UCANSS
UNION DES CAISSES NATIONALES DE SÉCURITÉ SOCIALE

MOSS

Rapport d'activité

Commission consultative des Marchés des Organismes de Sécurité sociale

Edition 2021

www.ucanss.fr

SOMMAIRE

INTRODUCTION 1

LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITE SOCIALE ... 2

Un rôle de conseil et d'accompagnement 2
Une compétence pour tous les organismes privés de Sécurité sociale 2
Une saisine obligatoire pour les marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT 2
Un fonctionnement et une organisation encadrés 3
Des méthodes de travail bien établies 5
Une communication dédiée 7

LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION 8

Un secrétariat assuré par l'UCANSS 8
Un rôle d'assistance technique pour la Commission 8
Une offre de service diversifiée en droit de la commande publique 8
Les travaux et actions réalisés en 2020 9

DONNÉES STATISTIQUES 10

Un nombre variable de dossiers soumis à la saisine de la Commission 11
Des dossiers transmis principalement par le Régime général 12
Des dossiers portant essentiellement sur des prestations de service 13
Une utilisation toujours privilégiée de l'appel d'offres 13
Une utilisation prépondérante de la technique d'achat de l'accord-cadre 14
Une majorité de dossiers dispensés d'un examen en séance 14
Les dossiers examinés en séance de la Commission en 2020 15

LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION 16

La note de présentation est un document essentiel à la bonne compréhension du dossier présenté 16
La pratique du « sourçage » est désormais acquise 17
Le besoin doit être clairement défini avant le lancement de la consultation 18
Le marché à tranches est une solution pertinente pour la réalisation de prestations par étape 19
L'utilisation des variantes et des prestations supplémentaires éventuelles est parfois mal appréhendée 20
La prise en compte des aspects de responsabilité sociétale reste limitée 21
La mutualisation des achats est une donnée essentielle pour les organismes de Sécurité sociale 23
Le choix de l'allotissement est à expliciter 23
Le recours à un marché global doit reposer sur un argumentaire étayé 24
La technique d'achat de l'accord-cadre est plébiscitée 25
Les marchés de maîtrise d'œuvre sont le plus souvent bien appréhendés 26
Le choix d'une procédure adaptée est justifié 27
Le recours aux petits lots doit être envisagé systématiquement pour les marchés de travaux . 28
L'utilisation de la procédure avec négociation doit être justifiée 28
La rédaction des avis de marché doit être attentionnée pour éviter les erreurs et les omissions 29
Le dossier de consultation est à mettre à disposition dès l'envoi de l'avis de marché 30

LES RÈGLEMENTS DE LA CONSULTATION SONT À AMÉLIORER SUR CERTAINS POINTS 31
LA SÉLECTION DES CANDIDATURES EST UNE ÉTAPE À NE PAS NÉGLIGER 32
LA RÉDACTION DES CRITÈRES ET SOUS-CRITÈRES DE SÉLECTION DES OFFRES AINSI QUE LEUR PONDÉRATION DOIVENT ÊTRE RÉFLÉCHIS 33
LES CRITÈRES RELATIFS À DES ÉLÉMENTS SUR LES ASPECTS ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIÉTAUX DOIVENT REPOSER SUR DES ÉLÉMENTS TANGIBLES 34
LA MÉTHODE DE NOTATION DES CRITÈRES DOIT FIGURER DANS LA NOTE DE PRÉSENTATION TRANSMISE À LA COMMISSION 35
L'INTRODUCTION DE CLAUSES DE RÉEXAMEN EST UTILE POUR ANTICIPER LES MODIFICATIONS DU MARCHÉ 37
L'INSERTION DE CLAUSES INCITATIVES PEUT PERMETTRE D'AMÉLIORER L'EXÉCUTION DES PRESTATIONS 37
LES PÉNALITÉS SONT UNE GARANTIE DU RESPECT DES STIPULATIONS CONTRACTUELLES DU MARCHÉ 38
LES CONDITIONS DE RÉSILIATION DOIVENT ÊTRE CLAIREMENT MENTIONNÉES 39

L'OFFRE DE SERVICE CONSEILS EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE DU SECRÉTARIAT DE LA CCMOSS 41

LES DEMANDES DE CONSEILS ÉMANENT MAJORITAIREMENT DU RÉGIME GÉNÉRAL 42
LES CONSEILS SONT DIVERSIFIÉS MAIS CONCERNENT PRINCIPALEMENT LA PASSATION DES PROCÉDURES 42
LES PRINCIPAUX CONSEILS EFFECTUÉS PAR LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION 43

ÉDITORIAL

Comme chacun le vit désormais nous connaissons une crise sanitaire sans précédent.

