



Commission Consultative des
Marchés des Organismes de
Sécurité sociale

Conseils
Accord-cadre
marchés
Offre
Statistiques
Recommandations
Procédures marchés
Conseils
Allotissement
Statistiques
Recommandations
Offre

Février 2018

RAPPORT D'ACTIVITÉ CCMOSS 2017



ÉDITORIAL

Ce rapport d'activité de la Commission est l'occasion de saluer le travail accompli par le secrétariat et les rapporteurs pour leur contribution à la sécurité juridique des marchés passés par les organismes de sécurité sociale.

Le lecteur attentif trouvera dans la partie du rapport recensant les avis de la Commission toute une série d'observations et de recommandations issues des délibérations.

Derrière la technicité des remarques, se profile la préoccupation de voir les procédures assurées conformément aux principes de la commande publique fondés sur la mise en concurrence et la pertinence de l'achat.

Dès lors que la Commission se prononce avant le lancement de la procédure, il lui appartient de vérifier que l'organisme a bien précisé la nature de son besoin, examiner avec sérieux l'environnement économique dans lequel s'inscrit le marché et fait le choix d'un montage contractuel conforme à la nature de l'opération projetée.

Ici, les conditions de participation et de sélection des candidatures prennent tout leur sens.

On sait que le droit pénal de la commande publique fait du délit d'avantage injustifié le cœur de la répression pénale en matière de commande publique.

Dans la réflexion de la Commission et dans sa pratique, cet élément, non-dit, est toujours présent et légitime pleinement son existence.

Michel DURAFFOURG
Inspecteur général honoraire IGAS
Président de la CCMOSS

LA CCMOSS

EN BREF

La Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité Sociale est une instance réglementaire inter régime chargée de fournir aux organismes de Sécurité sociale une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés et accords-cadres.

Son champ de compétences couvre l'ensemble des caisses de Sécurité sociale. Il comporte aussi des organismes nationaux tels l'Ucanss, la Caisse Nationale du Régime des Indépendants et la Caisse Centrale de Mutualité Sociale Agricole ainsi qu'en application des dispositions de l'article L 124-4 du code de la sécurité sociale, les GIE et GIP financés majoritairement par des organismes relevant de la Sécurité sociale.

La saisine de la Commission est obligatoire pour les projets de marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT. Elle s'effectue avant le lancement de l'avis de marché ou de la consultation.

En 2017, 39 dossiers ont été soumis à la saisine de la Commission pour lesquels 19 lettres d'observations ont été envoyées et 18 avis de la Commission avec des recommandations ou des observations ont été formulés. (2 dossiers transmis ont été retirés).

Son secrétariat assure par ailleurs, auprès de l'ensemble des caisses, une fonction de conseils en droit des marchés publics pour l'élaboration, la passation et l'exécution des marchés et accords-cadres.

C'est ainsi que plus de 500 conseils ont été dispensés en 2017 auprès des organismes de Sécurité sociale.

SOMMAIRE

1 LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE

PAGE 7

2 LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION

PAGE 17

3 DONNÉES STATISTIQUES

PAGE 23

4 LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION

PAGE 39

5 L'OFFRE DE SERVICE CONSEILS EN DROIT DES MARCHÉS DU SECRÉTARIAT DE LA CCMOSS

PAGE 77

6 ANNEXE - PANDRAMA DE LA RÉGLEMENTATION ET DE LA JURISPRUDENCE EN 2017

PAGE 93

LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE



Présentation de la Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité sociale

7

Mission

8

Compétence

8

Organisation et fonctionnement

9

Les méthodes de travail

12

Le rapport d'activité

14

L'espace réservé de la CCMOSS

15

1 PRÉSENTATION DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE

Mission

Un rôle de conseil et d'accompagnement des organismes de Sécurité sociale toutes branches et régimes confondus

Conformément aux dispositions de l'article 11 de l'arrêté du 16 juin 2008 modifié, la Commission a un rôle de conseil et d'accompagnement qui intervient en amont de la procédure. Ses observations et recommandations tendent à améliorer les pièces du dossier de consultation et éviter les contentieux. Elle doit ainsi veiller à la régularité des projets de marché qui lui sont soumis au regard de la réglementation applicable et des formalités substantielles, en particulier le respect par les organismes des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Compétence

Pour tous les marchés et accords-cadres de travaux, fournitures et services d'un montant de 4 millions d'euros HT

La Commission est compétente pour tous les projets de marchés ou accords-cadres :

- des organismes privés de Sécurité sociale assurant un régime obligatoire de Sécurité sociale (hormis les caisses nationales du régime général qui ont le statut d'établissement public administratif) ;
- de l'Union des caisses nationales de Sécurité sociale ;
- des unions, associations ou fédérations ou sociétés constituées entre lesdits organismes ;
- des groupements d'intérêt économique et groupements d'intérêt public lorsque ces derniers sont financés majoritairement par des organismes relevant de la Sécurité sociale.

Elle doit être obligatoirement saisie de tout projet de marché ou accord-cadre dont le montant est égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT, à l'exception des marchés subséquents à un accord-cadre.

Elle est également compétente pour :

- les projets d'avenant ;
- les marchés d'études ou de maîtrise d'œuvre, qui contribuent à la préparation des marchés principaux auxquels ils se rapportent ;
- les marchés complémentaires ou les marchés qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles du marché initial ou de l'accord-cadre et qui rendent les marchés auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la Commission ;
- tout contrat dont l'examen est décidé par les ministres de tutelles ou les organismes nationaux.

L'absence de saisine de la Commission en raison d'une mauvaise appréciation des seuils ou pour tout autre motif constitue une irrégularité qui ne peut être corrigée et peut conduire le juge à annuler la procédure pour non-respect d'une règle formelle. Aussi, **en cas d'incertitude sur le montant du marché**, si celui-ci est susceptible d'atteindre 4 millions d'euros HT, **il est vivement recommandé de transmettre le dossier à la Commission**. La même recommandation prévaut si le montant prévisionnel du marché est très proche du seuil de saisine.

Organisation et fonctionnement

Les membres de la commission

La Commission est présidée par un inspecteur général de l'IGAS nommé par le Ministre chargé de la Sécurité sociale en raison de sa compétence en matière de marchés publics.

Elle est composée des membres suivants :

À **voix délibérative** : **6** membres administrateurs et administratifs représentant les Caisses nationales du Régime général, le Régime agricole, le Régime Social des Indépendants et **4** membres experts représentant le Régime général.

À **voix consultative** : **1** représentant du Ministre de la Santé et des Solidarités, **2** représentants du Ministre chargé de l'Economie et des Finances et **1** représentant du Ministre chargé de l'Agriculture. Enfin, sur invitation du Président de la Commission, **2** représentants pour la CCMSA et la CNRSI, participent aux séances en tant que **membres invités**.

LA COMPOSITION DE LA COMMISSION EN 2017

Président

Michel DURAFFOURG – IGAS

Membres à voix délibérative

Administrateurs et administratifs

ACOSS
CNAF
CNAV
CNAMTS
CCMSA
CNRSI

Bernard MASSAS (titulaire) - Bernard MERTEN (suppléant)
Christophe BLANCO (titulaire) - Agnès HAUTIN (suppléant)
Isabelle SANCERNI (titulaire) - Sylvie DURAND (suppléant)
Aurélia LEGEAY (titulaire) - Corinne MIMINI (suppléant),
Claude BERTOLOTTI (titulaire) - Isabelle PAUX (suppléant)
Dominique TIRGOUINE (titulaire) - Alain JUCHAT (suppléant)

Experts

ACOSS
CNAF
CNAV
CNAMTS

Maxime ROSSI (titulaire) – Estelle DEJARNAC (suppléant)
Hervé BASTARD (titulaire) – Isabelle ROUSSEAU (suppléant)
Jean-Luc DE MUNCK (titulaire) - Chantal GRANDIDIER (suppléant)
Jean-Jacques DRAY (titulaire)
Marie-Pascale VAN EECKHOUT (suppléant)

Membres à voix consultative

Direction de la Sécurité Sociale
Ministère de l'Agriculture
Ministère des Finances

Véronique HUCHER
Chantal GOUBERT-JAMBERT suppléée par Claudie MATHIEU
Jacques LOVERGNE suppléé par Alain PANCHER - Karine BALA

Membres experts invités

CCMSA
CNRSI

Agnès CADIOU (titulaire) - Gontran FLINT D'AURIAC (suppléant)
Frédéric ROTHERA

Les rapporteurs

Conformément aux dispositions de l'arrêté du 16 juin 2008 modifié article 11 – alinéa 4, des rapporteurs extérieurs sont désignés pour étudier les dossiers soumis à la Commission et les présenter en séance.

Ces rapporteurs sont choisis parmi des membres en activité ou en retraite des corps de contrôle de l'État, du secrétariat de la CCMOSS, des agents de direction des organismes de Sécurité sociale ou des agents de l'administration de catégorie A.

En 2017
6 rapporteurs ont été sollicités pour examiner les dossiers soumis à la saisine de la Commission.
.....

Dominique GOUSSOT	Vérificateur - Cour des Comptes
Hervé HORIOT	Adjoint chef de division optimisation des stocks et des commandes SIMAD - Ministère de la Défense
Jacques LEVANDO	Ancien directeur - CPAM d'Annecy
Luc LINGLAIN	Adjoint à la Sous- direction de l'Achat - Ministère de l'Intérieur
Karine MAITRO	Cheffe de la division approvisionnement - Office national de la chasse et de la faune sauvage
Jacques TARTRON	Responsable de la CECOMA - Direction Générale CHU de Bordeaux
Pierre-Ange ZALCBERG	Responsable Département Marchés publics, droit immobilier et vie institutionnelle - Établissement Français du Sang

La saisine de la Commission

Tout projet de marché ou d'accord-cadre relevant de la compétence de la Commission doit obligatoirement lui être transmis **avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ou le lancement de la consultation**, et ce, quelle que soit la procédure retenue : appel d'offres ouvert ou restreint, procédure concurrentielle avec négociation, procédure adaptée, etc.

Le dossier doit comporter :

- une note de présentation,
- les avis de publicité,
- le règlement de la consultation,
- les projets de documents contractuels : AE, CCAP, CCTP, CCP, DPGF...
- toute pièce nécessaire à la compréhension du dossier.

Les modalités d'envoi des dossiers sont accessibles sur le site extranet de l'Ucanss, Missions inter-régimes - CCMOSS - Procédures de saisine - saisine obligatoire http://extranet.ucanss.fr/contenu/public/EspaceCcmoss/Procedures/procedures_obligatoire.htm.

Les projets transmis par les organismes ne peuvent être pris en compte et faire l'objet d'avis ou d'observations de la Commission que s'ils comportent l'ensemble des pièces demandées dans le guide d'envoi des dossiers à la CCMOSS.

Les organismes doivent veiller à ce que le contenu des pièces soit exploitable et comporte des informations suffisantes pour constituer un véritable dossier de consultation.

Les méthodes de travail

Le dépôt du dossier

La Commission dispose d'une application informatique permettant le dépôt des dossiers pour les organismes ainsi que l'accès aux documents pour les membres et rapporteurs.

Cet outil est accessible directement en page d'accueil du portail de l'Ucanss : <http://extranet.ucanss.fr/portail> ou via l'espace CCMOSS (depuis le menu Missions inter-régimes). Il est également accessible sur le réseau social U ACHATS.

Cette plate-forme de dépôt dématérialisée des dossiers de saisine de la CCMOSS permet aux organismes de Sécurité sociale de disposer d'un accès ponctuel demandé lors de la période d'envoi du dossier qui a été définie pour chaque séance de la Commission.

Elle offre par ailleurs, en permanence, aux membres de la CCMOSS et aux rapporteurs, un accès à l'intégralité des pièces des dossiers transmis à la Commission, qu'ils soient dispensés ou examinés ainsi que les rapports des rapporteurs, les avis de la Commission, les lettres d'observations, les procès-verbaux des commissions.

L'accès direct à l'appliquatif est le suivant :

<http://extranet.ucanss.fr/applications/ccmoss/web/TraiterLogin>

Les étapes de dépôt des dossiers pendant la période d'envoi des dossiers pour chaque séance

- | | |
|----------------|---|
| Étape 1 | Demander la création d'un compte pour déposer un dossier de saisine |
| Étape 2 | Déposer les fichiers du dossier de saisine |
| Étape 3 | Valider et télétransmettre le dossier de saisine avant la date limite de dépôt |

Un guide est à la disposition des organismes depuis l'espace CCMOSS – Partie Informations pratiques/Espace/Dépôt de dossiers : http://extranet.ucanss.fr/contenu/public/EspaceCcmoss/Pratique/DepotsDeDossier/Depots_dossiers.html

Le premier examen du secrétariat

Une fois les dossiers déposés sur l'application, le secrétariat de la Commission procède à un premier examen qui se matérialise par la rédaction d'une fiche de première analyse.

La décision du Président sur la sélection ou non du dossier

Sur la base de la fiche de première analyse, le Président décide de sélectionner le dossier pour un examen par un rapporteur et en séance ou de le dispenser et de procéder à l'envoi d'une lettre d'observations.

— LA DISPENSE D'EXAMEN EN SÉANCE ET L'ENVOI D'UNE LETTRE D'OBSERVATIONS

C'est le secrétariat qui rédige les observations ou recommandations. Si le dossier n'est pas examiné par un rapporteur, l'organisme reçoit un courrier qui l'informe de la décision prise par le Président accompagné le plus souvent d'une fiche détaillée relevant les observations effectuées par le secrétariat. Il s'agit de remarques de forme relatives à des erreurs ou des insuffisances ainsi que des propositions de nouvelle rédaction. Les lettres sont signées du Président et sont ensuite transmises directement à l'organisme.

Les dossiers dispensés concernent le plus souvent des projets de marché relatifs à des opérations de travaux présentés par des organismes relevant du Régime général ou des renouvellements de marchés déjà soumis à la Commission.

— LA PRÉSENTATION DU DOSSIER DEVANT LA COMMISSION

Les dossiers qui font l'objet d'un examen en séance concernent, en général, des prestations avec des enjeux financiers importants, des montages juridiques complexes (dialogue compétitif, conception-réalisation ...) ou qui soulèvent des questions de principe. Les dossiers émanant d'organismes de Sécurité sociale qui ne bénéficient pas du soutien d'une Caisse nationale sont également plus souvent confiés à un rapporteur.

Ces dossiers font l'objet d'un rapport établi par un rapporteur choisi en fonction de sa spécialisation au regard du domaine concerné.

Le rapport est transmis 8 jours avant la tenue de la séance à l'organisme et à chacun des membres de la Commission. Ce délai permet donc aux organismes qui le souhaitent de répondre aux observations et remarques soulevées par le rapporteur. La Commission est d'ailleurs très réceptive au fait que les organismes transmettent à la Commission un document en réponse aux remarques du rapporteur voire les pièces rectifiées.

Le dossier est examiné en séance en présence du ou des représentant(s) de l'organisme. Après lecture du rapport par le rapporteur, le Président donne la parole aux membres de la Commission avec le souci de favoriser une discussion, à la fois informelle et approfondie, permettant à chacun de prendre la mesure des besoins de l'organisme, mais aussi des contraintes juridiques auxquelles il doit satisfaire.

Les avis sont rendus collégalement à l'unanimité des membres. Ils permettent le lancement de la procédure tout en comportant des recommandations destinées à améliorer les pièces du marché (Cf. partie recommandations de la Commission).

Le Président présente l'avis de la Commission en présence des représentants de l'organisme. Cet avis est ensuite confirmé par écrit dans les jours qui suivent la tenue de la séance.

La mesure d'accompagnement

La CCMOSS ou le secrétariat, en accord avec l'organisme ou à la demande de celui-ci, peut mettre en place une mesure d'accompagnement. Cette procédure, prévue à l'article 14 - alinéa 5 de l'arrêté du 16 juin 2008 modifié, a pour but **d'accompagner l'organisme tout au long de la procédure d'attribution du marché** lorsque celui-ci présente un intérêt particulier au regard :

- des enjeux économiques,
- de la complexité de la procédure,
- de difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la réglementation.

En 2017, une mesure d'accompagnement a été proposée à un organisme et acceptée par lui. Un travail de révision en profondeur des pièces, avec l'aide d'un rapporteur, a été effectué. Il a débouché sur la transmission de nouvelles pièces permettant le lancement de la procédure.

Les groupes de travail

Le règlement intérieur de la Commission prévoit que le Président a la faculté de constituer des groupes de travail afin d'examiner des points particuliers.

En 2017, la Commission a été saisie, par l'Ucanss, d'une demande de création d'un groupe de travail destiné à examiner les questions posées par le respect des dispositions de la commande publique, dans le cadre de démarches d'innovation menées par les organismes de Sécurité sociale.

Il s'agit le plus souvent d'opérations menées avec des entreprises innovantes ou comportant un aspect innovant mal adapté aux contraintes de l'achat public

Les travaux du groupe de travail, qui associent les représentants des caisses de Sécurité sociale des trois grands régimes et les représentants experts de la CCMOSS et du secrétariat, doivent donner lieu à l'élaboration d'un guide comprenant une synthèse d'un benchmark sur les dispositifs juridiques employés par les acheteurs publics, des recommandations de bonnes pratiques en droit de la commande publique et en droit de la propriété intellectuelle comprenant des clauses-types rédigées avec l'aide d'un cabinet spécialisé dans le domaine des marchés publics.

La première réunion du groupe a eu lieu en octobre 2017 .

Le rapport d'activité

Chaque année, le secrétariat de la Commission élabore un rapport d'activité qui dresse le bilan de l'année écoulée. Une synthèse des avis et des conseils formulés par la Commission d'une part, et par le secrétariat dans le cadre de son activité de conseils d'autre part, est réalisée. Des données statistiques sont également présentes.

Cette année, les grandes lignes du rapport d'activité 2017 ont fait l'objet d'une première présentation aux membres et aux rapporteurs de la Commission le 18 décembre.

À cette occasion, le bilan de l'activité de l'Observatoire de l'Achat des organismes de Sécurité sociale a également été dressé.

La version définitive du rapport est approuvée par les membres de la Commission, lors de la séance de janvier ou de février de l'année suivante.

L'espace réservé de la CCMOSS

La CCMOSS dispose d'un espace réservé aux organismes tous régimes confondus, accessible à partir du site extranet de l'Ucanss, via la rubrique Missions Inter-régime : <http://extranet.ucanss.fr/portail/portal/default/PMissionsInterRégimesNC>

Les organismes peuvent y retrouver toutes les informations comme :

- les modalités de saisine de la Commission ;
- le guide d'envoi des dossiers à la Commission ;
- le guide utilisateur pour le dépôt des dossiers ;
- les rapports d'activité et les actes du séminaire ;
- les bulletins d'informations, les veilles juridiques, les fiches procédures, etc ;
- le Mémento des marchés des organismes de Sécurité sociale.



Tous les documents sont accessibles et téléchargeables :

- à partir du portail de l'Ucanss / Rubrique Missions inter-régimes <http://extranet.Ucanss.fr/portail/portal/default/PCcmossNC>
- sur le réseau social U - ACHAT – Groupes veille et expertise juridique et achats responsables

LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION

2

Présentation du secrétariat de la Commission	17
La composition	18
Le rôle du secrétariat	18
Les travaux et actions réalisés en 2017	19

2 PRÉSENTATION DU SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION

La composition

La Commission dispose d'un secrétariat **assuré par l'Ucanss**.

Responsable

Véronique SYMPHORIEN

Juristes

Gina TOCNY, François BLARD, Kani METE

Assistante administrative et technique

Clara BREHM

Le rôle du secrétariat

Une assistance technique pour la Commission et une offre de service diversifiée en droit de la commande publique

L'assistance technique de la Commission

Pour le compte de la Commission, le secrétariat assure les fonctions suivantes :

- la préparation, l'organisation et le secrétariat administratif des séances,
- le premier examen approfondi des dossiers en préalable à la décision du Président,
- la rédaction des lettres d'observations sur les projets de marché dispensés d'un examen en séance et des projets d'avis émis par la Commission,
- l'établissement du procès-verbal de chaque séance, la rédaction du rapport d'activité annuel,
- la participation à une mesure d'accompagnement,
- la préparation et l'organisation du séminaire annuel de la Commission.

L'offre de service en droit de la commande publique

— LE CONSEIL JURIDIQUE EN DROIT DES MARCHÉS

Conformément aux dispositions de l'article 14, alinéas 13 et 14, de l'arrêté du 16 juin 2008 modifié, le secrétariat de la CCMOSS est investi d'un rôle de **conseil juridique en droit des marchés auprès de l'ensemble des organismes de Sécurité sociale** qui peuvent solliciter des précisions sur la réglementation, des demandes de conseils sur les difficultés rencontrées lors de la passation et exécution de leurs procédures, les contentieux, des demandes d'accompagnement pour la réalisation de procédures etc.

Les conseils sont principalement effectués sous la forme de réponses téléphoniques et réponses écrites par mail, voire le cas échéant de réunions avec l'organisme demandeur (cf. partie synthèse des conseils formulés par le secrétariat).

Le secrétariat assure, par ailleurs, une fonction de conseil juridique pour le compte du département des opérations immobilières de l'Ucanss.

— L'ÉLABORATION ET LA DIFFUSION D'INFORMATIONS JURIDIQUES

Le secrétariat élabore des veilles juridiques mensuelles, des bulletins d'informations, des outils tels que fiches de procédures, guides et mémento, notes, etc.

Toutes ces publications sont mises en ligne sur le site extranet de l'Ucanss / Missions inter-régimes/ CCMOSS sous la rubrique Publications ainsi que sur le réseau social U ACHATS – Groupe veille et expertise juridique.

Il procède également à la mise à jour de l'espace CCMOSS du site extranet de l'Ucanss et à l'animation du groupe Veille et expertise juridique du réseau U Achats.

Les travaux et actions réalisés en 2017

La refonte de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation des marchés des organismes de Sécurité sociale

En collaboration avec la direction de la Sécurité sociale, le secrétariat a poursuivi les travaux commencés en 2016 pour la refonte de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation des marchés des organismes de sécurité sociale en vue de sa mise en conformité au regard des nouvelles dispositions relatives à la commande publique.

Plusieurs échanges et réunions ont eu lieu et la Commission a été tenue régulièrement au courant de l'avancée des travaux.

Le nouvel arrêté devrait paraître en début d'année 2018.

La mise à jour de pièces administratives

En 2017, le secrétariat a poursuivi le travail de mise à jour des modèles de pièces administratives destinées aux opérations immobilières menées par les organismes de Sécurité sociale. Il a ainsi actualisé les pièces relatives aux missions de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique, de coordination Sécurité et Protection de la Santé et de travaux.

Les pièces relatives aux missions de maîtrise d'œuvre sont d'ores et déjà accessibles sur le réseau social U ACHATS – Groupe veille et expertise juridique.

Les autres pièces seront disponibles dans le courant du premier trimestre 2018.

Il a par ailleurs été effectué, à la demande de l'Observatoire de l'Achat des Organismes de Sécurité sociale, un important travail de mise à jour des pièces administratives proposées dans le guide du nettoyage. Ces modèles de pièces sont également accessibles sur le réseau social U ACHATS – Groupe veille et expertise juridique.

La mise en place d'un club juriste

Depuis le début de l'année 2017, le secrétariat de la CCMOSS propose de réunir des juristes marchés dans le cadre d'un club d'échanges afin de partager les pratiques sur des thèmes donnés.

Les réunions de ce club donnent lieu à la publication d'un document sur le réseau social U-ACHATS / Groupe veille et expertise juridique / Banque documentaire / Publications.

En effet, afin d'étayer les discussions, un document de travail est, à chaque fois, transmis aux participants 15 jours avant la réunion.

Un premier groupe s'est réuni en mars 2017 sur le thème « *Les dérogations au CCAG-FCS* ». Un document de travail, comprenant les dérogations obligatoires ou facultatives avec des commentaires pour chaque article du CCAG-FCS, a été envoyé à l'ensemble des participants. Suite aux différentes observations, ce document a été modifié et finalisé avant d'être publié.

Un deuxième groupe s'est réuni en novembre 2017 sur le thème de « *L'indemnisation du co-contractant suite à l'allongement de la durée d'exécution des travaux* ». Un état de la jurisprudence sur le sujet a été transmis aux participants.

Par ailleurs, à cette occasion, le Médiateur national délégué en charge du réseau des médiateurs des entreprises, est venu présenter le rôle de cette institution.

Un relevé de décision, la présentation du médiateur et l'état de la jurisprudence ont été publiés.

La mise à jour du Mémento des marchés des organismes de Sécurité sociale

Un *Mémento des Marchés des organismes de Sécurité sociale*, rédigé par M. Jacques LEVANDO, ancien Directeur de la CPAM d'Annecy et rapporteur à la CCMOSS, est mis à la disposition des organismes. Il apporte des réponses précises aux questions que se posent les organismes en articulant point par point le droit de la commande publique et les dispositions spécifiques aux organismes de Sécurité sociale telles qu'elles figurent dans l'arrêté du 16 juin 2008 modifié et les diverses dispositions du code de la Sécurité sociale.

Une mise à jour de ce Mémento a été effectuée par son auteur, M. LEVANDO, au regard des nouvelles dispositions découlant de la publication de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics.

La nouvelle version de ce Mémento a été publiée en Avril 2017.

Journées d'information auprès des organismes de Sécurité sociale

Sur sollicitation d'organismes, le secrétariat peut mettre en place des journées de formation ou d'information sur certains points de la commande publique en général ou sur les modalités spécifiques de passation des marchés des OSS.

