AURAY-BELZ-QUIBERON, n°333970

Lors du lancement d'une seconde procédure de passation du marché, après une première procédure déclarée sans suite, le besoin peut être précisé.

Information des candidats

- ✓ CE, 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, n° 335611

Le pouvoir adjudicateur a respecté les dispositions des articles 80 et 83 du CMP en notifiant au candidat évincés les motifs du rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, sans pour autant communiquer les divers documents demandés.

- ✓ CE, 31 mai 2010, Société CASSAN, n° 315851

La lettre informant un candidat que son offre n'a pas été retenue a pour effet de délier contractuellement ce candidat de son engagement, quand bien même la lettre procéderait d'une erreur.

Procédures adaptées

- ✓ CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes, n° 333569

Les principes de la commande publique s'imposent aux MAPA. L'acheteur public doit donc fournir aux candidats une information appropriée sur les critères de sélection des candidatures et de choix des offres. En ce qui concerne ces derniers critères, et eux seulement, il doit indiquer leurs conditions de mise en œuvre.

- ✓ CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n°334279

S'agissant d'un MAPA, il n'est pas obligatoire de communiquer la méthode de notation des offres dans les documents de la consultation.

- ✓ CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n° 333737

Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs ont la liberté de choisir leur méthode de notation des critères et n'ont pas l'obligation d'en informer les concurrents dans la mesure où elle n'introduit pas de rupture d'égalité entre les candidats.

- ✓ TA de Nantes, 31 août 2010, SA ETDE, n° 1005638

Dans une procédure adaptée, le fait de demander aux candidats de présenter de nouvelles offres, constitue une négociation. Le pouvoir adjudicateur doit assurer la traçabilité de l'ensemble du processus de jugement des offres successives.

Opérateurs économiques

- ✓ CJUE, 23 décembre 2009, COSNIMA / Région Marche, C-305/08

Le caractère non lucratif de l'activité exercée par un opérateur tel qu'une université ou un institut de recherche ne fait pas obstacle à ce que celui-ci puisse être qualifié d'opérateur économique.

- ✓ Autorité de la concurrence, décision n°10-D-03 du 20 janvier 2010

Le droit de la concurrence n'interdit pas le dépôt d'offres distinctes par des sociétés ayant des liens juridiques et financiers entre elles en réponse à un même appel d'offres, à condition que ces sociétés disposent d'une autonomie commerciale et présentent des offres distinctes et concurrentes.

- ✓ CAA Bordeaux, 4 mars 2010, Société Pico Océan Indien, n° 08BX02575

Doit être écartée une offre signée sans que soit joint le pouvoir du signataire d'engager l'entreprise.

ANNEXES

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

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

Annexe 3 : Organigramme de la CCMP

ANNEXE 1

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

Le Premier ministre,

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

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

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

Décète :

Article 1

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

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

Article 2

La commission consultative des marchés publics comprend les membres suivants :

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

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

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est présent ou représenté lors de l'examen de son projet de marché ou d'accord-cadre par la commission.

Article 3

I. – Lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice saisissent la commission consultative des marchés publics, ils lui adressent le projet de marché ou d'accord-cadre avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ou le lancement de la consultation pour les marchés ou accords-cadres ne donnant pas lieu à publicité.

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

Article 4

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

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

La saisine peut s'opérer sous forme dématérialisée.

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

Article 5

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

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

Article 6

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

Article 7

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

Article 8

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

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

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

Article 9

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

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

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

Article 10

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

Article 11

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

Article 12

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

Article 13

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

ANNEXE 2

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

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

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

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

Arrêtent :

Article 1

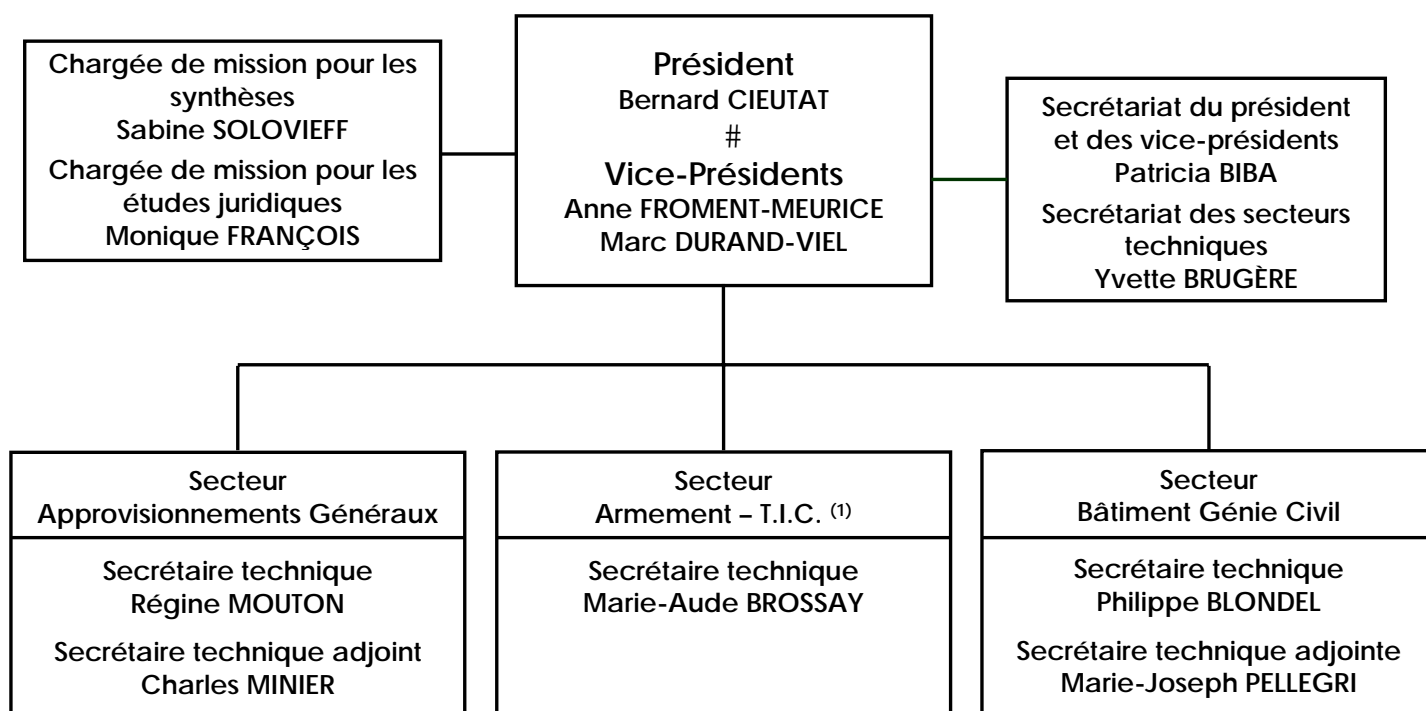
La commission consultative des marchés publics peut fournir aux collectivités territoriales, à leur demande, une assistance pour l'élaboration ou la passation de leurs marchés et de leurs accords-cadres dont le montant estimé est supérieur à 1 000 000 €(HT).

Article 2

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

ANNEXE 3

Organigramme de la CCMP



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

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