

FICHE **3****Les marchés publics de défense
ou de sécurité**

Le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité décret, dans le code des marchés publics, une troisième partie relative aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Ce décret transpose la directive 2009/81/CE¹, qui harmonise les règles de passation des marchés publics de défense ou de sécurité et précise les modalités d'application de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité.

Deux arrêtés complètent ce dispositif :

- l'arrêté du 3 octobre 2011 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres ;
- l'arrêté du 8 mars 2012 pris en application de l'article 212 du code des marchés publics fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres de défense ou de sécurité.

I. Un champ d'application strictement délimité**I.1. La troisième partie du code des marchés publics ne s'applique pas aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux**

Le champ d'application est limité à l'État et ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial (article 178). Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ne peuvent pas recourir aux dispositions de la troisième partie du code.

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 peuvent choisir, au cas par cas, de recourir à la troisième partie du code des marchés publics pour passer leurs marchés de défense ou de sécurité (articles 3 II et 4 II de l'ordonnance).

I.2. La troisième partie du code des marchés publics s'applique aux seuls marchés de défense ou de sécurité

L'article 179 limite l'application des dispositions de la troisième partie aux marchés de défense et aux marchés de sécurité.

1. Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Les marchés de défense sont les marchés ayant pour objet la fourniture d'équipements militaires, des travaux, fournitures ou services directement liés à ces équipements, ou des travaux et services acquis à des fins spécifiquement militaires.

Les marchés de sécurité sont divisés en deux catégories. Ils regroupent les marchés ayant pour objet la fourniture d'équipements, des travaux ou des services destinés à la sécurité et faisant intervenir, nécessitant ou comportant des supports ou informations protégées ou classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale, ainsi que les marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services directement liés à un équipement de sécurité.

2. Les obligations de publicité et de mise en concurrence dépendent de la sensibilité du marché

2.1. Les marchés les plus sensibles échappent à toute règle de passation

Les articles 180 à 184 du CMP définissent de manière autonome 22 situations d'exclusion.

Certaines exclusions sont communes aux autres parties du code :

- droit exclusif (art. 180-1°),
- marchés de services relatifs à l'acquisition de biens immobiliers (art. 180-2°),
- services financiers (art. 180-3°),
- services d'arbitrage et de conciliation (art. 180-9°),
- contrats de travail (art. 180-10°),
- contrat passé avec un organisme sous contrôle de la personne soumise à la partie III du code et exerçant l'essentiel de son activité pour celle-ci (art. 181),
- certains marchés passés pour l'exercice d'une activité d'opérateurs de réseaux (art. 182 à 184).

D'autres exclusions sont spécifiques aux marchés de défense ou de sécurité :

- recherche et développement (art. 180-4°),
- intérêts essentiels de sécurité de l'État² (art. 180-5° et 6°),
- marchés passés en vertu de la procédure propre d'une organisation internationale (art. 180-7°),
- marchés passés en vertu de règles internationales relatifs au stationnement de troupes (art. 180-8°),
- activités de renseignement (art. 180-11°),
- activités de recherche et développement en coopération entre États (art. 180-12°),
- marchés passés pour des besoins opérationnels hors Europe (art. 180-13°),
- marchés passés avec un État ou une collectivité territoriale étrangère (art. 180-14°),

2. Ces deux cas d'exclusion sont les héritiers du régime juridique qui était, jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 24 septembre 2011, fixé par le 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.

– marché mixte (entrant pour partie dans le champ de la troisième partie du code et qui échappent pour le reste au champ d'application des trois directives marchés publics), lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives (art. 180-15°).

2.2. Le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence est plus large que celui applicable aux marchés du secteur classique

L'article 208 dresse la liste des marchés pour lesquels il est possible de recourir à la procédure négociée sans publicité préalable, ni mise en concurrence. Cette liste reprend les cas prévus à l'article 35 du code des marchés publics et en crée de nouveaux adaptés à la spécificité des marchés de défense ou de sécurité.

La procédure négociée, décrite à l'article 244, oblige le pouvoir adjudicateur à adresser aux candidats les documents de la consultation nécessaires à l'élaboration de leur offre, mais il peut, pour des raisons tendant au volume ou à la confidentialité de ces documents, offrir la possibilité de les consulter uniquement sur place³.

2.3. Les marchés de défense ou de sécurité soumis aux procédures de passation bénéficient de conditions de publicité et de mise en concurrence adaptées à leurs spécificités

Le seuil au-delà duquel la procédure formalisée est obligatoire est fixé pour les fournitures et les services à 414 000 euros HT et pour les marchés de travaux à 5 186 0000 euros HT.⁴

Au-dessus de ces seuils, l'acheteur peut notamment choisir de recourir librement à la procédure négociée après publicité et mise en concurrence (article 201). Le recours à la procédure négociée avec publication préalable et mise en concurrence n'est soumis à aucune condition.

En deçà de ces seuils, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée (article 203). Au-delà de 90 000 euros, une publication au *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics* ou dans un journal d'annonces légal est obligatoire (article 212).