C'est ainsi que le secrétariat est intervenu à deux reprises en juin et septembre 2017, à la demande de la CNBF et de la CAVEC pour présenter les principales nouveautés de la commande publique et les modalités de fonctionnement de la commission des marchés.

Diffusion de veilles juridiques mensuelles

Des veilles réglementaire et jurisprudentielle mensuelles, rédigées par le secrétariat de la CCMOSS, sont diffusées à tous les membres et rapporteurs de la Commission ainsi qu'à l'ensemble des organismes de Sécurité sociale est effectuée par le secrétariat de la CCMOSS.

Elles sont mises en ligne sur le site extranet de l'Ucanss / Missions inter-régimes/ CCMOSS sous la rubrique Publications ainsi que sur le réseau social U ACHATS – Groupe veille et expertise juridique.

Les bulletins d'informations, guides et notes

Le secrétariat de la Commission réalise régulièrement des bulletins d'informations portant sur des recommandations de la CCMOSS ou sur des points précis de la réglementation des marchés publics. Il a ainsi poursuivi sa mise à disposition de documents synthétiques sur les nouvelles dispositions de la commande publique.

Il élabore également des documents tels que des guides ou des notes afin de fournir une aide aux organismes de Sécurité sociale.

En 2017, la mise à disposition de notices et mémo pratiques sur les nouvelles dispositions de la commande publique a été poursuivie (régularisation des candidatures et des offres, préparer la négociation) et les fiches de procédures au regard de la nouvelle réglementation ont été mises à jour.

Participation à un groupe de travail de la Direction des achats de l'État

Le secrétariat de la CCMOSS peut être amené à participer à différents groupes de travail.

En 2017, il a participé, en tant que représentant de l'Ucanss, à un groupe de travail dédié à l'élaboration du futur guide de l'achat public « Réussir son achat public responsable » et piloté par la Direction des Achats de l'État.

Le groupe est constitué de membres permanents issus d'horizons différents aux compétences et expertises complémentaires : juristes, experts des achats responsables, acheteurs publics (État, établissements publics, collectivités territoriales, grands donneurs d'ordre publics).

L'objectif du guide est d'exploiter les possibilités offertes par le droit de la commande publique en matière d'intégration des enjeux de responsabilité sociale et environnementale des donneurs d'ordre publics dans leurs achats.

La publication de ce guide est prévue pour la fin du 1^{er} semestre 2018.

Participation à la journée nationale RSO de l'Assurance maladie

La CNAMTS organise chaque année une journée nationale Responsabilité Sociétale des Organisations qui réunit l'ensemble du réseau Développement Durable (DD) et RSO. Cette journée vise à présenter les avancées de la démarche nationale en matière de RSO et à partager les bonnes pratiques entre organisme du réseau Assurance Maladie. Des ateliers de réflexion autour d'un enjeu central de la RSO sont organisés.

En 2017 le secrétariat de la CCMOSS a été amené à participer à cette journée qui s'est tenue le 12 décembre. Il a été le référent institutionnel de l'atelier portant sur l'insertion des clauses sociales au sein des marchés.

Son rôle a consisté à lister les points essentiels à aborder lors de la phase de préparation de l'atelier puis à introduire le sujet lors de la présentation et participer aux échanges avec les participants afin de faire remonter les attentes du réseau pour définir des axes de travail.

DONNÉES STATISTIQUES



Données statistiques - Chiffres clés	23
Les dossiers transmis	25
Zoom sur le Régime général	29
La nature des prestations soumises	30
Les procédures mises en oeuvre	31
Répartition par nature des prestations et procédure	32
Zoom sur les accords-cadres	33
Les modalités de traitement des dossiers	34
Les dossiers examinés par la Commission en 2017	37

3 DONNÉES STATISTIQUES

Chiffres clés 2017

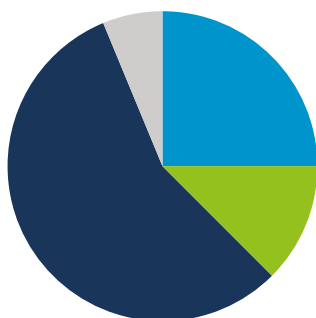
39

dossiers pour un
montant estimatif de

958 587 177 € HT*

*dont un dossier d'un montant
estimatif de 700 millions d'euros

51 %
dossiers entre
4 et 20 M€ HT



64 %
dossiers
**Prestations
de service**

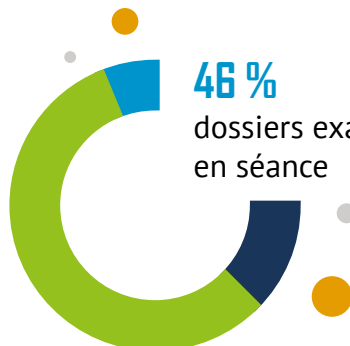
51 %
dossiers pour
le Régime général

71,8 %
dossiers
Appel d'offres

46 %
dossiers
Accords-cadres

Une moyenne
annuelle de
43 dossiers
depuis 2006

46 %
dossiers examinés
en séance



Les dossiers transmis

Une saisine de la Commission et un nombre de dossiers transmis variables d'une année sur l'autre

En 2017, **39** dossiers pour un total de **958 587 177 millions € HT** ont été transmis à la Commission. Par rapport à l'année précédente, on enregistre une baisse sensible du nombre de dossiers transmis qui s'explique, en partie, par l'arrivée à échéance de plusieurs COG des branches du Régime général.

En revanche, le montant HT prévisionnel, particulièrement élevé cette année, des projets de marchés ou accords-cadres soumis à la Commission, tient à la présentation des dossiers de la centrale d'achat Ucanss en particulier l'achat de titres-restaurant dont le montant estimatif est de 700 millions d'euros HT.

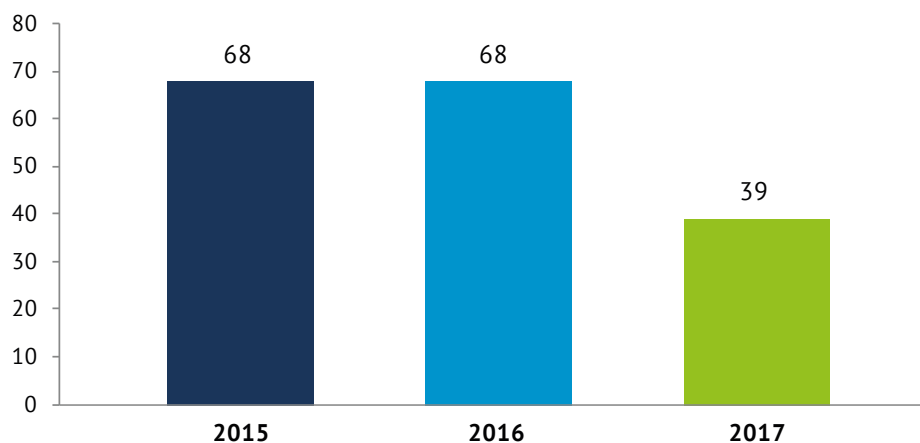
Ce montant est néanmoins à relativiser car il n'est que le reflet approximatif du montant des achats qui seront réellement effectués, les chiffres annoncés au moment du lancement de la procédure ne correspondant qu'à des estimations.

Évolution de la saisine depuis 2015

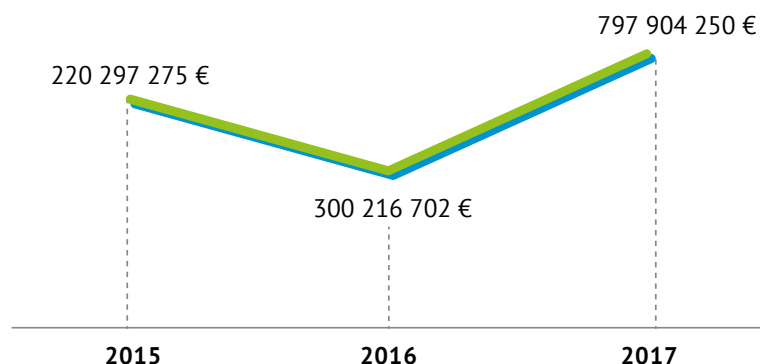
La saisine de la Commission, d'une année sur l'autre, est variable.(68 dossiers en 2015 et 2016, 39 en 2017).

Cette fluctuation est principalement liée à la durée des COG qui a un impact sur le lancement des projets de marché, notamment dans le domaine de l'immobilier.

En nombre de dossiers



En montant (en € HT)



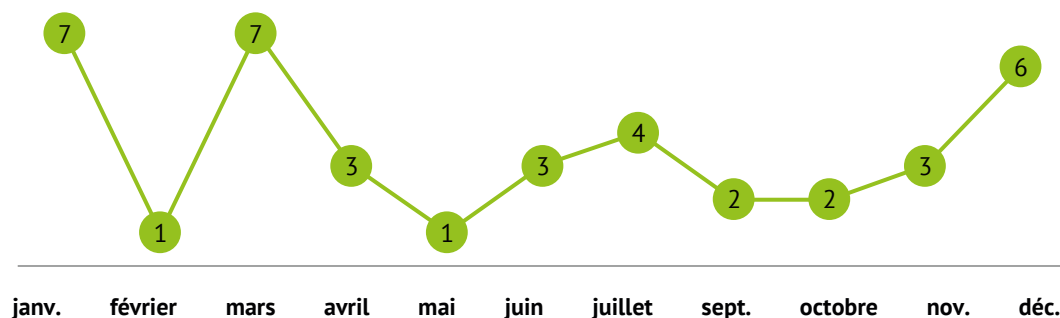
Répartition des dossiers par séance

En 2017, il a été enregistré un « pic » de transmission des dossiers pour les séances de janvier, mars et décembre 2017.

En effet, même si un recensement des dossiers à venir pour l'année suivante est effectué au cours du dernier trimestre de l'année, les dossiers effectivement transmis ne sont que très partiellement le reflet des prévisions communiquées au secrétariat (dossiers positionnés pour une séance et jamais transmis, dossiers positionnés pour une séance et transmis à une séance ultérieure, dossiers non annoncés transmis sans information préalable du secrétariat, etc.).

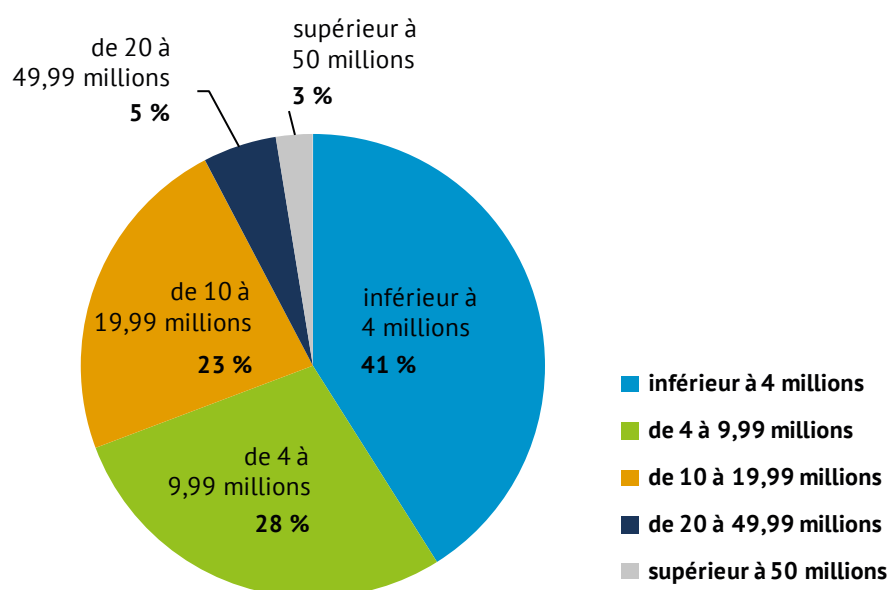
Pour des raisons d'organisation, l'attention des organismes est appelée sur la nécessité d'informer au plus tôt le secrétariat de la Commission du dépôt d'un dossier pour une séance donnée dès lors que la transmission du dossier est modifiée.

Nombre de dossiers par séance



Répartition des dossiers par montant

DOSSIERS TRANSMIS PAR TRANCHE	NOMBRE	%
inférieur à 4 millions *	16	41 %
de 4 à 9,99 millions	11	28 %
de 10 à 19,99 millions	9	23 %
de 20 à 49,99 millions	2	5 %
supérieur à 50 millions	1	3 %
TOTAL	39	100 %



Si 41 % des dossiers transmis ont un montant estimatif inférieur au seuil de saisine obligatoire (projets de marchés annexes concourant à la réalisation d'une opération - le plus souvent de travaux - atteignant le seuil de 4 millions d'euros HT), plus de la moitié des dossiers (51 %) ont des montants estimatifs situés entre 4 et 20 millions d'euros HT.

À noter que les 3 dossiers, dont le montant se situe au-dessus de 20 millions d'euros, concernent 2 dossiers de la centrale d'achat Ucanss (titres-restaurant et fourniture de gaz) et 1 marché de travaux pour la réhabilitation des bâtiments d'un organisme.

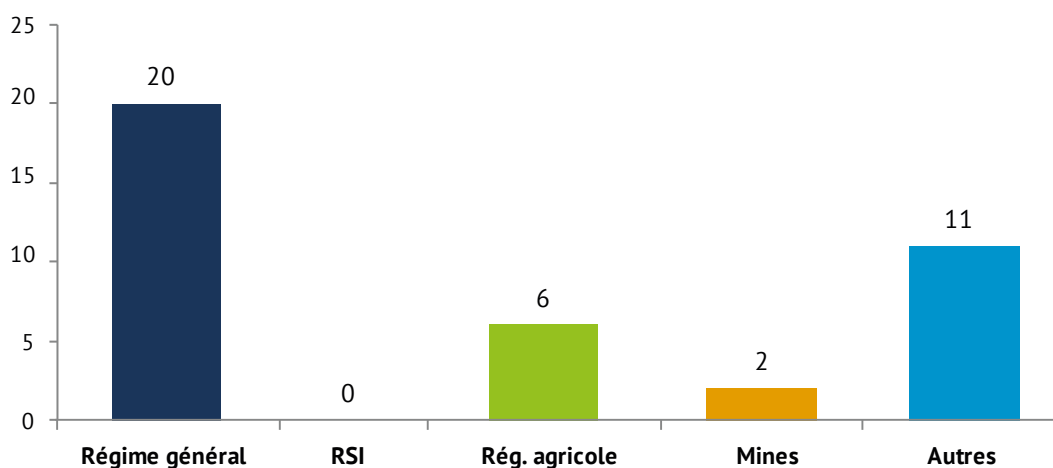
Répartition des dossiers par régime et par autres organismes

Les dossiers soumis proviennent majoritairement du Régime général toutes branches confondues (51 %).

Les régimes agricoles et des Mines représentent 20 % des dossiers. La catégorie autres organismes (GIE SESAM VITALE, ASIP SANTE, CNBF, CRPCEN, GIP MDS, CPR SNCF) représentent 28 % des dossiers transmis.

En revanche le Régime social des indépendants n'a transmis aucun dossier.

RÉGIMES ET ORGANISMES	NOMBRE	%
Régime général	20	51 %
Régime social des indépendants	0	0 %
Régime agricole	6	15 %
Régime des mines	2	5 %
Autres organismes	11	28 %
TOTAL	39	100 %



Évolution du nombre et du montant des dossiers transmis par régime depuis 2015

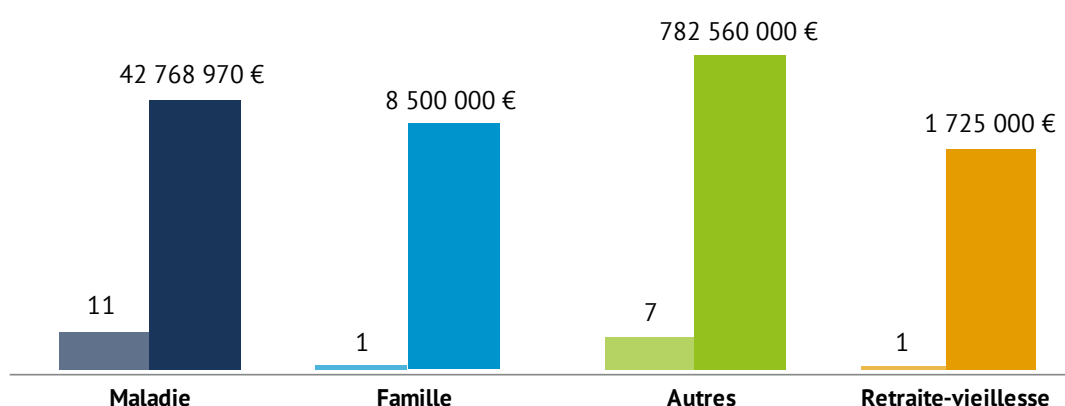
Ce sont les caisses du Régime général (CPAM, CAF, CARSAT, UGECAM, UCANSS...) qui présentent le plus de dossiers et qui totalisent le plus souvent le montant le plus élevé. Néanmoins, les autres caisses qui présentent des marchés nationaux portés par les organismes centraux ou certaines structures spécifiques (CNRSI, CCMSA/GIE Agora, CANSSM, GIE SESAM VITALE, ASIP SANTE) représentent des masses financières significatives.

		2015	2016	2017
Régime général	Nb dossiers	36	38	20
	Montant	262 676 439 €	246 881 572 €	835 553 970 €
Régime des indépendants	Nb dossiers	9	3	0
	Montant	227 285 911 €	85 500 000 €	-
Régime agricole	Nb dossiers	12	12	6
	Montant	81 541 982 €	53 284 800 €	25 428 234 €
Régime des mines	Nb dossiers	6	2	2
	Montant	152 032 222 €	23 614 658 €	19 741 973 €
Autres organismes	Nb dossiers	5	13	11
	Montant	75 500 000 €	137 337 700 €	77 863 000 €

Zoom sur le Régime général

L'essentiel des dossiers transmis en 2017 par le Régime général est porté par des projets de marchés présentés par la branche Maladie (55 %) dont 9 pour les UGECAM. À noter que les 7 dossiers de la catégorie « autres » sont des dossiers présentés par l'Ucanss, des UIOSS, une CGSS et l'Institut 4.10.

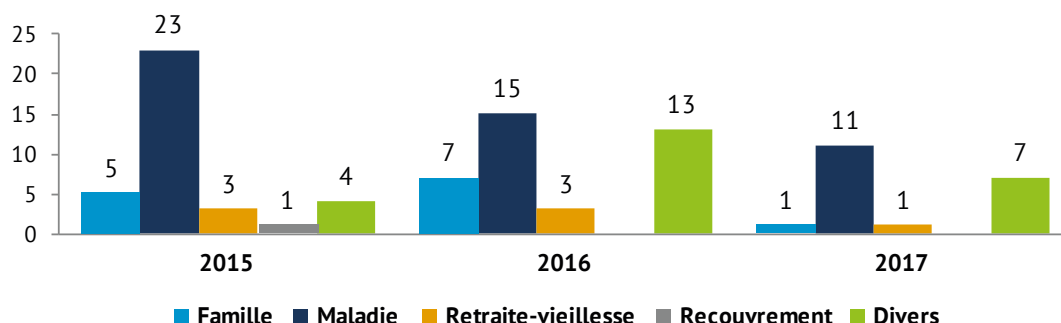
DOSSIERS PAR BRANCHE	NOMBRE	%	MONTANT € HT	%
Maladie	11	55 %	42 768 970 €	5 %
Famille	1	5 %	8 500 000 €	1 %
Vieillesse	1	5 %	1 725 000 €	0 %
Autres	7	35 %	782 560 000 €	94 %
TOTAL	20	100 %	835 553 970 €	100 %



Évolution des dossiers du Régime général

La répartition des dossiers transmis d'une branche à l'autre varie chaque année. À noter cependant, que la branche recouvrement ne présente généralement, peu ou pas du tout, de dossiers.

Branch Régime général - en nombre de dossiers



La nature des prestations soumises

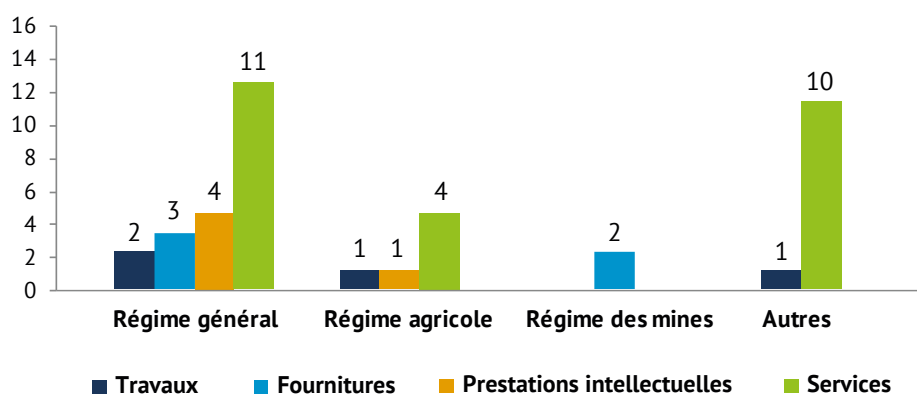
Les prestations faisant majoritairement l'objet d'une saisine de la Commission sont de façon constante les prestations de services.

Ainsi en 2017, **25 dossiers**, soit **64 %**, portant sur des prestations de services ont été soumis. En revanche, le montant des fournitures représente le pourcentage le plus important (**80,5 %**) du montant total estimatif). Cette prédominance est liée à la présentation d'un dossier de la centrale d'achat Ucanss relatif à la fourniture de titres restaurants.

Par ailleurs, la catégorie des « **autres organismes** » a principalement soumis des dossiers de prestations de services : **10 dossiers** pour un montant de **68 460 000 € HT soit 58 %** du montant total estimé des marchés de services. Cette situation s'explique par la spécificité des organismes qui ont déposé un dossier, en particulier l'ASIP SANTE et le GIE SESAM VITALE qui sont des acheteurs importants dans le domaine des grands services informatiques.

En nombre de dossiers

2017	RÉGIME GÉNÉRAL	RÉGIME AGRICOLE	RÉGIME DES MINES	AUTRES
Travaux	2	1		1
Fournitures	3		2	
Prestations intellectuelles	4	1		
Services	11	4		10
TOTAL	20	6	2	11



En montant HT

2017	RÉGIME GÉNÉRAL	RÉGIME AGRICOLE	RÉGIME DES MINES	AUTRES
Travaux	34 680 000 €	8 798 234 €		9 403 000 €
Fournitures	752 000 000 €		19 741 973 €	
Prestations intellectuelles	15 980 000 €	450 000 €		
Services	32 893 970 €	16 180 000 €		68 460 000 €
TOTAL	835 553 970 €	25 428 234 €	19 741 973 €	77 863 000 €

Les procédures mises en œuvre

Si la nouvelle réglementation ne considère plus le concours comme une procédure mais comme une technique d'achat ayant un régime juridique particulier, le choix a, cependant, été fait de comptabiliser le concours au titre des procédures.

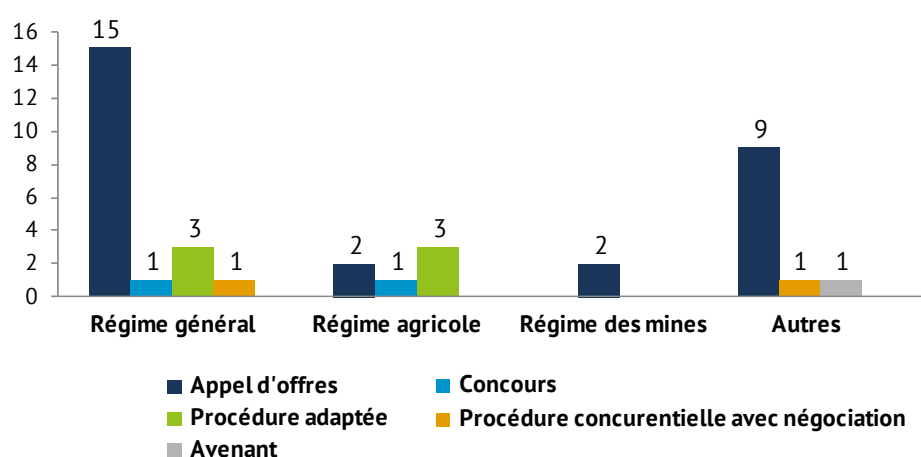
En 2017, seuls 2 concours de maîtrise d'œuvre pour un montant total estimatif de 5 046 000 € HT ont transmis à la Commission.

Pour 28 dossiers soit 71,8 %, le choix a été fait de recourir à l'appel d'offres.

2017	APPEL D'OFFRES		PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION		PROCÉDURE ADAPTÉE (MAPA)		CONCOURS		AVENANT	
Régime général	15	810 292 970 €	1	4 450 000 €	3	10 611 000 €	1	10 200 000 €		
Régime agricole	2	24 698 234 €			3	280 000 €	1	450 000 €		
Régime des mines	2	19 741 973 €								
Autres	9	72 603 000 €	1	4 800 000 €					1	460 000
ENSEMBLE	28	927 336 177 €	2	9 250 000 €	6	10 891 000 €	2	10 650 000 €	1	460 000

On note que pour le Régime général, les deux procédures majoritairement utilisées sont l'appel d'offres et le MAPA. Cette répartition s'explique par la nature des prestations concernées qui ressortent principalement du domaine immobilier et donc concerne le dépôt de dossiers de travaux et de services.