Au-delà même des plans de maintien d'activité qui figuraient dans l'arsenal des plans de lutte contre la pandémie grippale, nous devons faire face, avec les mesures prises dans le cadre de l'Etat d'urgence sanitaire, à des conditions de travail inédites.

Malgré cela, notre Commission a continué à exercer sa mission.

Le secrétariat s'est organisé pour assurer, selon des modalités diverses, le bon fonctionnement des réunions, tout en maintenant sa mission de conseil auprès des organismes. Les caisses ont continué à solliciter les avis de la Commission avec constance. Les membres de la Commission, quel que soit leur statut, ont su s'organiser pour participer pleinement au travail de réflexion sur les dossiers qui leur étaient soumis par des rapporteurs attentifs à fournir des rapports documentés et de qualité.

Cet engagement montre l'attachement pour l'existence d'une instance inter régime à compétence large, portée par l'UCANSS, susceptible d'apporter une sécurité juridique conforme aux principes qui doivent guider la commande publique de tous ceux qui participent au service public de la Sécurité sociale.

La vocation inter régime de la Commission permet à l'ensemble des parties prenantes : ministères, caisses nationales, caisses de Sécurité sociale et plus largement tous les organismes qui concourent à assurer la protection sociale obligatoire de disposer ainsi d'une expertise transversale et profonde.

C'est donc avec la fierté du travail accompli que je présente ce rapport d'activité 2020 ; rapport qui constitue aussi la manifestation de notre reconnaissance à toutes celles et ceux qui y ont contribué.

Bonne lecture,

Michel DURAFFOURG

Inspecteur général honoraire de l'IGAS
Président de la CCMOSS

INTRODUCTION

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 que l'UCANSS, la Caisse Centrale de la Mutualité Sociale Agricole la Caisse Autonome Nationale de la Sécurité Sociale dans les Mines 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 2020, **35 dossiers** ont été soumis à la saisine de la Commission. **27 dossiers** n'ont pas été examinés en séance et ont fait l'objet d'une lettre d'observations et **8 dossiers** ont donné lieu, par la Commission, à des recommandations ou observations avant le lancement de la consultation.

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

C'est ainsi que **522 conseils** par écrit ont été dispensés en 2020 auprès de **134** organismes de Sécurité sociale.

LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITE SOCIALE

Un rôle de conseil et d'accompagnement

Conformément aux dispositions de l'article 13 de l'arrêté du 19 juillet 2018, 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 obligatoires, 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.

Une compétence pour tous les organismes privés de Sécurité sociale

La Commission est compétente pour tous les projets de marchés ou accords-cadres soumis aux dispositions de l'article L124.4 du code de la Sécurité sociale.

- 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.

Une saisine obligatoire pour les marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT

La Commission est obligatoirement saisie pour :

- Tout **projet de marché public** dont le **montant estimé est égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT** (à l'exception des marchés subséquents à un accord-cadre).
- **Les projets de modifications** qui rendent les marchés publics auxquels ils se rapportent passibles d'un examen de la Commission.
- **Les marchés d'assistance à maitrise d'ouvrage 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 public initial et qui rendent les marchés auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la Commission.
- **Tout marché public** dont l'examen est décidé par les ministres de tutelles ou les organismes nationaux.

ATTENTION : En cas d'incertitude sur le montant du marché ou si celui-ci est très proche du seuil des 4 millions d'euros HT, il est vivement recommandé de transmettre le dossier au secrétariat de la Commission.