3. La protection de la sécurité des approvisionnements et la sécurité des informations

L'acheteur peut tenir compte des garanties offertes en matière de sécurité des approvisionnements par les candidats au cours du processus de sélection des candidatures ou des offres (article 53, articles 215, 220, 228), mais aussi imposer des conditions particulières au cours de l'exécution du contrat (article 194).

3. CE, 11 mars 2013, *Ministère de la défense contre Société Aeromécanic*, n° 364827.

4. Le seuil en deçà duquel l'acheteur fixe librement, dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, les conditions de publicité et de mise en concurrence, est fixé dans la première partie du code des marchés publics pour les fournitures et les services de l'Etat à 134 000 euros HT et pour les marchés de travaux à 5 186 000 euros HT.

Il peut, pour les mêmes motifs, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire (articles 278 et 283).

Des exigences particulières garantissant la sécurité des informations peuvent être imposées tout au long de la procédure de passation (articles 207, 215, 220, 227) ou au cours de l'exécution du marché (article 194).

L'acheteur peut, pour les mêmes motifs, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire (articles 278, 283).

4. La prise en compte des « sous-contractants »

La notion de sous-traitant en droit européen est plus large qu'en droit national. Contrairement à la définition européenne⁵, la loi relative à la sous-traitance⁶ exclut les marchés de biens ou services standardisés qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de la personne publique.

Il a donc été nécessaire, de créer, dans le droit français, une catégorie nouvelle, celle des sous-contractants. Celle-ci inclut les sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975 et les fournisseurs de biens ou services courants ne nécessitant pas d'adaptation spécifique pour répondre aux besoins de la personne publique⁷.

Le choix de ne pas appliquer aux sous-contractants les mêmes obligations que celles qui pèsent actuellement sur les sous-traitants en droit national a rendu nécessaire la création de deux régimes distincts :

– un régime applicable aux sous-contrats *qui sont des contrats de sous-traitance au sens du droit interne*. Ce régime est le même que celui prévu dans la première partie du code des marchés publics et issu de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-traitants, etc.) ;

– un régime applicable aux sous-contrats *qui ne sont pas des contrats de sous-traitance*. Ces contrats sont soumis à un régime plus souple que celui applicable aux contrats de sous-traitance (pas de paiement direct obligatoire, pas d'obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-contractants, etc.).

Le code prévoit la possibilité d'écarter un sous-contractant s'il fait l'objet d'une interdiction de soumissionner ou s'il ne présente pas les garanties suffisantes en termes de capacités techniques, professionnelles et financières (articles 278 et 283). L'acheteur public peut exiger du titulaire qu'il mette en concurrence ses sous-contractants (article 285) ou lui imposer de sous-contracter une partie de son marché dans la limite de 30% du montant du marché (article 286). Le titulaire du marché a l'obligation de choisir ses sous-contractants de manière non discriminatoire (article 275).

5. Article 1^{er} de la directive 2009/81/CE, point 22.

6. Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

7. Article 37-2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

5. L'allotissement au choix

Les marchés de défense ou de sécurité peuvent donner lieu à un marché global ou à un marché alloti (article 189). L'acheteur public choisit donc librement entre ces deux modalités, en fonction notamment des avantages économiques, techniques ou financiers qu'elles procurent.

6. Certains marchés peuvent prévoir des provisions pour aléas

Pour les marchés de défense ou de sécurité comportant des aléas techniques importants, l'acheteur public peut prévoir, dans des cas justifiés, l'acquisition en cours d'exécution du marché d'une part de fournitures ou de services qui n'ont pu être définis avec précision dans le marché initial pouvant aller jusqu'à 15% du montant de ce marché (article 247).

7. Le dispositif législatif de préférence communautaire est mis en œuvre

L'article 215 met en œuvre le principe législatif⁸ d'exclusion des opérateurs économiques provenant d'États tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen des marchés de défense ou de sécurité. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois décider d'autoriser ces opérateurs à participer à la procédure de passation.

Si cette autorisation est donnée, le pouvoir adjudicateur conserve la possibilité de rejeter ces opérateurs économiques issus des pays tiers à l'Union européenne et à l'Espace économique européen préalablement à l'examen de leur candidature, sur la base de critères énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Ces critères sont établis au regard, notamment, des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, de la nécessité de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable et des exigences de réciprocité (article 232).

8. Des dispositions d'exécution financière particulières

Les marchés de défense ou de sécurité passés par les services du ministère de la défense bénéficient de dispositions d'exécution financière spécifiques (articles 260 à 274).

8. Article 5 de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 insérant un article 37-3 dans l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

8.1. Le paiement différé

Pour ces marchés, afin de tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service, une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché d'une clause prévoyant un paiement différé (article 266).

8.2. L'avance

À l'exception des avances octroyées aux petites et moyennes entreprises, soumises à un régime plus souple, une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché, de la tranche affermie ou du bon de commandes, est supérieur à 250 000 euros HT, et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à trois mois (article 261).

8.3. La retenue de garantie

Le montant de la retenue de garantie qui peut être exigée du titulaire pour couvrir les réserves à la réception des fournitures, des travaux ou des services est fixé à 10% du montant du marché (article 268), contre 5% pour les marchés de droit commun.