En nombre de dossiers transmis par régime et procédure



Répartition par nature des prestations et procédure

Sur les 38 dossiers soumis (l'avenant n'étant pas comptabilisé), la répartition des dossiers selon la nature des prestations et les procédures choisies s'établit comme suit :

- Les dossiers portant sur des **fournitures** sont peu nombreux et ont tous fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres ouvert. 5 dossiers en appel d'offres ouvert pour un montant de 771 741 973 € HT ont été déposés en 2017.
- Les procédures utilisées pour les **prestations intellectuelles** de maîtrise d'œuvre se répartissent entre l'appel d'offres restreint, le concours et la procédure concurrentielle avec négociation. En 2017, ont été transmis 2 dossiers en appel d'offres restreint pour un montant de 1 330 000 € HT, 2 dossiers sous forme de concours pour un montant de 10 650 000 € HT et 1 dossier en procédure concurrentielle avec négociation pour un montant de 4 450 000 € HT.
- Les prestations de **services** ont essentiellement fait l'objet de procédures d'appel d'offres principalement ouvert. En 2017, 15 dossiers en appel d'offres ouvert pour un montant de 83 657 970 € HT, 2 dossiers en appel d'offres restreint pour un montant de 17 725 000 € HT, 1 dossier en procédure concurrentielle avec négociation pour un montant de 4 450 000 € HT et 6 dossiers en MAPA pour un montant de 10 891 000 € HT ont été déposés.
- Pour les prestations de **travaux**, les organismes choisissent l'appel d'offres ouvert. 4 dossiers en appel d'offres ouvert pour un montant de 52 881 234 € HT en 2017.

Soit au total, pour l'année 2017 :

24 AOO pour **908 281 177 € HT**
4 AOR pour **19 055 000 € HT**
2 Concours pour **10 650 000 € HT**
6 MAPA pour **10 891 000 € HT**
2 procédures concurrentielles avec négociation pour **9 250 000 € HT**
1 avenant pour **460 000 € HT**.

	AOO	AOR	CONCOURS	MAPA	PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION	AVENANT
Fournitures en nb	5					
En montant HT	771 741 973 €					
Prestations intellectuelles en nb		2	2		1	
En montant HT		1 330 000 €	10 650 000 €		4 450 000 €	
Services en nb	15	2		6	1	1
En montant HT	83 657 970 €	17 725 000 €		10 891 000 €	4 800 000 €	460 000 €
Travaux en nb	4					
En montant HT	52 881 234 €					

Zoom sur les accords-cadres

Les accords-cadres connaissent une évolution croissante qui traduit la préférence des organismes pour ce type de marché.

En 2017, **18 dossiers** soit **46 %** sont des accords-cadres. Il s'agit principalement d'accords-cadres à bons de commande.

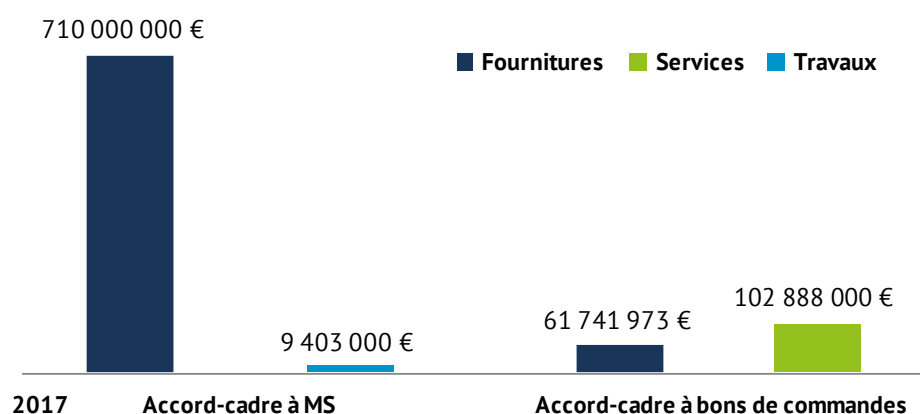
Le montant total estimé des accords-cadres transmis représente **884 024 973 € HT** soit **92 %** du montant total estimé des dossiers.

En nombre de dossiers transmis

	2016		2017	
	Accord-cadre à MS*	Accord-cadre à bons de commandes*	Accord-cadre à MS*	Accord-cadre à bons de commandes*
Fournitures	1	2	2	3
Services	5	18		12
Prestations intellectuelles	1			
Travaux		1	1	
TOTAL	7	21	3	15

* accord-cadre à MS = accord-cadre CMP 2006 - Accord-cadre à bons de commande = marchés à bons de commande CMP 2006

En montant sur 2017



Les accords-cadres selon les régimes et autres organismes

Ce sont le Régime général et la catégorie « autres organismes » qui présentent le plus de dossiers sous forme d'accords-cadres (15 sur les 18 dossiers en accords-cadres) soit 83 %.

	RÉGIME GÉNÉRAL	RÉGIME AGRICOLE	RÉGIME DES MINES	AUTRES ORGANISMES	TOTAL
Nb dossiers	5	1	2	10	18
Montant HT	770 980 000 €	15 900 000 €	19 741 973 €	77 403 000 €	884 024 973 €

Les modalités de traitement des dossiers

En 2017, sur les 39 dossiers soumis à la saisine de la Commission :

19 dossiers – soit 48,7 % des dossiers – ont été dispensés d'un passage en séance de la Commission et ont fait l'objet d'une lettre d'observations.

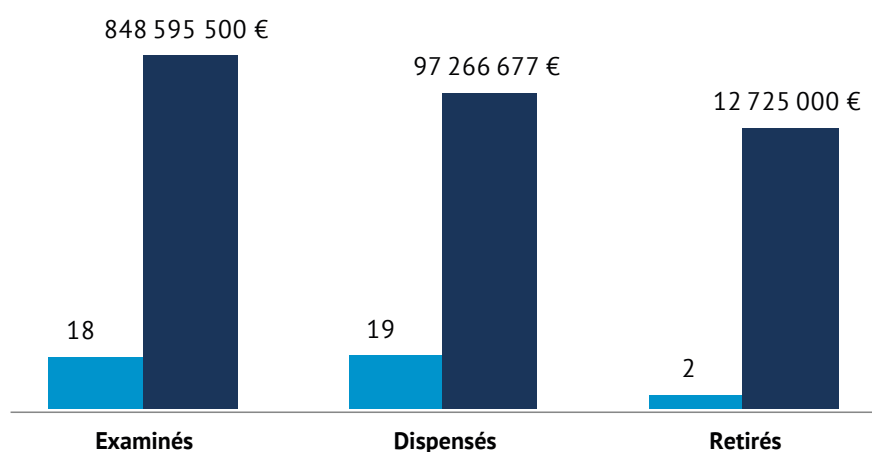
Ils représentent en montant **97 266 677 € HT** soit **10,1 % du montant total des dossiers**.

18 dossiers – soit 46,1 % des dossiers – ont été présentés en séance et ont fait l'objet d'un examen par un rapporteur.

Ils représentent **848 595 500 € HT** soit **88,6 % du montant total des dossiers**.

À noter que 2 dossiers transmis (soit 5 %) n'ont finalement pas été examinés, suite à leur retrait de la séance, par les organismes. Il s'agit d'un dossier dont l'objet ne relevait pas du champ de compétence de la Commission et d'un dossier dont le montage nécessitait d'être revu avant une nouvelle présentation devant la Commission. Ils représentaient un montant de 12 725 000 € HT soit 1,3 %.

En nombre et en montant



Évolution depuis 2015

Si en 2015 et 2016, le rapport entre les dossiers dispensés et examinés était en faveur d'un plus grand nombre de dossiers dispensés, le rapport pour 2017 est presque à part égale. Cela s'explique notamment par le nombre plus limité des dossiers transmis.

Il reste que les dossiers avec un fort enjeu financier ou stratégique sont systématiquement présentés devant la Commission.

MODALITÉS DE TRAITEMENT *	2015	2016	2017
Dispensés	44	45	19
Montant	309 191 250 €	229 629 111 €	97 266 677 €
Examinés	21	20	18
Montant	469 722 304 €	286 341 919 €	848 595 500 €

* Sur les 37 dossiers réellement dispensés et examinés

Traitement des dossiers par régimes et autres organismes

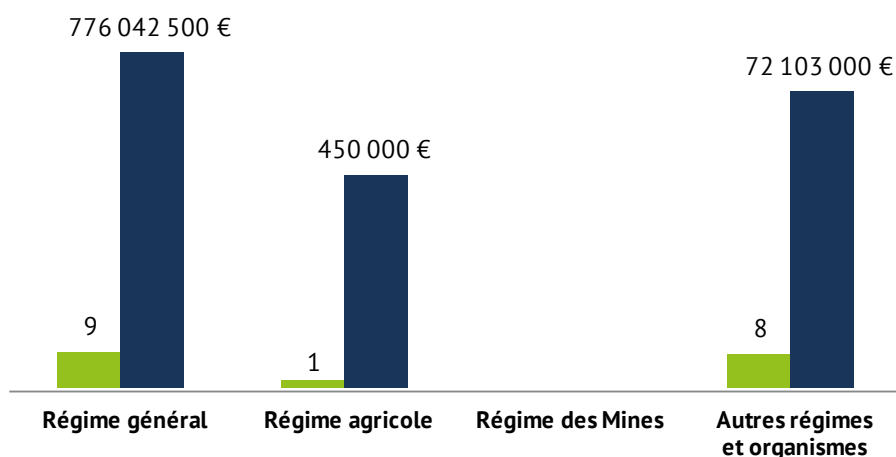
MODALITÉS DE TRAITEMENT*	RÉGIME GÉNÉRAL	RÉGIME AGRICOLE	RÉGIME DES MINES	AUTRES ORGANISMES
Dispensés	9	5	2	3
Montant	46 786 470 €	24 978 234 €	19 741 973 €	5 760 000 €
Examinés	9	1		8
Montant	776 042 500 €	450 000 €		72 103 000 €

* Sur les 37 dossiers réellement dispensés et examinés

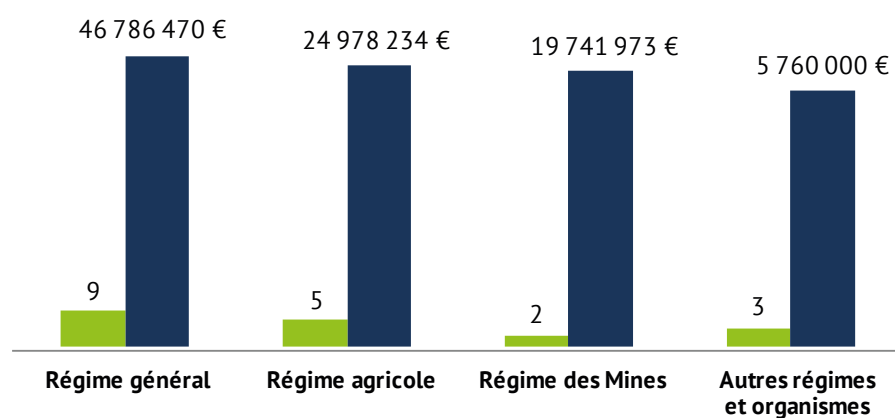
En 2017, la moitié des dossiers transmis par le Régime général ont été dispensés d'un examen en séance de la Commission (71 % en 2016).

En revanche, les dossiers examinés du Régime général représentent **91,4 % du montant des dossiers examinés** (73 % en 2016).

Répartition par branche des dossiers examinés



Répartition par branche des dossiers dispensés



Zoom sur les dossiers dispensés* par nature de prestations et par procédure

2017	APPEL D'OFFRES		CONCOURS		MAPA		PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION	
	Nb dossiers	Montant €	Nb dossiers	Montant €	Nb dossiers	Montant €	Nb dossiers	Montant €
Travaux	3	43 478 234 €						
Prestations intellectuelles	2	1 330 000 €	1	10 200 000 €				
Fournitures	2	19 741 973 €						
Services	4	16 845 470 €			5	411 000 €	1	4 800 000 €
TOTAL	11		1	10 200 000 €	5	411 000 €	1	4 800 000 €

* Plus un avenant

La majorité des dossiers dispensés (**11 dossiers soit 58 %**) sont passés en appel d'offres et concernent aussi bien des prestations de travaux, fournitures et services.

Les MAPA ont presque tous fait l'objet d'une dispense donnant lieu à l'envoi d'une lettre comportant le plus souvent des observations sur le contenu des pièces du DCE (**5 dossiers soit 26 %**).

Zoom sur les dossiers examinés par nature de prestations et par procédure

2017	APPEL D'OFFRES		CONCOURS		MAPA		PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION	
	Nb dossiers	Montant €	Nb dossiers	Montant €	Nb dossiers	Montant €	Nb dossiers	Montant €
Travaux	1	9 403 000 €						
Prestations intellectuelles			1	4 500 000 €			1	4 450 000 €
Fournitures	3	752 000 000 €						
Services	11	71 812 500 €			1	10 480 000 €		
TOTAL	15	833 215 500 €	1	4 500 000 €	1	10 480 000 €	1	4 450 000 €

Sur les 18 dossiers examinés, **15 dossiers, soit 83 %**, sont **passés en appel d'offres** et concernent principalement des prestations de services.

Seul un dossier présenté selon la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation a fait l'objet d'un examen en séance, le second dossier ayant été dispensé au regard de la maîtrise de la procédure par l'organisme.

Les dossiers examinés par la Commission en 2017

ORGANISME	OBJET	MONTANT PRÉVISIONNEL HT
UCANSS	Approvisionnement en fournitures de bureau pour les OSS	10 000 000 €
UGE CAM Alsace	Mission de relevé de l'existant pour la restructuration de l'IURC d'Illkirch	150 000 €
UGE CAM Alsace	Maîtrise d'Œuvre pour la restructuration de l'IURC d'Illkirch	4 450 000 €
ASIP Santé	Assistance à maîtrise d'ouvrage «rédaction de cahier des charges et analyse de dossier de réponse»	6 000 000 €
UCANSS	Titres-restaurant pour les OSS	700 000 000 €
CRPCEN	Entretien et rénovation des immeubles à usage d'habitation et à usage commercial	9 403 000 €
MSA Ardèche Drôme Loire	Maîtrise d'œuvre pour la construction du site de Privas	450 000 €
GIE SESAM VITALE	Assistance technique Réalisations logicielles	16 000 000 €
Institut 4.ID	Dispositif de formation : informatique opérationnelle	10 480 000 €
UCANSS	Fourniture de gaz pour les OSS	42 000 000 €
ASIP Santé	Prestations de conseil stratégique en communication et communication opérationnelle	4 200 000 €
ASIP Santé	Assistance à maîtrise d'ouvrage relative au pilotage de la structure et du programme conduit par l'ASIP Santé	8 200 000 €
UGE CAM PACA Corse	Assistance à maîtrise d'ouvrage pour la réhabilitation du Centre de soins de suite et de rééducation Hélios Marin, à Vallauris (06)	300 000 €
CPAM de la Somme	Assistance à maîtrise d'ouvrage d'ordre technique, juridique et financier pour le lancement, la conduite et le suivi d'un CPE pour la réhabilitation du siège	162 500 €
ASIP Santé	Support client, centre de gestion et outils de la relation client	12 900 000 €
CAF de la Sarthe	Location, maintenance et services associés de nouvelles lignes de production de l'éditique	8 500 000 €
GIP-MDS	Tierce maintenance applicative applications du portail net-entreprises	10 000 000 €
CRP SNCF	Tierce maintenance applicative	5 400 000 €
TOTAL		848 595 500 €

LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION

4

Les recommandations et conseils de la Commission	39
La note de présentation accompagnant le dossier	40
La connaissance de l'état du marché	42
La définition des besoins	43
L'utilisation des variantes	44
La prise en compte des objectifs de développement durable et de responsabilité sociétale	46
L'achat groupé	48
Le principe de l'allotissement	49
Le recours au marché global	50
Les petits lots	51
Le montage contractuel	52
Le choix de la procédure	56
Le calendrier de la procédure	59
Les mesures de publicité	60
Le contenu de l'avis de publicité	60
Le dossier de candidature	62
La sélection des candidatures	62
La présentation des offres	63
Les critères de jugement des offres	64
La méthode de notation des critères	67
Les documents de la consultation	68

4 LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION

La note de présentation accompagnant le dossier

Une rédaction parfois trop succincte de la note de présentation et des observations récurrentes

Le contenu de la note de présentation

Conformément aux dispositions de l'article 13 de l'arrêté du 16 juin 2008 modifié, la saisine de la Commission, effectuée par le dépôt des pièces du projet de marché ou d'accord-cadre, s'accompagne d'une note de présentation comprenant des éléments bien précis.

Il s'agit d'un élément indispensable dont la rédaction mérite d'être particulièrement soignée. Elle doit permettre de comprendre au mieux le projet de marché ou accord-cadre présenté à la Commission, en particulier :

La définition du besoin destinée à décrire le contexte dans lequel s'inscrit le projet de marché. Il s'agit de donner les raisons objectives qui rendent nécessaire l'acquisition prévue, de définir la prestation effectuée ou les travaux réalisés et de décrire le contexte économique du marché (veille fournisseurs effectuée).

La place du contrat afin d'indiquer s'il s'agit d'un nouveau marché ou d'un renouvellement, de préciser la date d'échéance, le(les) titulaire(s) du marché précédent et de faire le bilan sur l'exécution du contrat.

S'il s'agit d'un marché de travaux : se rapporte-t-il à une même opération ou à un même ouvrage ?

S'il s'agit d'un marché de fournitures ou de services : fait-il partie d'un ensemble unique de prestations homogènes ou concourant à la réalisation d'un même projet ? Indiquer le montant.

Le montage contractuel doit être précisé : marché, accord-cadre, groupement de commande (indiquer les organismes associés).

La définition de l'objet du contrat avec le choix d'allotir ou non et sa justification qui doit faire l'objet d'une attention particulière. Il s'agit de :

- Définir l'objet du marché et en expliciter les particularités, indiquer la division en lots, les modalités d'attribution et le cas échéant, la justification de l'absence d'allotissement.
- Préciser la durée du marché ou la date prévisionnelle de début ou de fin du marché.
- Indiquer le montant du marché en signalant les éléments pris en compte pour son évaluation ; s'il s'agit d'un marché à bons de commande ou d'un accord-cadre, justifier l'écart entre le minimum et le maximum ou, éventuellement, l'absence de montant.
- Indiquer comment s'effectuent le suivi et le retour d'expérience de la commande.
- Justifier dans le cas d'un marché à tranches optionnelles la fonctionnalité des tranches et leur affermissement.

La prise en compte des objectifs sociaux ou environnementaux doit être obligatoirement mentionnée.

Enfin, la note de présentation doit comporter la décomposition de la procédure d'attribution : justification de la procédure retenue, calendrier prévisionnel détaillé, choix des critères, méthode d'analyse, dérogations aux CCAG, etc.

Les observations de la Commission

La Commission fait régulièrement le constat que la note de présentation est parfois rédigée trop succinctement. Cette carence ne permet pas au secrétariat, au rapporteur et aux membres de la Commission d'appréhender correctement l'ensemble des éléments du dossier.

La Commission rappelle que la note de présentation est le premier document qui est consulté et qui doit réunir tous les éléments de compréhension concernant le projet de marché ou d'accord-cadre. Une note de deux ou trois pages recto-verso est considérée comme insuffisante. Les points demandés doivent faire l'objet d'un développement minimum.

La rédaction de la note de présentation doit être en cohérence avec les pièces du marché.

C'est pourquoi, le rapporteur chargé de l'examen du dossier, est parfois conduit à demander à l'organisme de fournir à la commission une version plus complète de ce document.

De la même façon, lors de l'examen du dossier en séance, la Commission est également amenée à solliciter les organismes pour apporter des précisions sur le contenu de cette note.

En 2017, la Commission a relevé que les points suivants n'étaient pas ou peu renseignés et a invité les organismes à fournir des compléments d'informations sur :

- L'environnement dans lequel s'inscrit le marché : les éléments explicitant le lancement du marché doivent être indiqués ainsi que la place du marché au sein d'une opération ou d'une architecture par exemple sont également à apporter.
- Le choix du montage contractuel retenu et de la procédure : le choix effectué doit être dûment expliqué (exemple accord-cadre, conception-réalisation pour une opération de travaux).
- L'allotissement retenu, notamment le découpage des lots au regard de l'objet du marché.
- La justification du recours à un marché global : un argumentaire étayé doit figurer dans la note, ce qui permet à la Commission de s'assurer que l'organisme sera en capacité d'apporter les éléments justifiant de son choix.
- Le contexte économique du marché avec des précisions sur la veille fournisseur effectuée : l'indication que plusieurs prestataires seront intéressés par la consultation est insuffisante. Des développements sur la veille fournisseur effectuée (rencontre avec les fournisseurs, typologie des entreprises susceptibles de répondre, « sourcing » etc.) sont nécessaires.
- Les conditions dans lesquelles le renouvellement du marché intervient : des éléments de bilan sur l'exécution du marché antérieur, la continuité des marchés, leur évolution et l'allotissement sont à communiquer.
- La prise en compte de clauses sociales et environnementales au titre des critères ou des conditions d'exécution.
- La méthode de notation des critères de jugement des offres : cet élément est rarement renseigné. Il est toutefois important car il permet à la Commission de s'assurer que la méthode de notation retenue est la plus pertinente et ne comporte pas des éléments qui pourraient conduire à la remettre en cause.
- Le calendrier prévisionnel de passation de la procédure souvent imprécis et qui ne permet pas de s'assurer du bon respect des délais réglementaires.

La connaissance de l'état du marché

La connaissance de l'état du marché, une démarche constructive de plus en plus souvent effectuée

La préparation de la procédure constitue l'étape indispensable pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions.

Elle passe par la mise en œuvre d'une concurrence satisfaisante qui se réalise au travers d'études et d'échanges préalables avec les opérateurs économiques afin d'aboutir à une bonne détermination du besoin, une forme de consultation et de contrat approprié, une définition correcte de l'objet, la prise en compte de critères environnementaux et sociaux, de clauses d'exécution.

Il est donc important :

- d'identifier les finalités et les objectifs du projet ou de l'achat envisagé,
- de fixer le périmètre d'achat en fonction des ressources financières disponibles,
- d'éviter d'acheter dans l'urgence,
- d'anticiper en ayant une bonne connaissance des opérateurs économiques,
- d'effectuer un récapitulatif des besoins des années précédentes.

Tout en l'ajustant au droit de la commande publique, la pratique du *sourcing* est désormais légitimée par les articles 4 (études et échanges préalables avec les opérateurs économiques) et 5 (participation d'un opérateur économique à la préparation de la procédure) du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Attention toutefois à l'utilisation, par les acheteurs, des résultats tirés de la mise en œuvre d'opérations de *sourcing*, celle-ci est interdite par l'article 4 alinéa 2 du décret si elle a « *pour effet de fausser la concurrence* », ou si elle entraîne « *une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

Par ailleurs, l'article 5 du décret impose à l'acheteur de prévoir des mesures de nature à contenir le risque d'un avantage concurrentiel de l'opérateur « *qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires* ».

Ainsi, en vertu du principe de l'égalité de traitement des candidats, l'acheteur doit assurer la diffusion, à l'ensemble des candidats à la procédure, des informations qui ont été communiquées par l'acheteur à un opérateur lors de l'opération de *sourcing*.

Enfin, lorsque la procédure est lancée, il convient de respecter le principe suivant : aucun contact informel ne doit être pris avec les entreprises candidates.

Une bonne connaissance du contexte de chaque achat et du secteur économique pouvant y répondre peut s'acquérir par :

- l'établissement d'une cartographie des achats ;
- la participation régulière à des salons professionnels ;
- la visite des entreprises ;
- des rencontres avec les fournisseurs bien en amont du lancement de la consultation et qui permettent de mieux appréhender le domaine concurrentiel et les capacités des opérateurs à répondre sans surcoûts aux exigences de l'acheteur et de mieux connaître l'offre de technologies et de produits existants. Cela permet également de repérer les solutions innovantes ;
- la prise de connaissance de documentations diverses, notamment les guides des GEM et les différents documents qui sont réalisés par l'Observatoire de l'Achat des organismes de Sécurité sociale (accessibles sur demande par mail à observatoire-achat@ucanss.fr) ;

Guides et études de l'Observatoire de l'achat : le guide pratique sur l'achat des titres de transports, la mise en œuvre de la carte d'achat, le guide pratique des marchés de nettoyage, la dérégulation postale, l'affranchissement, l'achat de formation, la flotte automobile, l'acheteur face à l'archivage - guide méthodologique sur les durées de conservation des archives, l'assistance à maîtrise d'ouvrage dans le domaine immobilier, la restauration collective et les titres-restaurants, le facility management, l'intérim, l'impression et la reprographie et le guide de bonnes pratiques - utiliser un véhicule dans le cadre de son activité professionnelle.

Veille sur l'achat : il s'agit d'une veille sur l'actualité achats destinée à toute personne intéressée par l'achat dans l'institution Sécurité sociale (Directeurs d'Organismes, acheteurs professionnels ou approvisionneurs) avec des objectifs de partage d'informations et de bonnes pratiques pouvant être diffusées au sein des Organismes.

La finalité de cette veille est de : produire de l'information utile aux acheteurs tout au long du processus achat : de la définition du besoin à l'exécution et au suivi du marché ; contribuer à l'animation du réseau social d'entreprise « U Observatoire de l'Achat et U Achat » ; promouvoir les travaux de l'Observatoire de l'Achat.

2 numéros de HA ACTU ont été publiés en avril et juin 2017.

Les observations de la Commission

La Commission constate que cette démarche est désormais de plus en plus pratiquée même si elle n'est pas toujours mentionnée dans le rapport de présentation transmis à la Commission. C'est ainsi que certains acheteurs, comme la CANSSM, la centrale d'achat de l'Ucanss, procèdent à une véritable analyse du marché et réalisent un benchmark des fournisseurs commercialisant le segment d'achat considéré.