Un fonctionnement et une organisation encadrés

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 :

A **voix délibérative** : **5** membres représentants les conseils des Caisses nationales du Régime général et du Régime agricole et **4** membres experts représentants le Régime général.

A **voix consultative** : **1** représentant du Ministre de la Santé et des Solidarités, **2** représentants des Ministères économiques et financiers et **1** représentant du Ministre chargé de l'Agriculture.

Enfin, sur invitation du Président de la Commission, **3** représentants respectivement pour la CCMSA, l'UCANSS et la CANSSM, participent aux séances en tant que **membres invités**.

La composition de la Commission en 2020

Président Michel DURAFFOURG – IGAS

Membres à voix délibérative

Administrateurs et administratifs

ACOSS	Thierry MICOR (titulaire) - Raphaël MARGHERITA (suppléant)
CNAF	Christophe BLANCO (titulaire) - Agnès HAUTIN (suppléante),
CNAV	Jérémy DERNONCOURT (titulaire) - Nadine SAOUTI (suppléante)
CNAMTS	Aurélia LEGEAY (titulaire) - Corinne MIMINI (suppléante),
CCMSA	Claude BERTOLOTTI (titulaire) - Isabelle PAUX (suppléante)

Experts

ACOSS	Maxime ROSSI (titulaire) – Laëtitia CAPRON-APARICI (suppléante)
CNAF	Hervé BASTARD (titulaire)
CNAV	Jean-Luc DE MUNCK (titulaire)
CNAM	Brigitte JAUNY (titulaire) - Marie-Pascale VAN EECKHOUT (suppléante)

Membres à voix consultative

Direction de la Sécurité Sociale	Véronique HUCHER
Ministère de l'Agriculture	Denis ROUQUETTE (titulaire) - Delphine POSIN (suppléante)
Ministères économique et financier	Agnès PLASSART (titulaire) - Laurence COSTA (suppléante)

Membres experts invités

CCMSA	Isabelle DEJEAN
UCANSS	Benoit PETIT
CANSSM	Sylvie ROBERT

Les rapporteurs

Conformément aux dispositions de l'arrêté du 19 juillet 2018, article 13 – alinéa 7, 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'Etat, du secrétariat de la CCMOSS, des agents de direction des organismes de Sécurité sociale ou des agents publics de catégorie A.

En 2020, 4 rapporteurs ont été sollicités pour examiner les dossiers soumis à la saisine de la Commission.

Sylvie FALCOZ	Sous Directrice Responsable des Achats Informatiques - CNAM
Dominique GOUSSOT	Ancien vérificateur - Cour des Comptes
Gina TOCNY	Juriste marchés - Secrétariat de la CCMOSS
Pierre-Ange ZALCBERG	Responsable Département Marchés publics, Patrimoine, Assurances, Administration - Etablissement Français du Sang

La saisine de la Commission

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

Ainsi, la saisine de la Commission au stade de l'envoi de l'invitation à soumissionner dans le cadre d'un appel d'offres restreint n'est pas conforme aux modalités de fonctionnement qui ont été définies. Cette obligation de saisine dès le démarrage est constante depuis plusieurs années. En effet, cela permet de s'assurer que 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 conditions de participation fixées dans l'avis d'appel à la concurrence respectent bien les exigences en termes de besoin et de conditions d'exécution telles que définies dans les cahiers des charges.

Le dossier doit comporter :

- Une note de présentation,
- L'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 organismes doivent veiller à ce que le contenu des pièces soit exploitable et comporte des informations suffisantes pour constituer un véritable dossier de consultation soutenu par une note de présentation précise.

Des méthodes de travail bien établies

Le dépôt du dossier

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

La plate-forme offre, 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, les avis de la Commission, les lettres d'observations, les procès-verbaux des commissions.

L'accès direct à l'applicatif est le suivant :
https://ccmoss.ucanss.fr/TraiterLogin;jsessionid=d-KiHuXkTqkBVCnk+FOaKCVV

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

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

Un guide utilisateur est à la disposition des organismes depuis la page d'accueil de la plate-forme de dépôt des dossiers CCMOSS.