Elle recommande, par ailleurs, aux acheteurs de rédiger une Charte de déontologie de l'achat. Il s'agit d'un document interne au pouvoir adjudicateur qui définit les règles de bonne conduite que doivent respecter les acheteurs dans leur relation avec les fournisseurs à savoir les règles élémentaires de transparence, d'égalité de traitement et de liberté d'accès aux marchés publics et s'opposer à tout avantage injustifié ou prise illégale d'intérêt.

La définition des besoins

Une définition des besoins le plus souvent bien exprimée mais qui reste perfectible

Comme indiqué par la Direction des Affaires Juridiques « Une définition précise du besoin par l'acheteur est la garantie de la bonne compréhension et de la bonne exécution du marché public, de son objet et de ses caractéristiques. Elle permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public. En ce sens, elle est clef d'un achat réussi ».

Conformément à l'article 31 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, l'acheteur doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises qui sont des prescriptions techniques décrivant les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service.

L'article 6 du décret relatif aux marchés publics dresse la liste des modalités de définition des conditions techniques d'exécution des marchés publics, soit par référence à des prescriptions détaillées et/ou des normes, soit par référence à des objectifs performanciers ou des exigences fonctionnelles, soit par combinaison des deux techniques.

Un avis publié au *Journal officiel* du 27 mars 2016 relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics complète le cadre réglementaire en donnant des définitions des notions de spécifications techniques et de normes conformes à la réglementation européenne.

Enfin, l'article 9 du décret cité supra, prévoit que, sauf cas dûment justifiés, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.

La définition des besoins formalise l'expression de besoin opérationnel dans le cahier des charges. Elle doit permettre, notamment, aux entreprises de bien comprendre la demande pour proposer des produits ou prestations conformes.

Par ailleurs, une mauvaise évaluation des besoins peut constituer un risque lors de la passation des marchés en favorisant notamment la présentation d'offres anormalement basses ou inacceptables. Au stade de l'exécution, la mauvaise évaluation peut entraîner l'application de pénalités ou la nécessité de procéder à des modifications du marché

Les observations de la Commission

La Commission constate toujours des manquements à la définition des besoins comme une estimation approximative des quantités du marché, une détermination incertaine de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire.

La Commission veille donc à ce que les prestations soient, entièrement définies avant le lancement de la consultation.

Elle est ainsi particulièrement vigilante à la bonne définition des unités d'œuvre dans le cadre des prestations de services et en particulier informatiques, ceci afin d'échapper au risque de requalification du contrat en prêt illégal de main d'œuvre ou de délit de marchandage.

Elle constate que la définition des prestations sous forme d'unités d'œuvre (UO) est la plupart du temps acquise pour les marchés de services informatiques.

Elle a toutefois appelé l'attention d'un organisme, sur un projet de marché relatif à une mission de renforcement et de coordination pour la refonte d'un système d'information, dont le bordereau des prix comprenait des prix journées par type de profil pour un livrable donné. L'organisme a été invité à définir des unités d'œuvres et des livrables associés sur lesquels les candidats devront proposer un prix.

La Commission a également appelé l'attention d'un organisme, dans le cadre d'un marché de tierce maintenance applicative, sur l'absence de durée maximale d'exécution de certaines UO qui pouvaient, en l'état, s'apparenter à de la mise en disposition de personnels et donc être considérées comme du prêt illégal de main d'œuvre.

À l'occasion de l'examen d'un dossier portant sur des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour le pilotage d'une structure et de son programme, la Commission s'est interrogée sur l'expression des besoins caractérisant l'objet des prestations à réaliser même si l'organisme a considéré que les besoins étaient clairement définis. Ces interrogations ont donné lieu à une remise en cause du montage contractuel et conduit la Commission à prendre une mesure d'accompagnement à cet effet.

L'utilisation des variantes

La possibilité d'ouvrir aux variantes, y compris administratives et financières (montant de l'avance, délais d'exécution, contenu et durée des garanties techniques, caractéristiques techniques, méthodologies...) constitue une véritable source de propositions alternatives propres à répondre parfois davantage aux besoins des acheteurs.

Au sens du droit de l'Union européenne, la notion de variante ne distingue pas selon que l'initiative de la variante provient du soumissionnaire de l'offre ou de l'acheteur.

Le terme de variante est ainsi utilisé par l'article 58 du décret n° 2016-360, qui transpose en droit interne l'article 45 de la directive 2014/24/UE, pour désigner aussi bien les variantes qui sont à l'initiative des soumissionnaires et celles qui sont imposées par les acheteurs, y compris ce que les anciens termes de « solutions alternatives » recouvraient.

Par principe, dans les procédures formalisées, les variantes sont interdites sauf autorisation expresse dans l'avis de marché ; dans tous les autres cas, les variantes sont autorisées.

Deux types de variantes sont donc à la disposition des acheteurs :

- les variantes « autorisées » : celles qui peuvent être présentées sur autorisation du pouvoir adjudicateur et qui correspondent alors à des modifications à l'initiative des candidats ;
- les variantes « imposées » : celles qui sont imposées par le pouvoir adjudicateur et sont donc clairement définies dans le cahier des charges.

Les offres de base et les variantes, qu'elles soient imposées ou autorisées, sont jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, définis dans les documents de la consultation. C'est l'offre qui est identifiée comme économiquement la plus avantageuse qui est retenue, qu'elle corresponde à une offre de base ou à une variante.

Lorsqu'elle est retenue, la variante se substitue à la solution de base décrite dans les documents de la consultation, dans ses éléments qui en diffèrent.

Quel que soit le type de variante (facultative ou obligatoire) et quelles que soient les procédures applicables (adaptée ou formalisée), le pouvoir adjudicateur doit mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation (article 58-III du décret). Il s'agit de définir les éléments sur lesquels elles peuvent porter ou bien de préciser les éléments du cahier des charges qu'elles doivent nécessairement respecter. Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les limites imposées par le DCE doit être rejetée.

L'introduction de variantes peut être aussi un moyen efficace d'intégrer la protection de l'environnement, sans que le pouvoir adjudicateur ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut préciser qu'il est disposé à accueillir des offres répondant à certaines variantes plus respectueuses de l'environnement.

La Commission ainsi recommandé l'intégration d'une variante environnementale pour un projet de marché de fourniture de gaz afin de permettre l'éventuel développement du biogaz.

Enfin, les variantes ne doivent pas être confondues avec les options au sens du droit communautaire qui vise les prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations commandées de manière ferme dans le marché, dans le cadre d'éventuelles tranches optionnelles ou de marchés de prestations similaires. Ces options, que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils.

Le cas des prestations supplémentaires éventuelles

Selon la DAI de Bercy : *« l'acheteur peut demander aux soumissionnaires de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat. Ces prestations doivent être en rapport direct avec l'objet du marché et le cahier des charges doit définir leurs spécifications techniques avec précision ».*

Il est néanmoins recommandé de veiller à limiter les prestations supplémentaires afin d'éviter que leur multiplication soit assimilée à une mauvaise définition des besoins de l'acheteur.

Selon le choix de l'acheteur, indiqué dans les documents de la consultation, les soumissionnaires auront soit l'obligation de répondre aux PSE dans leur offre, soit une simple faculté d'y répondre.

Les PSE se distinguent des variantes au regard des éléments suivants :

- la définition des PSE appartient au seul acheteur qui doit faire figurer dans les documents de la consultation les spécifications techniques précises qui les régissent ;
- lorsque la PSE est retenue, elle ne se substitue pas à la solution de base décrite dans les documents de la consultation mais vient s'ajouter à ce qu'il sera possible d'exécuter dans le cadre du marché public ;
- le choix de retenir une PSE ne découle pas de l'application des critères d'attribution.

La prise en compte des objectifs de développement durable et de responsabilité sociétale

Une prise en compte désormais acquise pour les préoccupations environnementales mais encore trop limitée pour les aspects de responsabilité sociétale

Le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics intègre les objectifs sociaux et environnementaux dans le droit des marchés publics et vient compléter l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics transposant les nouvelles directives adoptées par le Parlement européen en 2014.

Selon l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, l'acheteur doit intégrer dans ses pièces, des considérations en matière de développement durable, dans ses composantes sociales, économiques et environnementales. Il peut ainsi :

- inclure des caractéristiques environnementales dans les spécifications techniques (**article 6 du décret**) ;
- juger une offre en intégrant les coûts de cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage (exemple, pour la construction d'un bâtiment, extraction des matières premières en amont et déconstruction en aval) ;
- exiger qu'un label particulier soit présenté dans les spécifications techniques, les critères d'attributions ou les conditions d'exécution du marché (**article 10 du décret**) pour prouver que les travaux ou services répondent bien aux caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre ;
- rejeter l'offre si elle contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit de l'environnement (**article 60 du décret**) ;
- réserver un marché public ou des lots d'un marché à des opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (articles 13 et 14 du décret) ;
- fonder son choix à partir d'un coût déterminé selon une approche globale (cycle de vie) ou à partir d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution parmi lesquels figurent le prix ou le coût et un ou plusieurs critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et sociaux (**article 62 du décret**) ;
- lancer en procédure adaptée les marchés ayant pour objet des services sociaux, permettant ainsi de favoriser l'accès des ateliers et chantiers d'insertion et des associations intermédiaires à la commande publique (**article 28 du décret**).

Au surplus, le décret n° 2016-412 du 7 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics fait obligation aux acheteurs de prendre en compte, dès la définition des besoins, les objectifs de performance énergétique.

Les observations de la Commission

La Commission est vigilante à la prise en compte systématique de ces objectifs ainsi qu'au respect de leur caractère non discriminatoire.

Elle regrette également que les organismes ne fassent pas toujours l'effort d'engager une réflexion sur cet aspect.

Ainsi, **en 2017, la Commission a constaté que sur les 39 projets de marchés et accords-cadres qui lui ont été soumis, plus d'un quart** des dossiers ne comprenaient aucun objectif de développement durable que ce soit au stade des critères ou des conditions d'exécution, ni même d'indication sur l'état de la réflexion dans ce domaine.

Lors de l'examen d'un projet d'accord-cadre qui ne comportait pas de contraintes particulières en termes de développement durable, il a été relevé que le sourcing effectué par l'organise aurait pu être utilement mis à profit quant à la détermination d'objectifs appropriés et usuellement utilisés sur les segments d'achat visés, sans que cela ne soit discriminatoire, et ce en lien avec l'objet du marché et ses conditions d'exécution.

Si les préoccupations environnementales sont désormais relativement bien prises en compte dans les spécifications techniques, en revanche, l'intégration de critères relatifs au développement durable et à la responsabilité sociétale reste mal appréhendée : elle est souvent artificielle car reposant sur du déclaratif qui ne permet pas réellement de différencier les offres.

Par exemple un critère de jugement libellé « *Précisions sur le respect des clauses sociales et environnementales (obligation d'insertion, tri des matériaux et déchets de chantier...)* » sera inopérant si les pièces du marché ne comprennent aucune indication sur ces sujets.

S'agissant de l'insertion de clauses sociales dans les conditions d'exécution, la Commission considère que des efforts sont encore à faire, celles-ci étant encore relativement peu présentes.

Les acheteurs doivent en amont effectuer une analyse économique et avoir une réelle volonté sur ce point. Par ailleurs, la réflexion doit s'aborder lot par lot et non de façon globale hors de tout contexte particulier.

Lors de l'examen d'un marché de travaux, la Commission a relevé qu'un article relatif à la clause sociale d'insertion par l'activité économique (au surplus mentionné au sein du CCTP et non du CCAP) rédigé ainsi : « *Dans le souci de permettre le retour à l'emploi de publics en difficulté, le Maître d'ouvrage a choisi d'intégrer une obligation d'insertion par l'activité économique à la charge des titulaires des marchés de travaux. Chaque entreprise qui se verra attribuer un des lots concernés devra réaliser une action d'insertion qui permette l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières, conformément aux modalités du CCAP.* » n'avait aucun intérêt.

En effet, lorsque l'organisme choisit de faire de l'engagement du titulaire d'employer des personnes éloignées de l'emploi une condition d'exécution du marché, il lui appartient de choisir les indicateurs (nombres d'heures ou pourcentage du temps de travail réservé aux personnes en difficulté) et de les faire figurer dans le dossier de consultation et dans les pièces du marché.

La Commission recommande, donc, notamment pour les marchés de travaux, de prendre systématiquement l'attache d'un facilitateur afin d'insérer des clauses sociales (nombre d'heures à effectuer par des personnes éloignées de l'emploi par exemple).

À noter que ce type de clauses n'entraîne aucun surcoût ni pour les soumissionnaires, ni pour le pouvoir adjudicateur.

L'achat groupé

Des achats mutualisés pour les organismes de Sécurité sociale de plus en plus développés

Conformément aux dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics, une centrale d'achat exerce les activités d'achat centralisées suivantes :

- l'acquisition de fournitures ou de services destinés à des acheteurs,
- la passation de marchés publics de travaux, fournitures ou services destinés à des acheteurs.

La Sécurité sociale réalise plus d'1 milliard € d'achats chaque année (tous régimes et tous types d'achats confondus). La mutualisation des achats permet à la fois de sécuriser le processus, de réduire les coûts de gestion et d'obtenir des réductions de coût unitaire liées à la massification.

Depuis plusieurs années, les organismes de Sécurité sociale mutualisent leurs achats, soit par le biais de groupements de commandes coordonnés par un organisme local ou national, soit par le recours à la centrale d'achat de l'Ucanss dont le volume d'achats est en constante évolution.

Les dispositions de l'article L 224-5 du code de la Sécurité sociale donne, en effet, à l'Ucanss, le statut de centrale d'achat pour le compte des Caisses nationales et des organismes locaux du Régime général et de tout autre régime de Sécurité sociale.

Ce statut de centrale d'achat est également reconnu à l'institut 4.10, la Caisse Centrale de Mutualité Sociale Agricole et la Caisse Nationale du Régime Social des Indépendants pour les organismes de leur réseau.

Les observations de la Commission

En 2017, la centrale d'achat de l'Ucanss a présenté 3 projets d'accords-cadres : fournitures de bureau, achat de titres-restaurant, approvisionnement en gaz naturel.

Ces dossiers ont fait l'objet de remarques ou observations notamment sur le périmètre de compétence de la centrale d'achat Ucanss, la définition du besoin qui est apparue parfois trop imprécise au regard du périmètre du marché, du nombre d'organismes adhérant obligatoirement à l'accord-cadre, de la volumétrie des prestations demandées, du montage contractuel envisagé et de l'allotissement choisi, de l'exécution des marchés subséquents et des bons de commande.

Ainsi, à l'occasion de l'examen d'un dossier relatif à l'acquisition de titres-restaurants, la Commission s'est interrogée sur la faisabilité juridique de la combinaison de deux articles du code de la Sécurité sociale (l'article L224-5 qui assure à l'Ucanss le rôle de centrale d'achat et l'article L 224-12 qui stipule que l'Ucanss peut passer des marchés ou accords-cadres pour son compte, celui des organismes locaux ou des agences régionales de santé (ARS) pour justifier la contractualisation de l'Ucanss centrale d'achat avec les ARS.

Selon le rapporteur, il s'agit de deux articles distincts pour lesquels deux situations sont identifiées :

- l'Ucanss agissant en tant que centrale d'achat pour le compte d'organismes expressément visés (article L224-5) ;
- l'Ucanss agissant pour le compte des organismes locaux (autres que ceux du régime général visés au L224-5) et des ARS en dehors de son statut de centrale d'achat, et sur le fondement juridique du L224-12.

La Commission a donc recommandé à l'organisme de porter attention à cette question et de faire une proposition de modification de la législation afin de clarifier et conforter la compétence de la centrale d'achat vis-à-vis des ARS.

La question du périmètre de compétence s'est également posée pour l'Institut 4.10 à l'occasion de l'examen d'un projet de marché relatif à des formations informatiques.

En effet, l'Institut 4.10 peut être amené à fournir ses prestations à des entités telles que l'ARRCO, l'AGIRC, Pôle emploi, des institutions de prévoyance, des établissements de santé, des organismes relevant du code de la mutualité, voire du code des assurances, pour autant que soient en cause des thématiques de protection sociale liées à leurs activités.

Le rapporteur a relevé que, conformément à l'article L. 228-1 du CSS, la clientèle de l'Institut 4.10 couvre l'ensemble des branches et régimes de sécurité sociale et s'étend même « *à tout autre organisme de protection sociale ou toute institution ayant des sujets d'intérêt public commun avec la Sécurité sociale* ».

Ainsi, l'Institut 4.10 peut être amené à fournir ses prestations à des entités telles que l'ARRCO, l'AGIRC, Pôle emploi, des institutions de prévoyance, des établissements de santé, des organismes relevant du code de la mutualité, voire du code des assurances, pour autant que soient en cause des thématiques de protection sociale liées à leurs activités.

En revanche, le périmètre de la centrale d'achat (III de l'article L. 228-1) est plus restreint puisqu'elle ne peut procéder à des achats de formation que « *pour le compte des organismes de sécurité sociale et de tout organisme employant des agents régis par les conventions collectives applicables au personnel des organismes de sécurité sociale* ».

Aussi, le rapporteur estime que l'on pourrait considérer que le montage contractuel n'est pas totalement adéquat. Un montage de type groupement de commande associant l'Institut 4.10, en tant que centrale d'achat, et les clients autres que les organismes de Sécurité sociale serait une formule plus satisfaisante sur le plan juridique.

Le principe de l'allotissement

Un allotissement parfois insuffisamment explicité

L'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics dispose que « *sous réserve des marchés publics globaux (...), les marchés publics autre que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. À cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots* ».

Tous les marchés doivent être passés en lots séparés lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.

Les observations de la Commission

La Commission veille au respect de ce principe et s'assure que la détermination des lots soit faite en fonction des caractéristiques techniques demandées et de la structure économique du secteur concerné.

La Commission s'est interrogée, à l'occasion de l'examen d'un marché de maîtrise d'œuvre, sur le choix déjà annoncé par l'organisme, de recourir à des macro-lots pour les travaux. Elle a rappelé la nécessité de démontrer que le recours aux macro-lots est économiquement plus intéressant que des lots séparés.

Elle relève également que certains projets de marché qui sont le renouvellement de marchés déjà transmis à la Commission, font l'objet de modifications de l'allotissement, au vu du retour d'expérience et du bilan effectué sur le marché précédent. Elle attire toutefois l'attention des organismes sur la nécessité de bien veiller à expliciter les éléments nouveaux qui sont introduits.

La Commission a également formulé des remarques sur la pertinence de l'allotissement. Ainsi lors de l'examen d'un projet d'accord-cadre portant sur des prestations de supports clients, centre de gestion et outil de la relation clients décomposé en 3 lots, il a été observé, pour un des lots, que le choix de l'organisme de regrouper deux sortes de prestations justifié d'une part par la nature des prestations et d'autre part par la difficulté de devoir coordonner deux prestataires distincts conduisait à discriminer certaines structures comme les PME (postes et UO susceptibles d'être exécutés simultanément pour lesquels une petite structure n'est pas nécessairement suffisamment dimensionnée).

Le recours au marché global

Une justification du choix du recours à un marché global souvent lacunaire

L'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics prévoit que l'acheteur peut recourir à un marché global dans les situations suivantes :

- l'objet du marché ne permet pas de recourir à des prestations distinctes ;
- l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ;
- la dévolution en lots séparés risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Le caractère restrictif des exceptions posées par la réglementation doit donc être dûment justifié par l'acheteur par des raisons objectives.

Selon que la procédure est formalisée ou non, la motivation devra apparaître dans le dossier de consultation ou le rapport de présentation.

Les observations de la Commission

Comme les années précédentes, la Commission a veillé, en 2017, à s'assurer de l'existence et de la solidité des arguments justifiant le choix d'un marché global, avant le lancement de la procédure et appelé l'attention des organismes sur les risques juridiques encourus si tel n'était pas le cas.

Elle invite donc les organismes à réaliser, si possible, une évaluation comparative avantages/inconvénients techniques et financiers des prestations alloties par rapport à un marché global, cela avant le lancement de la procédure.

La Commission a ainsi recommandé à un organisme la nécessité de mentionner les motifs l'ayant conduit à passer un marché global pour un des lots de son accord-cadre. Elle a indiqué que l'obligation de motivation concernant l'absence d'allotissement a été renforcée par la loi « Sapin II ». Désormais, le pouvoir adjudicateur doit motiver son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

Aussi, il a été demandé à l'organisme de consolider l'argumentaire construit pour justifier l'allotissement, et précisément, la globalisation du lot 1, sur les points qui concernent l'économie visée par la mutualisation.

Pour un marché relatif à de la location et maintenance de lignes de production éditique, il a été demandé à l'organisme d'apporter des précisions supplémentaires au choix d'un marché global. En effet, le rapporteur a estimé que, ni le fait que les nouvelles lignes de production doivent être composées d'éléments indissociables, ni la nécessité d'une redondance des moyens de production permettant la mise en œuvre d'une solution de back-up en cas de besoin ne font obstacle à ce que soient envisagés des équipements différents d'un site à l'autre, dès lors qu'ils répondent aux mêmes spécifications techniques telles que définies dans le cahier des charges.

L'organisme a donc apporté des éléments supplémentaires reposant en particulier sur les inconvénients de deux équipements différents qui, pour s'interfacer de manière fluide avec des chaînes de traitement différentes, devraient faire l'objet d'une adaptation techniquement complexe et financièrement coûteuse.

Lors de l'examen d'un projet de marché relatif à une assistance à maîtrise d'ouvrage pour la rédaction de cahiers des charges et analyse de dossiers de réponse, il a été constaté d'une part, que trois prestations différentes étaient identifiées et que d'autre part, des considérations reposant sur le plafond des effectifs et la difficulté pour l'organisme de recourir à l'intérim ne pouvaient justifier le recours à un marché global. Il a donc été demandé à l'organisme de scinder le marché en plusieurs lots, ce qui a été effectué.

La Commission a appelé l'attention d'un organisme qui a regroupé au sein d'un même marché portant sur des prestations de conseils stratégiques en communication et communication opérationnelle, des prestations de conseils en communication et des prestations relevant plus strictement de l'organisation de manifestations événementielles.

Il a donc été demandé à l'organisme de recourir à un contrat distinct, ce qui permettra de favoriser la performance économique.

D'une façon générale, la Commission a admis les arguments suivants, justifiant le recours le recours à un marché global :

- la structure du secteur économique et le fait qu'une dévolution en lots séparés pourrait être de nature à restreindre la concurrence au regard du faible volume de l'un des lots qui risque de rendre financièrement coûteuse l'exécution des prestations ;
- l'existence d'une seule cuisine et la limitation des autres surfaces techniques (stockage, vestiaires ...) rendant impossible le partage des activités entre plusieurs prestataires dans un marché de restauration collective ;
- la réunion des prestations de services et de fourniture au sein d'un marché global pour une maintenance multi technique ;
- le manque d'attractivité des fournisseurs dans le cadre d'un marché portant sur des cartes à puces sécurisées ;
- les aléas techniques non maîtrisables pour un marché portant à la fois, sur la reprise, la maintenance, l'hébergement national et l'exploitation d'un service de messagerie sécurisée et des services associés ;
- la difficulté de mise en œuvre de lots par nature de prestations et le manque d'optimisation de l'achat pour un marché qui recense plus de 27 métiers ;
- le lien étroit existant entre le respect des objectifs de la tierce recette applicative et la disponibilité des plates-formes qui seraient mises à la disposition du titulaire ;
- l'interdépendance fonctionnelle et technique du patrimoine applicatif rendant difficile la coordination des travaux si ceux-ci étaient répartis sur plusieurs lots établis par technologies, pour un marché de tierce maintenance applicative.

Les petits lots

Un recours aux petits lots trop peu utilisé

Même si la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils des marchés formalisés, l'article 22 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics permet de recourir à une procédure adaptée :

- pour les lots inférieurs à 80 000 € HT dans le cas de marchés de fournitures et de services ;
- pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT dans le cas des marchés de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 5 225 000 € HT.

Le recours à la procédure adaptée n'est possible toutefois qu'à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots.

Cette possibilité offerte par la réglementation présente l'avantage de pouvoir associer les petites et moyennes entreprises à des opérations importantes.

Les observations de la Commission

La commission regrette que cette possibilité ne soit pas systématiquement envisagée, en particulier pour les marchés de travaux pour lesquels cela est particulièrement adapté.

C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen de plusieurs marchés de travaux, il a été recommandé aux organismes de bien vouloir étudier la possibilité de déterminer les lots qui pourraient faire l'objet d'une procédure adaptée.

Le montage contractuel

Lorsqu'un projet doit être mis en œuvre, il convient d'en déterminer les caractéristiques principales et de choisir le modèle contractuel adapté, auquel s'attachera une mise en concurrence spécifique qui sera plus ou moins contraignante.

Ainsi, la nature des prestations à réaliser est le premier indice pour identifier les différents modes contractuels (accords-cadres, marchés à phases, marchés à tranches, marchés simples) à mettre en œuvre.

Par ailleurs, la plupart du temps, la même prestation pourra laisser le choix entre plusieurs types de contrats. Ce sont alors les conditions de rémunération qui détermineront l'objet du contrat.

Enfin, il faut éviter de choisir un type de marché dans le cadre duquel la mise en concurrence est moins contraignante et la procédure moins longue. En effet, si un candidat évincé saisit le juge, la procédure de mise en concurrence conclue risque d'être mise en cause.

L'accord-cadre

L'accord-cadre, une technique d'achat de plus en plus choisie

L'accord-cadre permet à l'acheteur d'ajuster la réponse à ses besoins, au moment où il peut précisément les identifier et prendre la décision d'acheter. Cette faculté ne doit toutefois pas dispenser de déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire lors de la conclusion de l'accord-cadre.

Cette technique d'achat particulièrement souple est bien adaptée notamment pour les achats de fournitures et services courants.

Les accords-cadres sont des contrats ayant pour objet d'établir les termes régissant les bons de commande à émettre ou les marchés à passer au cours d'une période donnée (marchés subséquents), notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Principales dispositions d'un accord-cadre

- Il peut être conclu des accords-cadres comportant un minimum et un maximum, ou seulement un minimum ou un maximum, voire ni minimum ni maximum.
- L'accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et pour l'autre, par l'émission de bons de commande.

Dans ce cas, toutefois, il sera indispensable que l'accord-cadre détermine clairement celles des prestations faisant l'objet des bons de commande, et celles des prestations faisant l'objet de marchés subséquents.

- Il n'y a plus d'obligation en multi-attributaires de retenir un nombre minimum de 3 titulaires.
- L'accord-cadre peut prévoir que l'attribution de certains marchés subséquents ne donnera pas lieu à remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé.
- La durée maximale des accords-cadres est toujours fixée à 4 ans « *sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure* ».
- La durée d'exécution des bons de commande doit être fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations qui en sont l'objet. L'acheteur ne peut fixer une durée telle que l'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique.
- Les accords-cadres à bons de commande peuvent être mono-attributaire ou pluri-attributaires. Dans ce dernier cas, les modalités de répartition des bons de commande entre les titulaires devront être spécifiées dans l'accord-cadre, les bons de commande étant émis sans remise en concurrence ni négociation.
- L'accord-cadre à marchés subséquents mono-attributaire ou multi-attributaires implique toujours une nouvelle consultation préalable de l'entreprise ou des entreprises avant la passation de la commande.
- Les marchés subséquents peuvent, par ailleurs, constituer eux-mêmes des accords-cadres à bons de commande.
- En l'absence d'engagement contractuel, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'indiquer, au minimum, le volume estimatif des prestations à exécuter.

Les observations de la Commission

En 2017, 18 projets d'accords-cadres ont été soumis à la saisine de la Commission. La majorité de ces accords-cadres sont à bons de commande mono-attributaires sans minimum ni maximum.

Depuis 2015, la Commission constate que les OSS ont tendance à privilégier ce montage juridique qui offre plus de souplesse et permet de passer des commandes rapidement (Cf. partie statistiques du rapport).

La Commission rappelle que l'absence d'engagement contractuel ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'indiquer, au minimum, le volume estimatif des prestations à exécuter.

Pour un accord-cadre multi-attributaire à marchés subséquent à bons de commande relatif à des fournitures de bureau, la question du choix de la mono-attribution pour un lot comportant un périmètre important a été soulevée par la Commission. Elle a cependant accepté la réponse de l'organisme qui a indiqué, qu'en cas de défaillance du titulaire, il serait recouru à l'UGAP et à un prestataire alternatif en cas de défaillance sur quelques références.

Lors de l'examen de plusieurs projets d'accord-cadres à bons de commande, il a été recommandé de conclure un accord-cadre combinant marchés subséquents et bons de commande, conformément aux dispositions du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics selon lequel « *Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre* ».

Ainsi pour un accord-cadre à bons de commande mono-attributaire relatif à des formations informatiques, il a été recommandé de prévoir un montage associant accord-cadre à bons de commande mono-attributaire pour les formations standard et accord-cadre à marchés subséquents pour les formations à adapter et/ou à concevoir.

Il en a été de même pour un marché portant sur des prestations supports clients, centre de gestion et outil de la relation clients et qui a conduit l'organisme, après réflexion, à supprimer certaines prestations ne justifiant plus, dès lors, un montage associant l'émission de bons de commande et la conclusion de marchés subséquents.

Pour un marché relatif à des prestations de tierce maintenance applicative, il a été également proposé de recourir à un tel montage compte tenu de la nature de certaines prestations relatives à la création de nouvelles applications pour lesquelles il était prévu que l'organisme exprimerait son besoin lors de sa survenance et que le titulaire établirait un devis sur cette base.

Enfin, pour un projet de marché relatif à des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour le pilotage de la structure et du programme d'un GIP passé sous forme d'accord-cadre mono-attributaire, il a été proposé de mettre en place un montage associant une exécution mixte des différentes prestations sous forme de bons de commande et de marchés subséquents.

Exemple pour une prestation d'assistance au pilotage du programme :

P1.1. assistance au suivi des activités › Exécution par BC selon 3 niveaux de criticité

P1.2 outillage du pilotage du programme de travail décomposé en P1.2.1 diagnostic et étude d'opportunité ;

P1.2.2 mise en place d'un outil, P1.2.3 administration d'un outil › Exécution mixte (BC ou marché subséquent) selon le niveau de maturité du besoin à sa survenance

Le marché à tranches optionnelles

Cette forme de marché est utilisée lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme et l'étendue des besoins ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché.

Elle permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'opération, ce qui permet de s'organiser pour la réaliser.

La consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche doivent être définis. Les phases techniques afférentes aux différentes tranches doivent être précisées.

Le marché doit définir les conditions d'affermissement des différentes tranches (date estimée de notification, date limite, etc.).

Les observations de la Commission

En 2017, 2 projets de marché à tranches optionnelles ont été présentés à la Commission. Globalement, ces marchés n'ont pas soulevé de difficultés particulières.

Des observations ont cependant été formulées, pour un projet de marché relatif à des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour une opération de travaux, sur l'absence de tranche ferme définie. Il a été demandé à l'organisme de déterminer des tranches fermes et des tranches optionnelles.

Les marchés spécifiques : le marché de maîtrise d'œuvre

Conformément aux dispositions de l'article 90 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur au seuil des procédures formalisées sont conclus après un concours restreint dans les conditions de l'article 88 du décret précité.

L'article 8 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 définit le concours comme un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet

L'article 88 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 dispose que le jury examine les plans et projets présentés par les participants au concours de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères d'évaluation des projets définis dans l'avis de concours.

La désignation du lauréat se fait donc sur l'évaluation du plan ou du projet. Les honoraires de maîtrise d'œuvre, qui sont détachables des prestations remises, font l'objet d'une négociation une fois le lauréat désigné. Ils ne constituent pas un élément d'appréciation pour déterminer la qualité d'un projet.

Le concours de maîtrise d'œuvre se déroule selon les phases suivantes :

- sélection par le maître d'ouvrage des candidats après un avis motivé du jury (le jury est composé d'au moins un tiers de professionnels disposant des qualifications demandées aux candidats) ;
- classement des projets anonymes par le jury. Celui-ci se prononce sur la prime à accorder aux candidats ;
- désignation du lauréat par le maître d'ouvrage ;
- négociation du marché avec le lauréat.

L'anonymat s'applique dorénavant à tous les concours, même ceux lancés en dessous du seuil de procédure formalisée.

Les critères d'évaluation des projets n'ont pas à être pondérés. Ils peuvent être éventuellement hiérarchisés, c'est-à-dire classés par ordre d'importance.

En revanche, en cas de réutilisation ou de réhabilitation d'ouvrages existants, les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent être conclus selon les procédures formalisées de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics à savoir la procédure d'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif.

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre n'excédant pas les seuils européens, la procédure adaptée peut être utilisée. Dans ce cas, il convient de sélectionner les équipes sur leurs compétences, puis de négocier avec les meilleurs candidats les conditions nécessaires à l'exécution du marché.

Un « **Guide pratique de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre à destination des organismes de Sécurité sociale** » rédigé en collaboration avec le département des Opérations Immobilières de l'Ucanss et le secrétariat de la Commission est disponible sur le réseau U Achats – veille et expertise juridique/banque documentaire.

Les observations de la Commission

Les procédures pour les marchés de maîtrise d'œuvre sont en général bien appréhendées par les organismes qui bénéficient le plus souvent d'une assistance par le Département des Opérations Immobilières de l'Ucanss tant sur le plan technique que juridique.

En 2017, 4 projets de marchés de maîtrise d'œuvre ont été soumis à la Commission : 1 en procédure concurrentielle avec négociation, 1 en appel d'offres restreint et 2 sous la forme de concours restreint.

Les observations et remarques de la Commission ont notamment porté sur les missions confiées à l'équipe de maîtrise d'œuvre, en particulier les études de diagnostic et la mission de base.

En effet, il a été observé que si cette solution offre l'avantage de la continuité d'intervention d'une même équipe de maîtrise d'œuvre pour deux phases successives de conception et peut être également source de gain en termes de cohérence, de temps et de gestion économique du projet, elle place ce dernier, lors de la réalisation des « études de diagnostic », dans un positionnement qui ne peut être considéré comme totalement neutre et impartial vis-à-vis de la faisabilité de la réhabilitation envisagée, ce qui peut être perçu comme un inconvénient par la maîtrise d'ouvrage.

Prévoir un marché avec une tranche ferme pour les « études de diagnostic » et une (ou plusieurs) tranche(s) optionnelle(s) pour la « mission de base » ou bien confier les « études de diagnostic » et la « mission de base » à deux prestataires distincts peuvent être des alternatives à envisager.

Il reste que c'est la connaissance du milieu professionnel de la maîtrise d'œuvre apte à réaliser les « études de diagnostic » et la « mission de base » et le choix du véhicule juridique qui permettront au maître d'ouvrage de choisir entre un prestataire unique et deux prestataires distincts.

La Commission a par ailleurs formulé un ensemble d'observations sur le contenu du règlement de consultation, la forme juridique du groupement qui doit être justifiée, le chiffre d'affaires annuel minimum exigé dans le cadre de la candidature, l'amélioration de la description des missions de maîtrise d'œuvre et des travaux, les compétences demandées à l'équipe de maîtrise d'œuvre, les documents demandés au stade de la candidature, les délais de remise des candidatures ou des offres ; les critères de sélection des offres ou des projets.

S'agissant plus spécifiquement du concours de maîtrise d'œuvre, elle a notamment attiré l'attention sur la compréhension générale du concours restreint qui doit comprendre deux phases distinctes, le calcul de la prime et la pondération des critères de sélection des projets qu'il n'y a pas lieu de prévoir.

Le choix de la procédure

Le choix de la procédure appartient au pouvoir adjudicateur et dépend d'un seuil européen de mise en concurrence pour les procédures formalisées publié par décret et révisé, tous les deux ans, par la Commission européenne de manière à respecter les engagements internationaux de l'Union pris en vertu de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce.

Les organismes de Sécurité sociale appliquent les seuils dévolus à l'État.

À partir du 1^{er} janvier 2018, ces seuils sont de 144 000 euros HT pour les marchés de fournitures ou services et de 5 548 000 euros HT pour les marchés de travaux.

La procédure de marché à procédure adaptée

Conformément aux dispositions de l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics et de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les marchés en dessous des seuils européens peuvent être passés librement par l'acheteur dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

La DAI de Bercy indique que : « *La procédure de passation de ces marchés doit être adaptée à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat ; c'est ce que signifie leur appellation de marchés à procédure adaptée (MAPA) ».*

Peuvent être passés en procédure adaptée les marchés :

- qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 135 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et à 5 225 000 euros HT pour les marchés publics de travaux ;
- les « petits lots » d'un marché public formalisé : les lots inférieurs à 80 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et à 1 000 000 euros HT dans le cas des marchés publics de travaux, à la condition que le montant cumulé des lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots ;

- les marchés publics qui concernent les catégories de services dits « sociaux et autres services spécifiques », que les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE soumettent à une procédure allégée. En raison de la spécificité de ces marchés publics, les acheteurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire ;
- les « marchés publics de services de représentation juridique ».

La procédure de passation s'effectue selon des modalités librement fixées par le pouvoir adjudicateur selon le montant, la nature et les caractéristiques du besoin à satisfaire, le nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles de répondre ou en fonction des circonstances de l'achat.

Ces modalités sont prises dans le respect des principes de la législation en matière de marchés publics (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures). Il faut être en mesure de justifier les choix qui ont été faits (allotissement, délais de procédure, modalités de mise en concurrence).

Par ailleurs, lorsque l'acheteur a prévu de négocier, il peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué au préalable qu'il se réserve la possibilité de le faire.

- S'il souhaite négocier, l'acheteur doit le prévoir expressément dans les documents de la consultation.
- S'il souhaite s'accorder la liberté de renoncer en cours de consultation, il doit également expressément le mentionner.

Les observations de la Commission

En 2017, 6 dossiers ont été présentés sous la forme d'une **procédure adaptée**. Ils ont concerné des marchés de services tels que des missions de contrôle technique, de coordination SPS, d'OPC mais également des marchés de services spécifiques (formation) ainsi que des travaux. Ils ont principalement fait l'objet de lettres d'observations portant essentiellement sur des oublis ou des erreurs minimes dans la rédaction des pièces du dossier.

La Commission appelle, par ailleurs, les organismes à être vigilant lorsque le seuil de passation de la procédure en MAPA est très proche de celui de la procédure d'appel d'offres. Ainsi pour les lots de marchés de travaux, il est souhaitable que l'estimation soit faite à la hausse et que la négociation permette à l'organisme d'obtenir une baisse substantielle de cette estimation. À défaut la passation d'une modification du marché sur des aspects financiers se trouverait limitée au seuil de passation du MAPA.

La procédure d'appel d'offres

Une procédure majoritairement choisie par les OSS

Le recours à la procédure d'appel d'offres – procédure de droit commun au-dessus des seuils européens – s'impose lorsque l'objet du marché peut être défini complètement dès le début de la procédure. Il permet aux candidats de remettre une offre intangible.

Le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics a sensiblement réduit le délai minimal de réception des offres et candidatures :

- en appel d'offres ouvert il est fixé à 25 jours (30 jours si transmission par voie électronique) ;
- en appel d'offres restreint, le délai de réception des candidatures ainsi que celui des offres est de 30 jours (possibilité de le réduire à 25 jours pour les offres si elles sont transmises par voie électronique).

En appel d'offres ouvert il n'y a pas de sélection des candidatures. Le pouvoir adjudicateur doit seulement procéder à l'examen des candidatures (sur la base des documents réclamés au stade de la candidature) et, le cas échéant, à l'élimination de celles considérées comme inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Les observations de la Commission

28 dossiers en procédure d'appel d'offres ont été soumis à la Commission en 2017.

Cette procédure est la plupart du temps bien appréhendée et suscite peu d'observations de la part de la Commission.

La Commission s'est toutefois interrogée sur le choix de l'appel d'offres pour un marché de location et de maintenance de lignes de production éditiques dont les briques constitutives sont disponibles sur le marché, mais dont l'architecture intégrée est quasi expérimentale. Il a été observé que le mécanisme du dialogue compétitif pourrait, d'une part, garantir l'exercice d'une concurrence optimale, d'autre part, favoriser l'apport des meilleurs ajustements techniques dès la conception de la solution et éviter ainsi le risque d'avoir à procéder à une mise au point plus ou moins conséquente du marché, voire faire émerger des solutions alternatives économiquement plus avantageuses. L'organisme a cependant souhaité conserver la procédure d'appel d'offres.

À l'occasion de l'examen d'un dossier portant sur des prestations d'assistance technique pour des projets de réalisation logicielle, la Commission a été interpellée sur la possibilité de recourir à une audition en appel d'offres restreint comme cela a été admis par la DAI de Bercy pour l'appel d'offres ouvert dans une fiche technique.

Il a été considéré que cette pratique, à l'appui d'une ordonnance du TA de Rennes – 2 avril 2015 (Société Satelec) validant le recours à l'audition des candidats *pour leur demander de préciser ou de clarifier la teneur leur offre*, était possible en appel d'offres ouvert et restreint.

Il est cependant recommandé de prévoir l'audition après examen des offres, qui intangibles et déposées préalablement à titre définitif, écarteront toute tentative ou accusation de négociation.

La procédure concurrentielle avec négociation

Une procédure nouvelle encore peu utilisée

Cette nouvelle procédure se définit comme la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations (article 71 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

L'utilisation de cette procédure par les pouvoirs adjudicateurs doit être justifiée au regard de ses conditions de recours, notamment dans le rapport de présentation du marché.

L'article 25-II du décret précité énumère les différentes hypothèses permettant d'y recourir :

- le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles. Selon le ministère de l'Économie et des Finances, l'utilisation peut être justifiée pour des travaux qui ne concernent pas « des bâtiments standards », ou « d'acquisitions complexes de produits sophistiqués », ou encore de services intellectuels, ou enfin de projets majeurs dans le domaine des technologies de l'information et de la communication ;
- la situation d'infructuosité d'un appel d'offres en cas d'offres irrégulières ou inacceptables,
- le besoin consiste en une solution innovante ;
- le marché comporte des prestations de conception ;
- l'existence de circonstances particulières liées à la nature, à la complexité ou au montage juridique et financier du marché ;

- l'impossibilité de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique.

La rédaction d'un cahier des charges détaillé n'est pas nécessaire comme pour l'appel d'offres, dans la mesure où la négociation a notamment pour vocation de porter sur tous les éléments d'une offre. L'acheteur peut donc se contenter, dans cette procédure, de ne fixer que les exigences minimales que devront respecter les offres.

Les observations de la Commission

Compte tenu de la nouveauté du dispositif et de l'absence de jurisprudence en la matière, la Commission reste prudente sur l'admission des arguments avancés par les organismes lorsqu'ils font le choix d'une telle procédure.

Elle s'attache principalement à s'assurer que les conditions de recours, telles que définies par la réglementation, sont bien respectées.

En 2017, seuls 2 projets de marchés passés sous la forme **d'une procédure concurrentielle avec négociation** ont été soumis à la Commission.

La Commission a accepté le choix de la procédure concurrentielle avec négociation pour un projet de marché de service de numérisation de photos pour la personnalisation de cartes. Elle a retenu la justification reposant sur le fait que le besoin, tel que défini, ne pouvait être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles (des développements spécifiques sur certains aspects étant indispensables).

Elle a également admis le choix de cette procédure pour des prestations de missions de maîtrise d'œuvre pour la reconstruction d'un établissement de soins nécessitant des prestations de conception.

Le calendrier de la procédure

Un calendrier prévisionnel de la procédure souvent succinct

Les procédures de marchés publics sont souvent assez longues à mettre en place. De ce fait, il est important d'établir un calendrier prévisionnel de procédure.

Il permet en effet d'anticiper au maximum les procédures pour éviter de les gérer dans l'urgence, d'informer les services prescripteurs des délais nécessaires pour lancer et conclure une procédure et de répondre aux besoins en temps voulu.

Il faut également tenir compte des délais incompressibles liés à la réglementation (comme le délai de publication dans le cadre d'une procédure formalisée).

L'article 43 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics rappelle le caractère minimal de ces délais qu'il est nécessaire d'adapter en fonction de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les réponses aux consultations. En particulier, en cas de visite des lieux d'exécution ou de consultation sur place de documents, les délais doivent être suffisants pour permettre l'établissement d'une offre de qualité.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen des dossiers qui lui sont soumis la Commission est régulièrement amenée à formuler des observations sur le calendrier prévisionnel de la procédure.

Elle recommande ainsi de :

- prévoir des délais légèrement plus élevés que ceux des délais réglementaires,
- laisser aux candidats potentiels un délai de réponse qui tienne compte de la période estivale,
- prévoir une durée d'instruction des candidatures et des offres suffisante,
- signer le marché public avant la date prévisionnelle de démarrage des prestations.

Pour un projet de marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour des travaux de réhabilitation d'un établissement sanitaire, la Commission a appelé l'attention de l'organisme sur le délai relativement court prévu entre la remise des offres et la notification du marché (4 semaines) ce qui laisse un temps limité entre l'analyse, le choix de l'attributaire et le respect du délai de stand still.

Les mesures de publicité

L'article 41 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics dispose que les acheteurs procèdent à une publicité « *selon l'objet du marché public, la valeur estimée hors taxe du besoin ou l'acheteur concerné* », et « *dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire* ».

Les articles 31 à 37 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics organisent les modalités de la publicité préalable à la passation des marchés publics.

Les acheteurs peuvent également faire connaître leur intention de passer un marché public en publiant un avis de pré information pour la passation de tout marché public sans condition de montant minimum.

Au-dessus des seuils de procédures formalisées, les avis publiés sont obligatoirement publiés au BOAMP et au JOUE et peuvent faire l'objet d'une publication supplémentaire sur un autre support tel que le profil acheteur du pouvoir adjudicateur.

De même, il est toujours possible de prévoir une publicité complémentaire (presse quotidienne régionale, presse spécialisée, affichage) qui permettra de recevoir des candidatures ou des offres plus nombreuses.

Enfin, en cas d'hésitation sur le support de publicité le plus approprié, il convient de procéder à la publicité la plus large possible.

Une fiche sur les modalités de publicité est accessible sur le portail de l'Ucanss / Missions inter régime/ CCMOSS / Publications.

Le contenu de l'avis de publicité

Des avis parfois incomplets et ne comportant pas certaines mentions importantes

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

- d'apprécier pour les entreprises l'intérêt de répondre à la consultation,
- de juger pour le pouvoir adjudicateur de l'aptitude des candidats à réaliser la prestation.

Pour cela, l'avis doit comporter les informations essentielles qui peuvent décider à faire acte de candidature : localisation, importance du marché, objet précis, conditions relatives au contrat, type de procédure, critères d'attribution, informations à produire y compris celles qui seront exigées avant la signature du contrat (habilitation, agrément...).

Les observations de la Commission

La Commission veille particulièrement à ce que les organismes fassent figurer dans les avis de publicité l'ensemble des informations exigées par le règlement CE 2015/1986 du 11 novembre 2015, tout manquement étant susceptible de conduire à l'annulation du contrat.

La Commission constate également que les organismes ne transmettent pas toujours le reflet des avis qui seront publiés, ce qui ne permet pas de s'assurer que les rubriques ont été correctement remplies.

Les principales observations et remarques de la Commission sur les avis de publicité ont été les suivantes :

- Les conditions de participation (documents demandés au titre de la capacité économique et financière, technique et professionnelle, situation propre des opérateurs) sont à détailler. Elles sont établies sur la base des dispositions de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats.
- En ce qui concerne les capacités économiques et financières la référence aux trois derniers exercices disponibles doit être complétée par une indication qui permet aux sociétés nouvellement créées d'apporter cette référence par tout autre moyen.
- La décomposition des critères est à mentionner. En effet, le pouvoir adjudicateur peut annoncer les critères de sélection dans l'avis de marché ou renvoyer au règlement de la consultation. Attention toutefois, si les critères de sélection figurent dans les deux documents, ils doivent être annoncés de façon identique (CE, 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance).
- Dès lors que des critères sont annoncés dans l'avis de marché, il convient de préciser également les sous critères s'il y en a.
- La rubrique relative aux options n'est à renseigner que s'il est prévu des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations fermes du marché (tranches optionnelles, prestations similaires).
- En cas de marché reconductible, la durée du marché correspond à la durée ferme avant reconduction. Le nombre de reconductions éventuelles est, par ailleurs, mentionné dans la rubrique « reconduction ».
- Marché couvert par l'accord sur les marchés publics (AMP) : En principe la case AMP doit être cochée « oui » lorsque le montant du marché est égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées (*Exception : marchés de services sociaux et autres services spécifiques*).
- La quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, y compris en cas d'accord-cadre sans minimum et sans maximum. Dans ce cas, une indication à titre indicatif et prévisionnel doit être portée sur les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché.
- La rubrique description est à répéter et à compléter de manière exhaustive autant de fois que de lots description succincte, classification CPV, quantité ou étendue, durée, variante etc.
- La rubrique relative aux modalités d'ouverture des offres n'est, en principe, pas à renseigner. Elle doit toutefois être complétée car à défaut elle est bloquante.
- Le contentieux des marchés des organismes de Sécurité sociale relève des juridictions de l'ordre judiciaire.

- Le Comité consultatif de recours amiable ne peut être saisi pour les organismes de Sécurité sociale. En revanche, conformément aux dispositions de l'article 15 de 2008 modifié, les organismes de Sécurité sociale peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau Code de Procédure Civile.
- Les délais et les voies de recours susceptibles d'être mis en œuvre (référé précontractuel et référé contractuel) sont désormais à mentionner. Mentionner (articles L 1441-1 à L 1441-3 du Code de procédure civile, articles 2 à 10 de l'Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, articles 2 et 3 du décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009) :
 - avant la notification du marché le référé précontractuel.
 - après la signature du marché le référé contractuel.

Le dossier de candidature

Les acheteurs ont l'obligation de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public sur la base des pièces justificatives exigées par les documents de la consultation.

Le dossier de candidature est l'élément qui permet à un candidat de se présenter et de faire connaître, à l'acheteur, ses compétences et qualités.

Le contenu du dossier de candidature doit donc être défini avec le souci de satisfaire non seulement les acheteurs mais aussi les candidats. Il faut donc veiller à ne pas demander des contenus de dossier que les candidats ne pourraient pas produire dans des conditions de coût acceptable.

Les acheteurs ont l'obligation de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public sur la base des pièces justificatives exigées par les documents de la consultation (article 50 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

Un arrêté du 29 mars 2016 vient lister les renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats pour vérifier leurs capacités. Il convient de reprendre strictement le contenu de cet arrêté, car exiger d'autres documents et renseignements peut conduire à l'annulation de la procédure.

Il est néanmoins recommandé de ne pas renvoyer à la totalité des pièces listées par cet arrêté. Il faut éviter de demander des pièces ne présentant pas un intérêt majeur pour la consultation ou dont l'acheteur n'est pas en capacité de les analyser (exemple : bilans ou extraits de bilan).

Les documents doivent, par ailleurs être, objectivement nécessaires à l'objet du marché et la nature des prestations concernées par le marché.

La sélection des candidatures

La sélection des candidatures constitue une étape importante dans une procédure de marché public car elle établit le premier contact entre l'acheteur et le candidat.

La sélection des candidatures permet de vérifier que les candidats disposent des capacités professionnelles, techniques et financières nécessaires à l'exécution du marché, et éventuellement de lister les candidats qui seront par la suite admis à présenter une offre.

Elle s'effectue conformément aux dispositions prévues à l'article 51 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics et des articles 44, 47,55 et 56 du décret du 25 mars 2016 précité.

Les observations de la Commission

La Commission formule régulièrement des observations sur la régularité juridique des critères de sélection des candidatures qui ne sont pas toujours en cohérence avec les documents demandés au stade de la candidature exigés dans le règlement de consultation.

La Commission a également fait des remarques sur les capacités minimales exigées des candidats qui ne doivent être ni surdimensionnées par rapport à l'objet du marché, ni discriminatoires.

En effet, l'article 44 III du décret du 25 mars 2016 précité dispose que « [...] lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. [...] »

III. - En ce qui concerne la capacité économique et financière, l'acheteur peut notamment exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché public.

Le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché public ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur à ce plafond est exigé figurent dans les documents de la consultation ou, à défaut :

1° Sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné à l'article 105 pour les pouvoirs adjudicateurs ; [...] Pour les accords-cadres, ce plafond est calculé sur la base du montant total maximal des marchés subséquents ou des bons de commande dont l'exécution par un même titulaire pourrait être effectuée concomitamment ou, si ce montant ne peut être estimé, sur la base de la valeur totale estimée des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre ou des bons de commande susceptibles d'être attribués à un même titulaire pendant la durée de validité de l'accord-cadre. [...]

Il a été également demandé à un organisme dans le cadre d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage de numérisation de photos passé en appel d'offres restreint d'abaisser le chiffre d'affaires, l'effectif global et le taux d'encadrement annuel qui auraient pour effet d'exclure de la consultation les TPE et les PME.

Pour un marché relatif à des déplacements et hébergements professionnels il a été demandé à l'organisme de revoir le niveau de capacité financière établi et qui est susceptible de poser question en termes d'accès à la commande publique. En effet, le niveau fixé conduit à écarter des acteurs nouveaux sur le secteur en capacité de répondre à la consultation.

Pour un accord-cadre à marchés subséquents relatif à une assistance à maîtrise d'ouvrage informatique, il a été demandé à l'organisme d'être en mesure de justifier les niveaux minimaux de capacité financière retenus par rapport aux modalités prévues sur le plafond dans le cadre des accords-cadres. Des observations ont également été formulées sur les modalités d'appréciation des titres d'études et professionnels demandés (appréciation objective et rejet des candidatures sur ce motif).

La présentation des offres

Conformément aux dispositions de l'article 57 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, l'offre doit être transmise en une seule fois. Si plusieurs offres sont transmises successivement, seule la dernière reçue est examinée. Pour modifier une offre déjà réceptionnée, le candidat doit en transmettre une nouvelle avant la fin du délai de réponse. Celle-ci sera admise et la première rejetée.

L'acheteur peut demander que l'offre soit accompagnée d'échantillons, de maquettes, etc. Si cette demande implique un investissement, elle peut donner lieu au versement d'une prime dont le montant est indiqué dans les documents de la consultation.

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères de sélection des offres qu'il aura fixés dans son règlement de la consultation. Avant tout classement, l'acheteur va devoir vérifier que l'offre répond bien aux conditions posées par les documents de la consultation. Or, celle-ci peut s'avérer irrégulière, inacceptable ou inappropriée.

- **Une offre irrégulière** est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.
- **Une offre inacceptable** est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.
- **Une offre inappropriée** est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

En principe si, dans les conditions prévues par l'article 59 du décret du 25 mars 2016 précité, une offre peut être qualifiée d'irrégulière, d'inacceptable ou d'inappropriée, elle doit être rejetée par le pouvoir adjudicateur.

Néanmoins, il reste possible de rattraper certaines offres.

Ainsi en appel d'offres ou en procédure adaptée sans négociation les offres irrégulières peuvent être régularisées dans un délai approprié.

Il s'agit cependant d'une simple faculté offerte à l'acheteur (article 59 II du décret). Lorsqu'il se trouve en présence d'une offre irrégulière, celui-ci n'est donc pas tenu de demander au soumissionnaire de la régulariser et peut décider de la rejeter. En revanche, s'il décide de demander une régularisation, il doit le faire pour l'ensemble des soumissionnaires dont l'offre peut être régularisable, afin de respecter le principe d'égalité de traitement.

Pour les autres procédures, seules les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables, sous réserve qu'elles ne soient pas anormalement basses, peuvent faire l'objet de négociations. Elles pourront devenir régulières ou acceptables à cette occasion. À l'issue des négociations, si certaines offres demeurent irrégulières, l'article 59 III du décret prévoit la possibilité de les régulariser, dans les mêmes conditions qu'en appel d'offres.

Les critères de jugement des offres

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché revêt à cet égard une importance cruciale. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend en effet de la bonne définition de son besoin par l'acheteur, du bon choix des critères qui en sont la traduction et d'une bonne méthode de mise en œuvre de ces derniers (L'examen des offres - Fiche technique de la DAI <http://www.economie.gouv.fr/daj/examen-des-offres-2016>).

Le critère prix ou du coût de la prestation

Selon la fiche technique de la DAI sur l'examen des offres « *l'acheteur peut ne choisir qu'un seul critère pour attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce cas, il ne peut s'agir que du prix ou du coût de la prestation.*

Le recours au critère unique du prix est cependant réservé aux seuls marchés ayant pour objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ».

Il n'est pas toujours pertinent de valoriser le critère prix. La prépondérance du prix dans le poids des critères de notation peut conduire les candidats à répondre au prix le plus bas pour capter le marché, au détriment de la qualité d'exécution, prestations, retards, défaut d'encadrement, utilisation de mauvais produits ou encore à des sous-traitances ; ces effets ayant souvent des impacts financiers négatifs.

Par ailleurs, la fiche technique indique que « *Le seul critère unique utilisable pour l'ensemble des marchés est donc le coût. Conformément à l'article 62 du décret, le coût de la prestation est déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, tel que défini par l'article 63. Par le biais de cette approche globale, il est ainsi possible de prendre en compte l'ensemble des coûts générés par la prestation, et non pas seulement son coût de production.* »

Les observations de la Commission

Des recommandations ont été émises sur le critère prix d'un projet de marché relatif à des formations informatiques qui apparaissait en réalité subdivisé en deux sous-critères. Il a été demandé de bien faire apparaître les deux-sous-critères et leur pondération dans les documents de la consultation.

Lors de l'examen d'un projet de marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la passation d'un CPE comprenant une tranche ferme et plusieurs tranches optionnelles, il a été demandé de revoir, pour le critère prix, la décomposition entre tranche ferme et tranches optionnelles. En effet, le poids donné pour ce critère, à l'ensemble des tranches optionnelles était supérieur à celui de la tranche ferme. Dans la mesure où les tranches optionnelles sont susceptibles de ne pas être affirmées, la part relative à la tranche ferme doit être prépondérante.

Il a donc été demandé à l'organisme de prévoir une proposition financière globale (tranche ferme + tranches optionnelles) proposée par chaque soumissionnaire sans prévoir de décomposition particulière.

Le critère de la valeur technique

Comme pour le prix, l'importance donnée à la valeur technique doit tenir compte de la nature et de la complexité des prestations à réaliser.

Ce critère s'apprécie généralement au vu des renseignements et documents demandés à l'appui des offres, en particulier au travers d'un mémoire technique.

Le critère technique doit s'attacher strictement à la description et aux modalités de mise en œuvre des moyens que le candidat s'engage à affecter effectivement à l'opération. Il importe donc que sa rédaction soit particulièrement claire sur ce point.

Lorsque les prestations à réaliser sont de natures différentes, le critère technique, décomposé en sous-critères et même en sous-sous-critères doit tenir compte de l'ensemble des éléments et de l'importance accordée à chacun d'entre eux.

Les observations de la Commission

D'une façon générale, la Commission recommande que ce critère et sa décomposition soient bien explicités dans les documents de la consultation.

Elle a ainsi formulé les observations suivantes :

- un sous-critère relatif à la compréhension de l'environnement du marché et des enjeux et objectifs du programme de travail d'un organisme, même faiblement pondéré est potentiellement source de contentieux juridique. Une telle exigence doit être justifiée. À défaut, cette exigence peut se traduire, au stade de la candidature, par des demandes de références dans le domaine concerné ;
- une rédaction de sous-critères de la valeur technique formulés sous forme de demande de planning, note ou méthodologie ne constituent que des supports à l'appréciation des critères ;

- lorsque le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre des critères de sélection, de faire usage de sous-critères, il est tenu de porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères lorsque, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection, et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Les candidats doivent, dans ce cas, être informés de cette pondération ou hiérarchisation ;
- la rédaction d'un sous-critère de la valeur technique intitulé « qualité du mémoire technique » est insuffisant. En effet, le mémoire technique est en principe le document qui permet aux candidats de formuler leur offre technique (offre qualitative et non économique) et qui sert ensuite à l'analyse des critères de choix des offres. Son objectif est de conduire et guider les entreprises dans l'élaboration de leur réponse à la consultation, de manière à faciliter ultérieurement l'examen et la comparaison des offres.

Les critères relatifs à des éléments de développement durable

Le choix des critères peut également être l'occasion pour l'acheteur de prendre en compte des éléments de développement durable.

La fiche de la DAI sur l'examen des offres indique :

« L'article 62 du décret retient ainsi parmi les critères possibles : les performances en matière de protection de l'environnement, l'approvisionnement direct de produits de l'agriculture, l'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité ou encore le bien-être animal. Si de tels critères peuvent être choisis, c'est à la condition toutefois qu'ils soient en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Dans ce dernier cas, le critère doit se rapporter à des ressources susceptibles d'être effectivement mobilisées par le candidat pour l'exécution du marché. Il n'est, par exemple, pas possible d'examiner les offres à l'aune d'un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise.

En revanche, le Conseil d'État a admis qu'un critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté pouvait être en rapport avec l'objet d'un marché de travaux publics, dès lors que celui-ci était susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion.

Dans la mesure où elles concernent les modalités de production des produits, objet du marché, des exigences en matière de commerce équitable peuvent de même être prises en compte.

L'acheteur peut également recourir aux labels afin d'apprécier un critère.

Conformément à l'article 10 du décret, lorsqu'il souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, l'acheteur peut exiger un label particulier dans les critères d'attribution en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises. »

Pour introduire de tels critères, il est important de connaître l'état du marché en particulier son degré d'implication sur le plan environnemental et social. En effet, il est important d'avoir un nombre suffisant d'entreprises susceptibles de répondre et d'insérer cette préoccupation dans les spécifications techniques

Les observations de la Commission

La rédaction des critères portant sur des éléments de développement durable fait souvent l'objet de remarques par la Commission. L'intitulé d'un critère rédigé « prise en compte du développement durable » est considéré comme trop flou quand bien même il est mentionné que le mémoire justificatif devra comporter des éventuelles modalités de prise en compte du développement durable sur un axe environnemental.

La Commission a également recommandé de ne pas retenir de critère de choix relatif à la RSE sans lien avec les conditions d'exécution ou l'objet du marché public à passer. Ainsi, un critère portant sur « *la politique de responsabilité sociétale/sociale (RSE) du candidat appréciée à partir de la politique salariale : emploi des jeunes, de personnes handicapées, formation du personnel, parité...* » constitue une appréciation générale de la gestion de l'entreprise hors du contexte du marché. Ce que l'entreprise fait en dehors de l'exécution du contrat, dès lors qu'elle respecte la réglementation, est sans influence sur l'appréciation des mérites de l'offre déposée.

La Commission souligne par ailleurs qu'une faible pondération d'un critère portant sur des éléments de développement durable ne garantit pas que les objectifs souhaités soient atteints. Il est donc important de lui donner un poids suffisant.

La méthode de notation des critères

Une méthode de notation rarement mentionnée dans les pièces du dossier transmis à la Commission

Pour le classement des critères, l'acheteur applique une méthode de notation, qui, contrairement aux critères, n'a pas à être précisée dans les documents de la consultation. Elle consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard du critère donné, qui doit permettre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'acheteur choisit librement la méthode de notation qui lui paraît la plus adaptée en veillant toutefois à respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

La méthode retenue ne doit pas conduire à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération.

Les observations de la Commission

La Commission regrette que les organismes ne mentionnent que rarement, dans la note de présentation qui lui est transmise, la méthode de notation qui sera effective pour le jugement des offres. Il s'agit d'un élément important qui peut conditionner la régularité juridique de la procédure.

Lorsqu'elle est présente, la Commission a formulé les observations suivantes sur la méthode de notation :

- au regard de la jurisprudence, la formule de notation des offres ne doit pas déboucher sur une note négative ou nulle (CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532) ;
- la méthode de notation du critère prix doit permettre de déterminer l'offre dont la proposition financière est la plus avantageuse (CE, 1^{er} juillet 2015, Société nouvelle d'entreprise générale du sud-ouest, n° 381095) ;
- les modalités de notation doivent respecter strictement les critères de pondération en attribuant le maximum de chaque critère à l'offre la meilleure pour le critère considéré ;
- lorsqu'une simulation financière est prévue, la méthode de calcul basée sur la moyenne de deux sommes de prix pondérés n'apporte aucune plus-value à la simple comparaison d'un scénario de commande associant un coefficient de pondération à chacun des items du bordereau de prix. Seule est déterminante l'appréciation du nombre relatif d'occurrences de chaque unité d'œuvre en cours d'exécution. Plus l'écart sera important entre l'exécution et la prospective, plus la pertinence économique du choix pourra se trouver démentie.

Les documents de la consultation

La qualité du dossier de consultation est un élément essentiel du bon déroulement de la procédure et de la bonne exécution des marchés. Au surplus, une mauvaise qualité des documents fournis, tant dans la forme que dans le fond, constitue souvent un obstacle à la remise des offres.

La Commission examine donc avec la plus grande vigilance les projets de dossiers de consultation et formule régulièrement des observations sur la cohérence des différents documents :

- entre l'avis de marché et le règlement de la consultation,
- entre la définition et la composition des prestations dans les différentes pièces du dossier de consultation,
- entre la liste des documents demandés, les critères de jugement des offres et les exigences du CCTP.

Le règlement de la consultation

Le règlement de la consultation précise les modalités de la procédure et du jugement des offres. Ce document, rédigé avec soin, doit définir avec la plus grande précision les attentes de l'organisme.

Les candidats doivent connaître les caractéristiques techniques auxquelles l'acheteur accorde de l'importance et comment les offres seront jugées.

S'il est demandé un mémoire technique, il faut en indiquer le contenu ; si la remise d'échantillons est demandée, il faut préciser la façon de les analyser.

Les observations de la Commission

La Commission veille particulièrement à la cohérence des différents documents des dossiers de consultation, et plus particulièrement à l'identité des informations figurant dans l'avis de publicité et le règlement de la consultation, toute distorsion pouvant conduire à l'annulation du contrat.

Elle veille également à ce que les dispositions qui doivent normalement figurer dans les règlements de consultation ne soient pas inutilement insérées dans les documents contractuels, CCAP et CCTP.

D'une manière générale, elle conseille d'indiquer de façon précise les informations demandées aux candidats au titre de chacun des critères afin de faciliter à la fois l'établissement des offres par les candidats et leur appréciation par le pouvoir adjudicateur.

Enfin, la Commission rappelle que le règlement de consultation n'a aucune valeur contractuelle. Il n'y a donc aucun intérêt à demander au candidat de le renvoyer signé. Idem pour le CCAP qui a valeur contractuelle dès lors que les candidats soumissionnent.

En 2017, la Commission a régulièrement attiré l'attention des organismes sur certaines informations ou clauses :

- Les variantes sont des prestations complémentaires à l'offre de base que le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de présenter.
- En vertu de l'article 45 II du décret du 25 mars 2016, l'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché public que dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.
- Lorsque les sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur les offres des candidats, le pouvoir adjudicateur doit indiquer la pondération de ces sous-critères. À défaut le poids donné à chaque sous-critère devra être le même.

- L'indication sur les clauses techniques et/ou administratives sur lesquelles les variantes pourront porter.
- Les informations relatives à l'indemnité forfaitaire et aux intérêts moratoires au règlement des litiges qui doivent figurer dans le CCP ou CCAP.
- La méthode de notation des offres qui n'a pas à être portée à la connaissance des candidats (CE 22 octobre 2014 Société EBM Thermique).
- L'indication d'une date unique de visite est à éviter car les candidats ne pouvant pas se déplacer le jour de cette visite, ne pourront pas remettre le certificat de visite attestant de cette obligation et verront leurs offres rejetées car irrégulières (TA Rennes, 25 octobre 2010, Sarl PPR « Ekko Redon », n° 1003986).

Le CCAP

Des CCAP qui comportent souvent des erreurs ou des omissions

Le CCAP est un document contractuel spécifique à un marché comportant des clauses de portée juridique et financière complétant ou adaptant les clauses du CCAG choisi par le pouvoir adjudicateur.

Il doit être rédigé avec le plus grand soin car il constitue le document de référence en cas de difficultés ou de conflits avec le titulaire du marché et doit éviter de recopier les dispositions des CCAG.

Lors de l'examen des dossiers en 2017, certaines clauses de CCAP ont plus particulièrement appelé l'attention de la Commission.

— LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La propriété intellectuelle est l'ensemble de principes et de règles issus de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine protégeant les auteurs ou leurs propriétaires. La propriété intellectuelle recouvre notamment la propriété industrielle et le savoir-faire ainsi que la propriété littéraire et artistique.

Les CCAG-PI et TIC mettent à la disposition du pouvoir adjudicateur deux régimes optionnels de propriété intellectuelle applicable aux résultats auxquels il souscrita librement, selon ses besoins : l'option A et l'option B.

Option A : le titulaire du marché concède, à titre non exclusif, les droits d'utilisation des résultats au pouvoir adjudicateur que ce dernier aura défini et découlant de l'objet du marché. Le titulaire du marché est, quant à lui, propriétaire des droits de propriété intellectuelle afférents aux résultats.

Option B : le titulaire cède, à titre exclusif et dans son intégralité, les droits d'exploitation des résultats au pouvoir adjudicateur qui peut dès lors les exploiter au-delà de ses besoins propres.

Si les documents particuliers du marché n'indiquent pas l'option retenue, par défaut, c'est l'option A qui s'applique.

Les observations de la Commission

La Commission recommande aux pouvoirs adjudicateurs de bien étudier le choix de l'option en fonction de l'objet du marché et rappelle que si l'option B confère la « titularité » des droits au pouvoir adjudicateur, ce qui peut sembler plus sécuritaire, elle sera en conséquence plus onéreuse. Par ailleurs, quelle que soit l'option retenue, il est important d'apporter des précisions utiles pour compléter le cadre contractuel sur les points suivants :

- définir précisément les résultats attendus,
- lister les connaissances antérieures mises en œuvre,
- identifier les tiers bénéficiaires des droits et les sous-licenciés,
- préciser les modalités techniques et financières de l'assistance à l'exercice des droits concédés (art 25.3.6 du CCAG PI et art 38.2.6 du CCAG TIC),

- fixer les modalités de calcul de la redevance (art 25.6 du CCAG PI et art 38.5 du CCAG TIC),
- définir l'étendue de l'obligation de confidentialité si nécessaire (art 25.3.4 du CCAG PI et art 38.2.4 du CCAG TIC).

Enfin, lorsque le pouvoir adjudicateur envisage une exploitation plus large des résultats que celle découlant directement de l'objet du marché, il doit exercer une vigilance particulière sur les modes d'exploitation envisagés, les modifications et adaptations susceptibles d'être apportées aux résultats, les exploitations commerciales éventuellement envisagées, la durée d'exploitation, le territoire, l'exclusivité, le prix.

La Commission a ainsi attiré à plusieurs reprises l'attention des organismes sur la nécessité de ne pas se limiter à indiquer le choix de l'option retenue et de le compléter par des précisions. Une rédaction en ce sens a souvent été proposée aux organismes dans les lettres d'observations.

— LES CONDITIONS FINANCIÈRES

Une offre économiquement avantageuse dépend non seulement des conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence ou de l'efficacité de la négociation mais également de la forme du prix retenu (en général à prix définitif), des conditions dans lesquelles il évolue sur la durée du marché (clauses de variation : prix fermes, prix révisables) ainsi que des modalités de règlement du contrat.

Le prix dans les marchés publics doit être déterminé ou déterminable : soit le prix figure dans les documents du marché, soit les modalités précises de sa détermination figurent dans le marché et peut ainsi être précisément calculé par l'application des clauses contractuelles.

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

Les prix peuvent être révisables :

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

Le prix forfaitaire est le prix qui rémunère le titulaire du marché pour une prestation ou un ensemble de prestations, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est recommandée pour les prestations dont la consistance (en contenu et en quantité) peut être définie avec précision, au moment de la conclusion du marché.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen d'un projet de marché relatif à des travaux d'entretien et de rénovation d'immeubles, l'attention de l'organisme a été appelée sur les modalités de révision des prix basée sur les derniers index publiés. Si cette modalité a l'avantage de la simplicité, elle présente l'inconvénient de ne pas traduire la réalité de l'évolution des prix pendant la période d'exécution des prestations, et donc de ne pas garantir le maintien de l'équilibre économique initial du contrat. Ce point est d'autant plus important qu'une périodicité annuelle de révision a été fixée. Une telle disposition est contraire à l'article 117 du décret du 25 mars 2016, selon lequel « *Lorsque le marché public comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, l'acheteur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues. Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs* ».

En conséquence, l'organisme a modifié la révision des prix qui interviendra en deux temps : une première révision réalisée sur la base du dernier indice publié et qui donnera lieu à un règlement provisoire et une seconde révision effectuée au moment de la publication de l'index de référence.

Cette observation a également été formulée pour un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la passation d'un contrat de performance énergétique.

Par ailleurs, à l'occasion de l'examen de plusieurs marchés à prix forfaitaires prévoyant une prise en charge des frais de déplacement du personnel du titulaire du marché, afin d'éviter des facturations en dehors des prestations définies, la Commission s'est interrogée sur la nécessité de fixer des limites et de veiller à définir un cadre juridique qui exclut tout risque d'interrogation sur un éventuel marchandage dès lors que les organismes acheteurs imposent leurs conditions statutaires à un personnel par nature externe.

Pour la Commission, en principe, le prix des prestations est forfaitaire au regard du lieu d'exécution principal.

Si le lieu d'exécution des prestations diffère à titre exceptionnel, la Commission relève qu'il est d'usage d'appliquer en supplément, un prix du déplacement sur la base des textes de l'organisme de Sécurité sociale tout en soulignant que cette pratique est susceptible d'une requalification contractuelle du lien qui lie les agents du titulaire à l'organisme.

— LA RETENUE DE GARANTIE

La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.

La retenue de garantie qui peut être prévue par le marché à la charge du titulaire, est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance.

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article 12 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Les observations de la Commission

La Commission rappelle que, dans le cadre d'un marché de maîtrise d'œuvre, la mise en place d'une retenue de garantie est un mécanisme plutôt intégré dans les marchés de travaux. En effet, la retenue de garantie bien que possible juridiquement, ne se prête pas, dans la pratique, au marché de maîtrise d'œuvre compte tenu du prix provisoire et du phasage des missions de maîtrise d'œuvre.

Elle précise aussi que la retenue de garantie est généralement exclue des CCAP des marchés de prestations intellectuelles liés à des projets portant sur des opérations immobilières. En effet, les dispositions de l'article 27 du CCAG PI sur la réception, l'ajournement, la réfaction et le rejet offrent une garantie suffisante et adaptée.

— LA RÉSILIATION

La résiliation est une décision unilatérale du pouvoir adjudicateur ou mettant un terme à l'exécution des prestations faisant l'objet du marché avant leur achèvement. La résiliation peut être prononcée à la demande du titulaire, pour faute du titulaire, à raison de certaines circonstances ou pour motif d'intérêt général.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics traite de trois cas de résiliation du contrat : le cas de modifications irrégulières du contrat initial, le cas de condamnation par la Cour de Justice de l'Union européenne en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit européen et le cas dans lequel le titulaire se trouve placé, en cours d'exécution, dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner.

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) précisent également différentes hypothèses de résiliation ainsi que la procédure à suivre pour mettre fin au marché public. Les CCAP ou CCP établis pour un marché public peuvent donc utilement se référer au CCAG applicable aux prestations en cause, en l'absence de stipulations particulières.

Les deux grandes hypothèses de résiliation sont :

- la résiliation de plein droit (force majeure et disparition du titulaire du contrat),
- la fin anticipée imposée par la personne publique à son cocontractant.

Il s'agit d'une clause importante pour laquelle la Commission a été parfois amenée à attirer l'attention des organismes en cas de précisions insuffisantes voire d'absence de mention sur ce point.

Les observations de la Commission

A l'occasion de l'examen d'un dossier, la question de la résiliation pour motif d'intérêt général s'est posée. Plus spécifiquement, il s'agissait de déterminer si l'atteinte du seuil de saisine obligatoire de la CCMOSS constitue un motif d'intérêt général de résiliation.

En réponse à une question parlementaire (n° 3068 du 30/10/2012), le Ministère de l'économie et des finances a indiqué que : « *le choix d'interrompre la procédure pour motif d'intérêt général peut aussi être motivé par le fait de mettre fin à une procédure d'entachée d'irrégularité. Il précise cependant que l'abandon de la procédure ne doit pas être généré par une mauvaise appréhension des besoins.* »

La commission a considéré, au regard des éléments fournis par l'organisme, que la résiliation fondée sur ce motif était licite.

Elle a par ailleurs attiré l'attention de l'organisme sur l'indemnisation du titulaire, s'agissant d'un accord-cadre à bons de commande sans minimum.

S'il est effectivement admis que les accords-cadres à bons de commande sans minimum ne donne pas droit à indemnisation, la jurisprudence du Conseil d'État vient néanmoins en préciser la portée (CE 19 décembre 2012 Société AB Trans req. n° 350341) en considérant que les principes généraux applicables aux contrats administratifs ne s'opposent pas à ce que des stipulations contractuelles écartent, tout droit à l'indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique. Or dans le cas d'espèce, le contrat renvoie au CCAG de référence sans dérogation sur ce point. C'est donc ce dernier qui trouve à s'appliquer avec toutefois la difficulté de chiffrer s'agissant d'un marché conclu sans mini ni maxi.

— LA RÉVERSIBILITÉ ET LA TRANSFÉRABILITÉ

Des notions différentes qui peuvent néanmoins se regrouper

Ces notions sont en général présentes pour toutes les prestations de services informatiques externalisées.

Seul le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication (CCAG TIC) fait référence aux notions de « réversibilité » et de « transférabilité ». Selon ce texte, la réversibilité se caractérise par une forme de réintégration et de ré internalisation de la prestation directement auprès du client alors que la transférabilité renvoie à un transfert pur et simple de la prestation à un tiers (un nouveau prestataire).

Dans les faits, la rédaction de ce type de clause prévoit et intègre ces deux cas de figure : elle offre au pouvoir adjudicateur la possibilité de pouvoir reprendre le contrôle exclusif de son système informatique et ainsi de ne pas le rendre totalement dépendant de son prestataire informatique en cas de rupture ou fin de contrat ou bien de transférer celui-ci auprès d'un nouveau prestataire.

Une telle clause doit être prévue avant la signature du contrat et implique généralement une contrepartie financière. Sa rédaction doit donc faire l'objet de toutes les attentions afin de garantir sa parfaite exécution dans l'hypothèse où elle viendrait à être mise en œuvre. Il importe ainsi de savoir si la réversibilité est techniquement possible et si elle n'altère pas l'objet même du contrat (périmètre de la réversibilité ? totale ou partielle ? Quelles seront les contraintes et les prérequis pour sa mise en œuvre ?

Elle doit également comprendre des précisions sur la faculté ou non de reprendre par soi-même ou de faire reprendre par un tiers le système informatique externalisé.

Les modalités de sauvegarde et de transfert des données, objets de la réversibilité, doivent aussi être particulièrement bien définies.

Les observations de la Commission

La Commission est attentive à ce que tous ces éléments soient bien formulés, en particulier au travers d'unités d'œuvres spécifiques. Elle recommande par ailleurs de privilégier l'utilisation de bons de commande d'unités d'œuvre dont la gestion est plus facile plutôt que le recours à des tranches optionnelles.

— LES MODIFICATIONS EN COURS D'EXÉCUTION

Les modifications en cours d'exécution sont désormais strictement encadrées : elles ne pourront excéder 10 % du montant pour les fournitures et services et 15 % pour les travaux ; dans tous les cas, elles ne doivent pas dépasser les seuils de passation des procédures formalisées.

Néanmoins, le décret identifie cinq catégories de situations autorisant les modifications sans limitation de montant :

- lorsqu'elles sont prévues dans les documents contractuels initiaux quel qu'en soit le montant (clauses de réexamen) ;
- lorsqu'elles concernent des travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires et ne figurant pas dans le marché public initial (dans la limite de 50 % du montant du marché initial) ;
- lorsqu'il y a un changement de circonstances (dans la limite de 50 % du montant du marché initial) ;
- en cas de remplacement du titulaire initial ;
- si les modifications ne sont pas substantielles quel qu'en soit le montant et sous certaines conditions.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen d'un projet d'avenant à un marché relevant des dispositions antérieures au décret du 25 mars 2016, l'attention d'un organisme a été portée sur le montant de l'augmentation qui ne doit pas bouleverser l'économie du marché, cette appréciation étant faite au cas d'espèce par les juges.

Par ailleurs, le dispositif portant sur des travaux spéciaux limité à 5 % du montant du marché pour des prestations non identifiées et accepté par la Commission, sous l'empire des dispositions antérieures, doit être supprimé.

En effet, les nouvelles dispositions figurant aux articles 139-2 (travaux, fournitures ou services supplémentaires) et 139-6 (fournitures et services dans la limite de 10 % et travaux dans 15 %) du décret 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, permettent désormais de répondre à cette catégorie de travaux spéciaux.

— LES PÉNALITÉS

Les pénalités sanctionnent un dysfonctionnement dans l'exécution du marché. Elles sont applicables de droit en cas de manquement sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge et sans qu'il soit nécessaire qu'existe un préjudice, ni que le maître de l'ouvrage n'ait à justifier de l'existence de ce préjudice.

Les marchés comprennent en principe des clauses de pénalités sanctionnant les retards constatés dans l'exécution des prestations ou la fourniture de documents relatifs aux marchés. Ces pénalités sont fixées dans le CCAP ou s'en tiennent aux stipulations définies dans les CCAG afin de permettre aux entreprises de les prendre en compte dans leur offre.

Les pénalités ne sont applicables que si le contrat décrit de manière précise la prestation concernée, le délai d'exécution de celle-ci et le mode de calcul de la pénalité. Le marché doit notamment permettre, pour chaque pénalité prévue, d'apprécier quelle est la tâche décrite dans le marché qui n'a pas été exécutée ou qui l'a été avec retard. Si le marché comporte plusieurs délais, il peut être utile de préciser comment s'appliquent les pénalités dans chacun des cas. Elles doivent par ailleurs être calculées de manière à assurer le déroulement du marché : des pénalités trop fortes peuvent dissuader certaines entreprises de se porter candidates ou les inciter, pour se couvrir, à augmenter leur prix.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen d'un projet de marché de travaux, l'attention de l'organisme a été appelée sur le caractère excessif du montant d'une pénalité de 1 000 euros par jour calendaire de retard pour l'exécution des travaux et de 1 500 euros sans mise en demeure préalable pour retard ou caractère incomplet du rendu des documents.

La Commission appelle régulièrement l'attention des organismes sur la rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution. Leur précision conditionne une application prévisible, efficace et sécurisée des pénalités de retard ou autres.

Enfin, la Commission attire l'attention des organismes sur leur capacité à mettre en œuvre ces pénalités.

Le CCTP

Le CCTP est le document contractuel qui rassemble les clauses techniques d'un marché ou accord-cadre déterminé.

Il formalise le descriptif technique des fournitures, des prestations de services ou des travaux qui seront achetés ou à faire réaliser et qui permettront au pouvoir adjudicateur de suivre le déroulement du marché et la bonne exécution de ces prestations.

Le CCTP doit donc être rédigé de façon claire et impartiale. Les exigences techniques doivent être définies en liaison directe avec le besoin défini par l'acheteur et l'objet du marché et doivent leur être proportionnées, de façon à ne pas constituer une restriction déguisée à l'accès à la commande publique. Si des exigences techniques spécifiques peuvent être posées, elles ne doivent en effet pas aboutir à exclure arbitrairement certains candidats, ni à en favoriser d'autres.

Toute dérogation aux dispositions des documents généraux doit être récapitulée dans le dernier article des documents particuliers.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen des dossiers, la Commission s'assure que le CCTP est suffisamment détaillé et précis sur les prestations attendues ainsi que sur les termes employés pour définir les prestations.

Elle rappelle également que la rédaction d'un CCTP doit décrire les prestations au plan technique et ne pas comprendre des clauses qui relèvent du CCAP comme les modalités de commande ou les délais de livraison. Cette observation est formulée assez régulièrement par la Commission.

L'OFFRE DE SERVICE CONSEILS EN DROIT DES MARCHÉS DU SECRÉTARIAT DE LA CCMOSS



L'offre de service conseils en droit des marchés du secrétariat de la CCMOSS

77

Données statistiques

79

Les conseils dispensés par le secrétariat

81

La passation des marchés ou accords-cadres

86

L'exécution des marchés ou accords-cadres

89

5 L'OFFRE DE SERVICE CONSEILS EN DROIT DES MARCHÉS DU SECRÉTARIAT DE LA CCMOSS

Chiffres clés 2017



85 %
des demandes
provenant du
Régime général

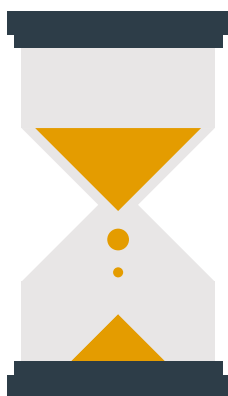


506
demandes de
conseils
par email

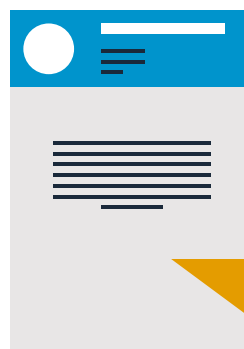
98 %
des demandes
traitées
dans un délai
inférieur à 7 jours



46,3 %
des demandes
relatives à la
passation des
marchés



Un
délai moyen
de réponse
de 2,5 jours



88 %
des demandes
sur
sollicitation
directe

Données statistiques

En 2017, le Secrétariat a répondu à 506 demandes écrites reçues sur la boîte mail du secrétariat ccmoossconseils@ucanss.fr. Il est par ailleurs sollicité par téléphone, dans une moindre mesure (440 appels téléphoniques sur le 09 72 67 80 08).

Par rapport à 2016 (611 sollicitations), les demandes de conseils écrites ont diminué (- 21 %). Cette baisse est essentiellement due à la diminution des demandes portant sur la nouvelle réglementation qui est entrée en vigueur en avril 2016.

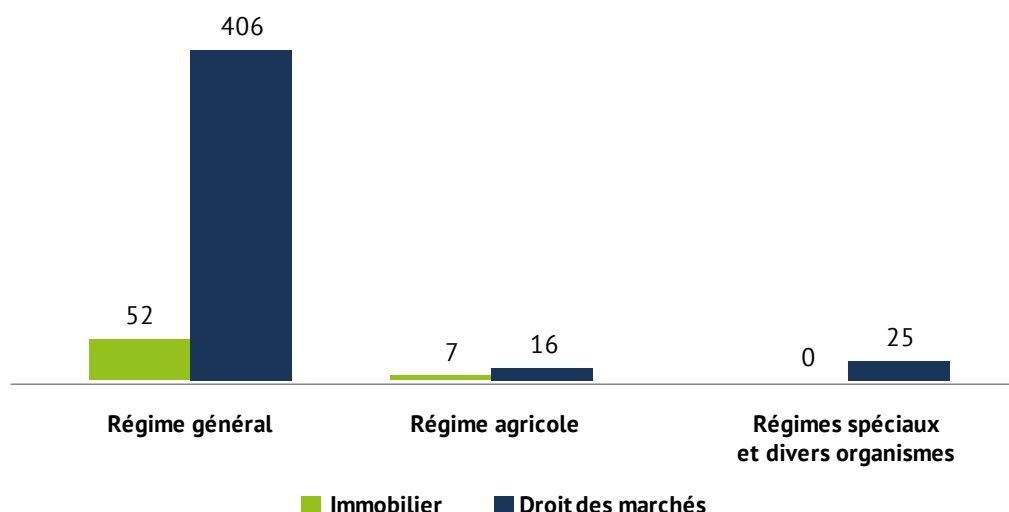
88 % des demandes écrites constituent des sollicitations directes des organismes (hors opérations immobilières). Les **12 %** restant sont des réponses à des demandes des organismes pour leurs opérations de travaux suivies par le département des opérations immobilières de l'Ucanss, pour lequel le secrétariat assure une fonction de conseil juridique.

Le délai moyen de réponse par le secrétariat est de 2,5 jours. Ce chiffre s'est nettement amélioré par rapport à 2016 (4 jours) traduisant la forte implication et réactivité des juristes du secrétariat sur cette fonction de conseils.

Les organismes ayant sollicité le secrétariat

Si tous les régimes de la Sécurité sociale interrogent le secrétariat, c'est principalement le régime général (famille, vieillesse, maladie, recouvrement) qui représente la majorité des demandes de conseils (90 %). Toutefois, des régimes et organismes tels que le RSI, la CRPCEN, la CNBF, la CFE, la CPR SNCF, la CAMIEG, la CAVEC, la CNAVPL, la CARPIMKO, l'AGESSA, le groupe BERRI ont également sollicité régulièrement les conseils du secrétariat. À noter également que le secrétariat a été amené à répondre à des demandes émanant de la Direction de la Sécurité sociale et du ministère de l'agriculture.

Au sein du Régime général, c'est la branche maladie qui a le plus souvent sollicité le secrétariat, avec plus de 200 demandes, (soit plus d'un tiers de l'ensemble des demandes de conseils).



La nature des demandes de conseils

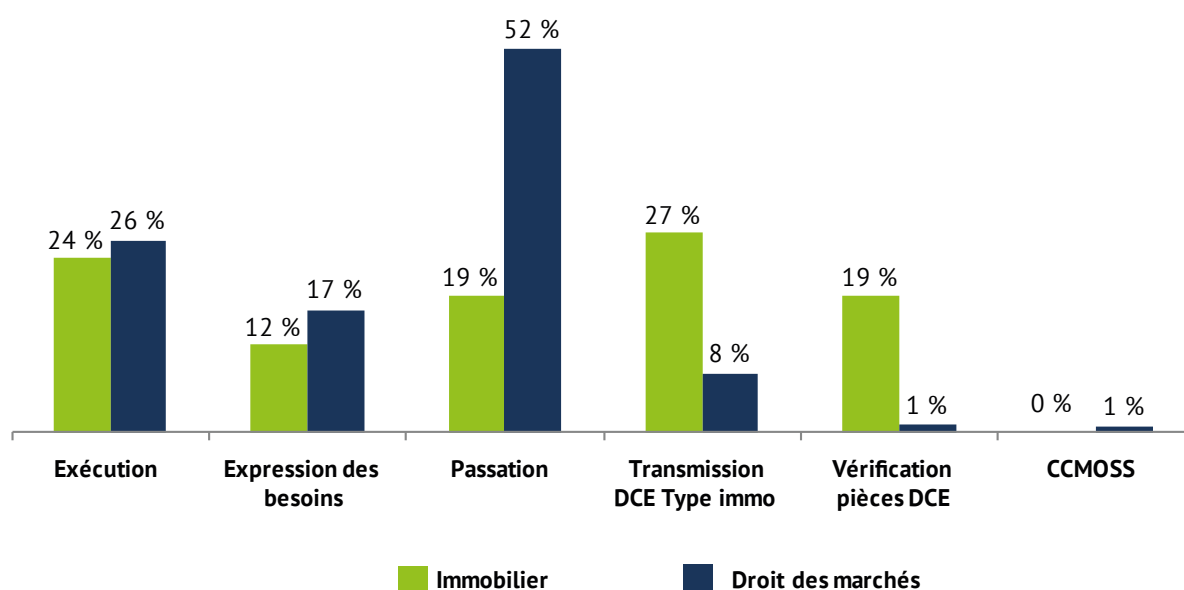
La nature des demandes par écrit de conseils fait apparaître les éléments suivants.

Pour les questions en droit des marchés, plus de la moitié des demandes ont porté sur la passation des marchés. Les questions relatives à l'expression des besoins et à l'exécution ont représentés respectivement 17 % et 26 % des demandes.

Dans le cadre des opérations immobilières, le secrétariat a surtout été amené à transmettre des DCE type pour 27 % des demandes, puis à répondre pour 24 % à des questions relatives à l'exécution en particulier dans le cadre de précontentieux ou de résiliation avec certains prestataires.

Enfin, le secrétariat a procédé pour 19 % des demandes à la vérification des pièces administratives rédigées par les organismes à l'occasion de la passation des différents marchés liés à la réalisation d'une opération immobilière (maîtrise d'œuvre, travaux, missions de contrôle technique, missions de coordination SPS, etc.) afin de les sécuriser juridiquement.

		RÉGIME GÉNÉRAL	RÉGIME AGRICOLE	RÉGIMES SPÉCIAUX ET DIVERS ORGANISMES	TOTAL
Exécution	Droit des marchés	103	4	4	111
	Immobilier	12	2	0	14
Passation	Droit des marchés	199	6	19	224
	Immobilier	9	2	0	11
Expression des besoins	Droit des marchés	64	6	1	71
	Immobilier	6	1	0	7
CCMOSS	Droit des marchés	2	0	1	3
	Immobilier	0	0	0	0
Transmission DCE type immobilier	Droit des marchés	34	0	0	34
	Immobilier	14	2	0	16
Vérification pièces	Droit des marchés	4	0	0	4
	Immobilier	11	0	0	11
TOTAL		458	23	25	506



Les conseils dispensés par le secrétariat

Au cours de l'année 2017, le secrétariat de la CMOSS a été sollicité par des demandes de conseils diverses portant, aussi bien, sur les différentes étapes à conduire lors du lancement d'une consultation (expression des besoins, passation et exécution des marchés) que sur des précisions sur la nouvelle réglementation relative à la commande publique.

Il a par ailleurs été amené à valider une vingtaine de dossiers de consultations, la plupart à la demande du département des Opérations Immobilières de l'Ucanss.

Une synthèse des principales questions ayant fait l'objet de demandes de conseils est présentée ci-dessous.

L'expression des besoins

Les demandes de conseils formulées au stade de l'expression des besoins ont porté pour l'essentiel sur la nature de certains contrats, le choix entre co-maîtrise d'ouvrage ou groupement de commande, la distinction maître d'ouvrage délégué et assistant à maîtrise d'ouvrage et la mise à disposition du DCE.

— LA NATURE DE CERTAINS CONTRATS

La question a été posée sur la nature du contrat et la nécessité de faire une mise en concurrence dans le cadre d'une prestation de notaire pour une VEFA.

L'article 14-2 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, stipule que *« la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs qui présentent les caractéristiques suivantes : (...) les marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens »*.

Toutefois, comme précisé par la Direction des Affaires Juridiques de Bercy : *« Un contrat de mandat de vente est soumis aux dispositions de l'ordonnance. Le contrat de mandat de vente d'un bien immobilier s'analyse comme un marché public de services au sens de l'article 5 de l'ordonnance. Il est, en effet, conclu en vue de la fourniture à un pouvoir adjudicateur d'une prestation de services à titre onéreux. (TC, 14 mai 2012, Société La Musthyere contre Commune d'Evry, n° C3860 »*.

Par conséquent, l'intervention d'un notaire dans le cadre d'un mandat de vente pour un achat en VEFA est un marché public et une mise en concurrence est nécessaire.

Néanmoins, une telle prestation relève de l'article 28 sur les services sociaux et autres services spécifiques et peut donc être passée selon une procédure adaptée dans les conditions de l'article 27 du décret relatif aux marchés publics.

Il s'agit de la catégorie 8 intitulée *« Services juridiques »*. Le code CPV relatif aux prestations de services juridiques d'un notaire est le 7911100-5.

Si les prestations de conseils juridiques d'un notaire sont soumises aux dispositions relatives aux marchés publics et doivent faire l'objet d'une mise en concurrence, l'article 14-10°-a) de l'ordonnance relative aux marchés publics exclut les prestations de certification et d'authentification de documents assurés par les notaires du champ d'application de ses dispositions.

Les prestations de certification et d'authentification de documents ne sont donc pas soumises à une mise en concurrence.

Par ailleurs, il convient de noter que les prestations d'huissiers de justice relèvent de la catégorie 11 intitulée « *services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours* » telle que mentionnée dans l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques. Elles ont pour code CPV : 75242110-8.

Aussi, comme pour les prestations de conseils juridiques d'un notaire, il appartient aux acheteurs d'organiser une procédure adaptée en application de l'article 27 du décret n° 2016-360 lorsqu'ils souhaitent faire appel à un huissier de justice.

En revanche, en application des dispositions du 10° c) de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899, les prestations telles que la signification d'actes judiciaires ou l'exécution des décisions de justice réalisées par un huissier de justice sont considérées comme étant des services liés à l'exercice de la puissance publique et sont, par conséquent, exclues des marchés publics.

— LE CHOIX ENTRE CO-MAÎTRISE D'OUVRAGE ET GROUPEMENT DE COMMANDE

Le secrétariat de la CCMOSS a été saisi d'une demande d'accompagnement par une CAF consistant à apporter un éclairage sur les solutions possibles pour la réalisation d'une opération de construction d'un bâtiment dont la CAF et le Département seraient les propriétaires occupants.

Deux solutions ont été envisagées : une convention de co-maîtrise d'ouvrage ou un groupement de commande qui sont deux processus à ne pas confondre.

L'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose :

« I. - Des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics. Un groupement de commandes peut également être constitué, aux mêmes fins, entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumis à la présente ordonnance, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente ordonnance..

II. - La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres.

III. - Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance.

Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public ne sont pas menées dans leur intégralité au nom et pour le compte des acheteurs concernés, ceux-ci ne sont solidairement responsables que des opérations de passation ou d'exécution du marché public qui sont menées conjointement. Chaque acheteur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la convention constitutive pour les opérations dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.[...] »

Ainsi, lorsque plusieurs maîtres d'ouvrage souhaitent se regrouper pour coordonner leurs achats, sans opérer pour autant un transfert de maîtrise d'ouvrage au profit de l'un d'eux, ils peuvent constituer un groupement de commandes.

Néanmoins, comme souligné par le ministère de l'Économie le 23 mars 2011 dans sa réponse à la question écrite n° 95922, « Le recours au groupement de commandes n'est pas adapté aux opérations de construction, car le choix des constructeurs doit être approuvé par chaque membre du groupement en sa qualité de maître de l'ouvrage (art. 5 de la loi précitée). Pour ces opérations, le recours à la co-maîtrise d'ouvrage prévue au II de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 mentionnée ci-dessus constitue un dispositif plus approprié. »

Le groupement de commandes dans ce contexte se voit limité dans sa capacité à coordonner la co-maîtrise d'ouvrage.

En effet, l'article 3 de la loi MOP dispose que, peuvent être délégués au mandataire :

- la préparation du choix du maître d'œuvre,
- la signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage,
- la gestion du contrat de maîtrise d'œuvre,
- la préparation du choix de l'entrepreneur,
- la signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage,
- la gestion du contrat de travaux.

En conséquence, cela signifie que le choix du maître d'œuvre et des entreprises de travaux ne peut être effectué exclusivement par les instances du coordonnateur. Le choix des constructeurs doit être approuvé par chaque membre du groupement en sa qualité de maître de l'ouvrage (art. 5 de la loi précitée). Si la constitution d'un groupement de commande constitue une réelle maîtrise de l'opération par le maître d'ouvrage avec la possibilité d'alterner les coordonnateurs avec la nouvelle réglementation sur la commande publique, elle a néanmoins comme conséquence un allongement des délais.

Aussi, une co-maîtrise d'ouvrage, c'est-à-dire le transfert temporaire de la maîtrise d'ouvrage pour une durée déterminée dans des conditions fixées par une convention, est une solution préférable.

L'article 2-II de l'ordonnance n° 2004-566 du 27 juin 2004 qui modifie l'article II-2 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 dispose en effet que : « lorsque **la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrages**, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation, de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe les termes ». L'avantage de cette disposition est d'avoir, une fois le transfert exécuté, une maîtrise d'ouvrage unique pour l'ensemble de l'opération, gage certain d'efficacité dans la mesure où elle permet de pallier les difficultés de coordination entre maîtrises d'ouvrage et d'assurer la cohérence d'ensemble pour l'opération considérée. En outre, elle engendre des gains de coût et de délais.

Après une réunion avec le Département et la Caf, le service Immobilier et le service Valorisation de l'Ucanss, le secrétariat de la CCMOSS a proposé un projet de convention constitutive de co-maîtrise d'ouvrage à la CAF.

— LA DISTINCTION ENTRE MAÎTRISE D'OUVRAGE DÉLÉGUÉE ET ASSISTANCE À MAÎTRISE D'OUVRAGE

Lors de la mise en œuvre d'une opération de construction, le secrétariat est fréquemment sollicité pour des demandes de précisions sur la différence entre la maîtrise d'ouvrage déléguée et l'assistance à maîtrise d'ouvrage qui sont deux notions souvent mal maîtrisées.

1°/ Le maître d'ouvrage délégué (MOD)

Le maître d'ouvrage délégué (MOD) est un mandataire titulaire d'un mandat spécial (limitatif) qui agit au nom, et pour le compte du maître d'ouvrage, et le représente à l'égard des tiers jusqu'à l'achèvement de sa mission.

Le MOD intervient en qualité de mandataire du maître de l'ouvrage et non pas en qualité de simple conseiller de celui-ci. En lieu et place du maître de l'ouvrage, le MOD élabore et signe les différents contrats, il choisit les entreprises et les fournisseurs, il prépare et gère leurs marchés, il s'occupe de la gestion financière et administrative de l'opération.

Le maître d'ouvrage conserve un droit de regard sur l'exécution des missions de son délégué qui doit lui rendre compte de ses activités. Le maître d'ouvrage délégué n'assume pas de mission de conception.

La délégation de maîtrise d'ouvrage est strictement encadrée par la loi MOP. Elle prend obligatoirement la forme d'une convention de mandat.

Le contenu du mandat de délégation 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 (MOP) est défini à l'article 5 de cette loi qui liste les mentions substantielles que doit contenir la convention de mandat. L'article 3 de la loi précitée énumère limitativement les attributions pouvant être confiées au mandataire.

2°/ L'assistant du maître d'ouvrage (AMO)

Le maître d'ouvrage peut avoir recours à un assistant qui l'aide à mettre en œuvre l'opération au niveau administratif, en lui fournissant une assistance juridique notamment pour la passation des contrats ou les demandes d'autorisations éventuelles, au niveau financier (contraction d'un prêt) et au niveau technique (bureau d'étude en génie civil).

L'étendue et la nature de ses missions sont très variables.

Cette mission peut aller de l'assistance dans la définition des besoins, au montage juridique et financier de l'opération, à la réalisation des études de faisabilités et des études d'impact, à la réaction du programme jusqu'à l'assistance administrative, technique, financière, etc.

Lorsque l'assistance porte sur un seul ou deux de ces domaines (administratif, financier et technique), on parle d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

En revanche, lorsque l'assistance porte sur ces trois domaines (administratif, financier et technique) on parle de « conducteur d'opération ».

3°/ Distinction maître d'ouvrage délégué (MOD) et assistance au maître d'ouvrage (AMO)

La fonction d'AMO ne doit pas être confondue avec la délégation de la maîtrise d'ouvrage déléguée qui assurera la maîtrise d'ouvrage en lieu et place de la personne pour le compte de laquelle l'ouvrage est réalisé.

En effet, le MOD intervient au nom et pour le compte du maître d'ouvrage dans le cadre d'un mandat qui lui a été confié. Il a qualité pour représenter celui-ci et accomplir des actes juridiques engageant le maître d'ouvrage à l'égard des tiers au contrat, contrairement à l'AMO qui ne tient qu'un rôle de conseil.

— LA MISE À DISPOSITION DU DCE

L'obligation de mise à disposition du DCE, dès l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence pour les procédures restreintes et les procédures concurrentielles avec négociation, a suscité de nombreuses sollicitations du secrétariat sur ce point.

L'article 39-I du décret du 25 mars 2016 dispose :

« Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie ».

L'article 56 du décret du 25 mars 2016 indique :

« L'acheteur invite simultanément et par écrit les candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

En cas d'appel d'offres restreint, de procédure concurrentielle avec négociation, de procédure négociée avec mise en concurrence préalable ou de dialogue compétitif, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes :

1° La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;

2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. Toutefois, dans le cas du dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue mais dans l'invitation à remettre une offre finale ;
3° Dans le cas du dialogue compétitif, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues utilisées ;
4° La liste des documents à fournir ;
5° La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation ;
6° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés au II de l'article 41, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation »

À la lecture de ces deux dispositions, la question s'est posée de savoir si l'obligation de mise à disposition du DCE dès l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence s'appliquait aux procédures restreintes et procédures concurrentielles.

La Direction des Affaires Juridiques de Bercy, saisie par le secrétariat a transmis la réponse suivante :
« L'article 39 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit la mise à disposition des documents de la consultation aux opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence. Jusqu'au 1^{er} octobre 2018, cet article s'applique pour tout marché public supérieur aux seuils de procédure formalisée ainsi qu'aux marchés publics de l'État et des collectivités territoriales pour les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 € HT (2° du IV de l'article 39 du décret du 25 mars 2016).

Les seules exceptions à la non-disponibilité des documents de la consultation sont celles précisées au II de l'article 41 du décret du 25 mars 2016. Il s'agit des mêmes raisons qui peuvent justifier l'absence d'utilisation des moyens de communication électronique.

Conformément à l'article 56 du même décret, en cas d'appel d'offres restreint, l'invitation à soumissionner adressée aux candidats sélectionnés à l'issue de la phase d'examen des candidatures doit indiquer l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats.

Ainsi, en cas de recours à une procédure restreinte, le DCE peut ne pas être complet. En effet, en application de cet article 56 du décret précité, la date limite de réception des offres, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues utilisées en cas de dialogue compétitif, la liste des documents à fournir au sein des offres et la pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution pourront n'être communiqués qu'à l'occasion de l'envoi de l'invitation des candidats sélectionnés.

Si cet article prévoit également que l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition peut être mentionnée au stade de la lettre d'invitation, cela correspond à la mise en œuvre du 7° du II de l'article 41 du décret, c'est-à-dire « lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des messages de communication électrique, soit du caractère particulièrement sensible des informations (...) » et, dans les autres hypothèses, à un rappel de cette information qui devait figurer dans l'avis d'appel à la concurrence.

En toute hypothèse, que le DCE soit complet ou non dès la publication de l'avis d'appel à la concurrence, la lettre d'invitation des candidats sélectionnés doit obligatoirement mentionner les éléments précités, à l'exception, le cas échéant, des éléments mentionnés au 5° de l'article 56 du décret (hiérarchisation ou pondération des critères d'attribution déjà indiquée dans le DCE en ligne).

Cette modification des règles, qui ne permet plus de finaliser les documents de la consultation entre la publication de l'avis d'appel à la concurrence et la sélection des candidatures en procédure restreinte, s'explique par la nécessité de s'assurer que les acheteurs ne fixent pas des conditions de participation disproportionnées ou sans rapport avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution. Tant que le besoin n'a pas été précisément défini et les conditions d'exécution fixées, il est en effet difficile de justifier que les conditions de participation fixées dans l'avis d'appel à la concurrence respectent ces exigences ».

En conséquence, si sous le code de 2006, rien n'interdisait au pouvoir adjudicateur de communiquer le cahier des charges et les autres pièces du DCE aux seuls candidats retenus, au moment de l'envoi de l'invitation des candidats admis à soumissionner, cette possibilité n'est plus offerte avec la nouvelle réglementation.

Le cahier des charges doit être transmis dès l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence sauf si l'acheteur démontre être dans l'un des cas de dérogations prévus à l'article 41-II du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics à savoir :

- procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence préalables inférieures aux seuils de procédure formalisée ;
- procédures adaptées ayant pour objet les services sociaux et autres services spécifiques de l'article 28 du décret du 25 mars 2016 ;
- en cas de nécessité d'utilisation d'outils, dispositifs, équipements spécialisés ou formats particuliers non communément disponibles, ou soumis à une licence propriétaire ne permettant pas le téléchargement ou accès à distance ;
- lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément ;
- en cas de motifs liés à la sécurité, à la protection des données exigeant un degré de protection extrêmement élevé ;
- en cas de remise de maquettes, modèles réduits, prototypes et échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique.

La passation des marchés ou accords-cadres

L'indication de l'estimation financière dans l'avis de marché

Suite à de nombreuses questions portant sur la fiche de la DAI « *comment utiliser les formulaires européens* », le secrétariat de la CCMOSS a indiqué aux organismes que la valeur estimée du montant financier d'un projet de marché est désormais une rubrique obligatoire pour les avis de publicité des marchés formalisés.

La question s'étant posée pour les marchés en dessous de ces seuils, pour lesquels seule une publicité nationale ou suffisante est obligatoire, la DAI a confirmé le positionnement du secrétariat, à savoir que pour ces projets de marchés précités, l'indication des quantités prévisionnelles sera suffisante, l'acheteur n'étant pas tenu de mentionner le montant estimatif des lots ou du projet de marché dans l'avis d'appel à la concurrence.

Les marchés de moins de 25 000 euros

En principe, en dessous du seuil de 25 000 euros HT, l'acheteur est dispensé de procéder à des mesures de publicité.

Cette faculté a été confirmée par l'arrêt du CE du 17 mars 2017, Ordre des avocats de Paris, n° 403768 qui dispose : « *qu'en vertu des dispositions du 8° du I de l'article 30 du décret attaqué, les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable ; que, d'une part, cette faculté ouverte aux acheteurs se justifie par la nécessité d'éviter que ne leur soit imposé, pour des marchés d'un montant peu élevé, le recours à des procédures dont la mise en œuvre ne serait pas indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qui pourraient même, en certains cas, dissuader des opérateurs économiques de présenter leur candidature ; que la définition d'un seuil portant sur la valeur estimée du besoin constitue un critère objectif de nature à renforcer la sécurité juridique de la passation du marché pour l'acheteur et le candidat* ».

Ainsi, pour un achat inférieur à 25 000 euros HT, il appartient à l'acheteur de solliciter au minimum trois devis avant tout achat. Si une seule entreprise répond à la demande de devis, l'acheteur peut évidemment contracter avec cet opérateur dès lors que, compte tenu de l'objet de l'achat et de ses caractéristiques, le prix proposé lui semble être raisonnable. Il doit conserver, néanmoins, la trace de la sollicitation des entreprises n'ayant pas répondu.

L'attention des organismes est néanmoins appelée sur le fait, qu'en dessous du seuil de 25 000 euros HT, l'acheteur doit toutefois respecter les grands principes de la commande publique énoncés à l'article 1er de l'ordonnance relative aux marchés publics ainsi que dans l'arrêt précité.

Il doit donc :

- veiller à choisir une offre répondant de manière pertinente à son besoin ;
- respecter le principe de bonne utilisation des deniers publics ;
- ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

Par ailleurs, il est recommandé à l'acheteur, qui n'est pas à l'abri d'un contentieux, de conserver une trace des éléments permettant de justifier que l'achat n'a pas été réalisé en méconnaissance des principes de la commande publique.

Enfin, afin de s'assurer que le montant de 25 000 euros HT ne sera pas dépassé, il convient de prendre en compte, la valeur totale des fournitures ou des services considérés comme homogènes qui sera consommé au niveau du pouvoir adjudicateur (et non par bureau ou site) ou la valeur totale des travaux se rapportant à une opération (article 25 du décret du 25 mars 2016).

La visite

Le déroulé et les issues de la visite ont suscité de nombreuses questions suite à l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 7 juillet 2016, *Société Artelia Ville et Transport Société Artelia Eau et Environnement*, n° 14BX02425.

La Cour a indiqué que « *Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions et l'administration ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut s'affranchir des exigences du règlement de la consultation quand la fourniture des éléments demandés ne présente pas d'utilité pour l'appréciation de l'offre* ».

C'est ainsi que dans cette affaire la Cour a considéré, l'inutilité de procéder à la visite pour l'un des candidats dans la mesure où il avait une connaissance approfondie du site acquise à l'occasion d'une procédure de consultation antérieure dans laquelle il avait eu l'occasion de visiter les lieux. Pour la Cour, dès lors que l'obligation de visite a exclusivement pour objet de s'assurer que le candidat connaît les lieux et peut élaborer son offre en toute connaissance de cause, elle est parfaitement inutile.

Le secrétariat de la CCMOSS rappelle qu'en vertu du principe de transparence des procédures, les modalités d'organisation de la visite doivent être précisées dans l'avis de marché et dans le règlement de la consultation. Si une telle obligation, justifiée par l'objet du marché, est imposée, le non-respect rend l'offre du candidat irrégulière (QE n° 100133, réponse JOAN du 17 mai 2011, p. 5145).

Lorsque le dossier de consultation impose la visite des locaux aux candidats, ces derniers doivent obligatoirement présenter le récépissé de visite avec leurs offres. À défaut, dans le cadre d'une demande de précision, il convient d'exiger ce récépissé.

Le secrétariat interprète strictement cette jurisprudence. L'admission de la candidature d'une société n'ayant pas effectué une visite obligatoire peut faire l'objet d'un recours d'un candidat évincé pour rupture d'égalité entre les candidats.

C'est ainsi qu'il a été préconisé, pour un marché de travaux, de refuser la candidature d'une société arguant avoir déjà fait la visite du site l'année précédente pour une autre consultation. En effet, soit le périmètre des travaux avait changé entre l'ancienne et la nouvelle consultation, soit l'objet du marché n'était pas similaire (un marché de climatisation, puis un marché d'électricité).

De même, le secrétariat a considéré que le principe d'égalité de traitement des candidats s'oppose à ce qu'un candidat obtienne qu'une visite soit organisée à une autre date que celle qui a été communiquée dans le règlement de consultation ou dans l'avis d'appel à la concurrence.

La neutralisation de certains éléments du BPU dans le critère prix

L'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2015-899 du 25 juillet 2015 fait de l'égalité de traitement des candidats un grand principe de la commande publique. Ce principe implique que les règles de la mise en concurrence soient les mêmes pour tous et donc que les offres des candidats soient analysées au regard des mêmes critères.

Or, bien souvent, pour certaines prestations, le titulaire sortant bénéficie d'un avantage financier qu'il convient de faire ressortir et de neutraliser lors de l'analyse des offres afin de ne pas le favoriser.

C'est le cas par exemple pour :

- un marché d'externalisation des archives dans lequel le titulaire aura un coût neutre pour le transfert des archives qui sont au sein de ses locaux,
- un marché de fourniture d'imprimantes notamment si ce titulaire peut proposer des imprimantes d'occasion,
- certains marchés de prestations informatiques comprenant une unité d'œuvre relative à la prise de connaissance du SI,
- des marchés de surveillance des locaux dont la reprogrammation des transmetteurs est à la charge du nouveau titulaire.

Aussi, suite à l'envoi de courriers par des candidats sur ce point, des organismes ont donc été dans l'obligation de déclarer sans suite leur consultation dans la mesure où le prix unitaire n'a pas été ressorti du prix global forfaitaire et neutralisé.

La candidature dans les marchés réservés

A l'occasion de la passation de marchés réservés aux ESAT, conformément aux dispositions des articles 36 de l'ordonnance et 13 du décret sur les marchés publics, la question s'est posée de savoir, d'une part, si la candidature d'une entreprise non ESAT ayant des références dans le secteur, objet de la consultation pouvait être acceptée et d'autre part si une simple société non mentionnée ESAT pouvait sous-traiter ou se présenter en groupement avec un ESAT pour emporter le marché.

Le secrétariat a estimé que, s'il est possible de réserver un marché public ou un des lots d'un marché, soit à des structures qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés, soit à des entreprises de l'économie sociale et solidaire, à condition que cette disposition soit mentionnée dans l'avis de marché ou les documents de la consultation :

- une société «non ESAT» qui postule doit voir sa candidature rejetée,
- un ESAT ne peut pas soumissionner sous la forme d'un groupement avec une société non ESAT,
- un ESAT ne peut pas sous-traiter à une société non ESAT une partie des prestations à exécuter.

L'exécution des marchés ou accords-cadres

Le paiement des sous-traitants

A plusieurs reprises, le Secrétariat de la CCMOSS a rappelé et expliqué le dispositif du paiement direct fixé aux articles 135 et 136 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

En vertu du I du premier article cité, « lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 euros TTC, le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur, est payé directement, pour la partie du marché public dont il assure l'exécution ».

Le régime des avances, acomptes et paiement des articles 110 à 121 du décret n° 2016-360 s'applique pleinement aux sous-traitants agréés. Ainsi, le droit à l'avance du sous-traitant est ouvert, à compter de la date de commencement de l'exécution du contrat de sous-traitance.

Les différentes étapes du paiement du sous-traitant sont fixées à l'article 136 du même décret qui prévoit que :

- « Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa demande de paiement au titulaire du marché public, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé. Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur ou à la personne désignée par lui dans le marché public.
- Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement à l'acheteur ou à la personne désignée dans le marché public par l'acheteur, accompagnée des copies des factures adressées au titulaire et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé.
- L'acheteur ou la personne désignée par lui dans le marché public adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.
- L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant »

Dès lors que le sous-traitant est accepté et agréé, tant le titulaire, le sous-traitant que le pouvoir adjudicateur doivent respecter ce formalisme.

Il est à noter que le délai dans lequel le pouvoir adjudicateur doit payer le sous-traitant commence à court à compter de l'accord du titulaire ou de l'expiration du délai de 15 jours.

La mise en liquidation judiciaire du titulaire

Le Secrétariat a été interrogé par plusieurs organismes sur la position à adopter face à la mise en liquidation judiciaire (éventuelle ou avérée) du titulaire d'un de leurs marchés, ce qui l'a conduit à expliquer les règles à respecter.

Le titulaire d'un marché public placé en liquidation judiciaire doit informer le pouvoir adjudicateur/maître d'ouvrage de sa situation en lui produisant une copie du jugement de liquidation judiciaire qui désigne le liquidateur.

Le pouvoir adjudicateur/maître d'ouvrage est alors tenu d'adresser une mise en demeure au liquidateur qui devra se prononcer sur la suite à donner au contrat en cours.

Deux cas de figure sont à distinguer :

- la mise en demeure reste plus d'un mois sans réponse : le contrat est résilié de plein droit sans indemnisation du titulaire. Le pouvoir adjudicateur/maître d'ouvrage doit uniquement au titulaire défaillant la somme correspondant aux prestations réalisées.

- le liquidateur judiciaire répond et :
 - se prononce pour la continuité du contrat. Dans ce cas, la prestation promise au cocontractant doit alors être fournie conformément aux dispositions contractuelles ;
 - se prononce pour la résiliation du contrat. Dans ce cas, le contrat est résilié de plein droit sans indemnisation du titulaire.

Lorsque la résiliation du marché est prononcée, le pouvoir adjudicateur/maître d'ouvrage est tenu de relancer une nouvelle procédure afin d'attribuer le marché à un autre prestataire.

Le pouvoir adjudicateur/maître d'ouvrage doit procéder à une déclaration de créances auprès du comptable de son organisme.

La résiliation du marché public prononcée suite à la décision du liquidateur de ne pas le poursuivre donne lieu à l'établissement du décompte de résiliation, c'est-à-dire un décompte général et définitif. L'entreprise défaillante a droit au paiement des prestations qu'elle a réalisées antérieurement à la résiliation du marché, même si ces travaux n'ont pas encore été incorporés à l'ouvrage à la date de résiliation du marché.

Cependant, les avances versées par le maître d'ouvrage peuvent être déduites, même si leur versement était accompagné d'une garantie à première demande actionnée par le maître d'ouvrage au moment de la résiliation. Dans ce cas, l'établissement garant pourra exercer, le cas échéant, un recours contre le maître de l'ouvrage.

Peut également être déduite du montant des travaux pris en compte la valeur des fournitures cédées par l'entreprise défaillante au titulaire du marché de substitution.

Enfin, les pénalités de retard dues en cas de dépassement du délai global d'exécution du marché avant la résiliation peuvent également être soustraites du décompte présenté par l'entreprise défaillante.

Si le marché prévoit une retenue de garantie et que le titulaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire, il appartient au pouvoir/maître de l'ouvrage, une fois les réserves levées, de produire au comptable de son organisme la décision de libération de la retenue de garantie.

Une fois en possession de cette décision, le comptable doit informer le liquidateur judiciaire qu'il détient lesdites sommes à sa possession.

Néanmoins, aucune disposition du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ne prévoit le remboursement anticipé de la retenue de garantie en cas de liquidation judiciaire.

L'article 124 du décret précité dispose que « [...] la retenue de garantie est remboursée un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie [...] ».

Ainsi, la retenue de garantie ne pourra être versée au liquidateur judiciaire qu'un mois après l'expiration du délai de garantie d'un an à condition qu'aucune réserve n'ait été formulée ou que les réserves aient été entièrement levées.

Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait

Le Secrétariat de la CCMOSS a été amené à renseigner des organismes demandeurs de la jurisprudence applicable en cas de difficultés survenant dans l'exécution d'un marché à forfait, se traduisant notamment par un allongement des délais d'exécution.

Depuis l'arrêt Région Haute Normandie rendu par le Conseil d'État le 5 juin 2013 (n° 352917), la responsabilité du maître de l'ouvrage n'est plus automatiquement retenue.

En effet, la Haute juridiction considère que « les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que des difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique ».

Par conséquent, il appartient au titulaire du marché d'apporter la preuve que les conditions de la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage public sont réunies. L'entrepreneur ne bénéficie plus d'une « *sorte de présomption de responsabilité du Maître d'ouvrage* » comme le relève le Rapporteur public dans ses conclusions dans l'arrêt précité.

Dans un arrêt Société Tonin du 12 novembre 2015 (n° 384716), le Conseil d'État a précisé les conditions d'indemnisation du titulaire d'un marché à forfait : seules des sujétions imprévues ou une faute de la personne publique peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire d'un marché à forfait.

« dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute du pouvoir adjudicateur commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en oeuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics ».

L'application de la théorie des sujétions imprévues suppose de manière cumulative que les difficultés rencontrées dans le cadre de l'exécution d'un marché présentent, tout à la fois, un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et une cause extérieure aux parties (CE, 30 juillet 2003, n° 223445).

En outre dans le cadre d'un marché à forfait les sujétions en cause doivent avoir bouleversé l'économie du contrat.

Enfin, le champ des fautes potentielles pouvant être reprochées au pouvoir adjudicateur est très vaste.

La démonstration de la faute suppose d'identifier l'obligation contractuelle du Maître d'ouvrage qui n'aurait pas été exécutée ou qui aurait été mal exécutée, par le Maître d'ouvrage lui-même, ou par le tiers à qui il en a confié l'exécution.

L'entreprise devra, outre la faute du maître de l'ouvrage, prouver son préjudice et le lien de causalité.

ANNEXE

PANORAMA DE LA RÉGLEMENTATION ET DE LA JURISPRUDENCE EN 2017



Panorama de la réglementation et de la jurisprudence en 2017

93

Réglementation européenne

94

Réglementation nationale

94

Jurisprudence

95

6 ANNEXE PANDRAMA DE LA RÉGLEMENTATION ET DE LA JURISPRUDENCE EN 2017

Réglementation européenne

Règlements (UE) n° 2017/2364, 2017/2365, 2017/2366 et 2017/2367 de la Commission du 18 décembre 2017 relevant les seuils de passation des marchés publics et des contrats de concession.

Réglementation nationale

Décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique.

Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux.

Décret n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales renforce les obligations des maîtres d'ouvrage dans le cadre du travail détaché.

Décret n° 2017-918 du 9 mai 2017 relatif aux obligations d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments existants à usage tertiaire.

Arrêté du 29 mars 2017 modifiant l'arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession.

Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles.

Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils acheteurs.

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique publié le 31 décembre 2017.

Jurisprudence

Au stade de la passation du marché public

CE, 17 mars 2017, n° 403768 : légalité du seuil de 25 000 euros pour la passation d'un marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence.

CE, 30 mars 2017, Groupement d'intérêt public Formation Continue Insertion Professionnelle, n° 406224 : le candidat dont l'offre est suspectée d'être anormalement basse, doit justifier de son prix.

CE, 31 octobre 2017, Société MB Terrassement Bâtiments, n° 410772 : si le respect d'un délai de stand still n'est pas obligatoire en MAPA, un courrier de rejet, doit, au contraire, être obligatoirement notifié aux candidats non retenus.

CE, 31 octobre 2017, Métropole Aix-Marseille-Provence, n° 410496 : la condamnation pour banqueroute ne constitue pas un motif justifiant l'exclusion d'un candidat.

Au stade de l'exécution du marché public

Sous-traitance

CE, 27 janvier 2017, Société Baudin Châteauneuf Dervaux, n° 397311 : le droit au paiement direct du sous-traitant ne peut être diminué sans une modification du contrat de sous-traitance.

CE, 19 avril 2017, Société Angles et Fils, n° 396174 : la demande de paiement direct du sous-traitant se fait par l'intermédiaire du titulaire du marché.

CE, 9 juin 2017, Sté Keller fondations spéciales, n° 396358 : le maître d'ouvrage peut contrôler l'exécution effective des travaux effectués par le sous-traitant en cas de paiement direct de ce dernier.

CE, 23 octobre 2017, Société Colas Ile de France Normandie, n° 410235 : le sous-traitant doit présenter sa demande de paiement direct en temps utile.

Résiliation

CE, 3 mars 2017, Sté Leasecom, n° 392446 : une clause d'indemnisation excessive du co-contractant en raison d'une résiliation du contrat pour motif d'intérêt général, peut être regardé comme illicite si elle est disproportionnée au regard du montant du préjudice subi par ce dernier.

CE, 9 juillet 2017, Conseil municipal de la commune de La Teste-de-Buch, n° 401940 : l'intérêt général peut s'opposer à la résiliation du contrat.

Divers

CE, 27 janvier 2017, Société Tahitienne de construction (STAC), n° 396404 : en cas de contestation du décompte général, l'entrepreneur a un délai de 6 mois pour saisir le juge du fond ou du référé provision.

CE, 9 juin 2017, Société Colas, n° 396851 : les prix nouveaux ne sont applicables que pour les travaux ou ouvrages qui n'étaient pas prévus par le contrat et qui sont réalisés par l'entrepreneur en application d'un ordre de service.

CE, 9 novembre 2017, SODEM, n° 396892 : la responsabilité du maître d'ouvrage peut être engagée du fait de l'allongement de la durée d'un chantier.

Vous souhaitez :
Des compléments d'informations
Obtenir des conseils sur la réglementation

Le secrétariat de la CCMOSS est à votre disposition :

Téléphone : 01.45.38.82.69
ccmoss@ucanss.fr

Conseils droit des marchés

Téléphone : 09.72.67.80.08
ccmossconseils@ucanss.fr

Nous contacter :
Éditions Ucanss
18 Avenue Léon Gaumont
75980 Paris cedex 20
ccmoss@ucanss.fr

Conception-rédaction :
Secrétariat de la CCMOSS - Ucanss
Direction de la Communication
Design graphique :
Véronique Chouvet
Directeur de la publication :
Didier Malric