Le premier examen du secrétariat et la décision du Président sur la sélection ou non du dossier

Une fois les dossiers déposés sur l'application, le secrétariat de la Commission procède à un premier examen et rédige une fiche de première analyse.

Sur la base de cette fiche, 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 (partenariat d'innovation, 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 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 collégialement 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.

Une communication dédiée

Le rapport d'activité annuel

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.

Le rapport d'activité est approuvé par les membres de la Commission, lors d'une séance du premier trimestre de l'année suivante.

Le séminaire de la Commission

Avec l'appui de l'UCANSS, le Président et le secrétariat de la CCMOSS organisent tous les deux ans un séminaire à l'attention des membres de la Commission, des rapporteurs et à l'ensemble des agents de la Sécurité sociale exerçant une activité dans le domaine des achats.

Cette manifestation permet de dresser le bilan de l'année écoulée, en particulier sur les avis et conseils formulés par la Commission. Un bilan de l'activité de l'Observatoire de l'Achat des organismes de Sécurité sociale est également présenté.
L'après-midi du séminaire est consacrée à une thématique autour des achats publics réunissant des personnalités du secteur.

Avec l'état d'urgence sanitaire, le séminaire prévu en décembre 2020 a été annulé.

LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION

Un secrétariat assuré par l'UCANSS

Conformément aux dispositions de l'article 13 de l'arrêté du 19 juillet 2018, la Commission dispose d'un secrétariat assuré par l'Ucanss composé ainsi :

Responsable Véronique SYMPHORIEN
Juristes Gina TOCNY, François BLARD

Un rôle d'assistance technique pour 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.

Une offre de service diversifiée en droit de la commande publique

Le conseil juridique en droit des marchés

Conformément aux dispositions de l'article 16 – III de l'arrêté du 19 juillet 2018, 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 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 immobilier de l'UCANSS.

L'élaboration et la diffusion d'informations juridiques

Le secrétariat élabore tout un ensemble de documents tels que : les veilles juridiques mensuelles, la lettre info achat responsable bimensuelle, les fiches de procédures, les guides et mémo pratiques, les notes techniques, etc.

Toutes ces publications sont accessibles sur le réseau social U ACHATS – Groupe veille et expertise juridique.

Le secrétariat procède également à l'animation du groupe Veille et expertise juridique du réseau U Achats.

Les travaux et actions réalisés en 2020

Compte tenu de la crise sanitaire, un certain nombre d'actions et de travaux n'ont pas eu lieu en 2020.

Les réunions du club juristes

Depuis 2017, le secrétariat de la CCMOSS réunit des juristes marchés dans le cadre d'un club d'échanges afin de partager les problématiques et pratiques sur des thèmes donnés.

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

Interventions auprès d'organismes de Sécurité sociale

Sur sollicitation des organismes de Sécurité sociale, le secrétariat peut mettre en place des journées de formation ou d'information sur certains points de la commande publique ou sur les modalités spécifiques de passation des marchés des OSS.
Il peut également accompagner les organismes qui rencontrent certaines difficultés dans le domaine des marchés.

C'est ainsi que le secrétariat est intervenu en 2020, auprès de la CNAV pour dispenser une après-midi d'information consacrée aux marchés publics dans le cadre d'opérations immobilières.

Participation à des groupes de travail

Le secrétariat de la CCMOSS participe régulièrement, en tant que représentant de l'UCANSS, à différents groupes de travail, en particulier ceux mis en place par la DAJ de Bercy ou la Direction des Achats de l'Etat.

Il a ainsi participé 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'Etat.

En 2020, le secrétariat de la CCMOSS apporté sa contribution aux groupes de travail mis en place par la DAJ de Bercy sur la refonte des CCAG et sur la sous-traitance.

DONNÉES STATISTIQUES

CHIFFRES CLES 2020

35 dossiers pour un montant estimatif de 339 111 986 € millions € HT

33 % de dossiers entre 4 et 20 millions € HT

33 % de dossiers examinés en séance

63 % de dossiers présentés par le Régime général

71 % de dossiers pour des prestations de service

66 % de dossiers passés en procédure d'appel d'offres

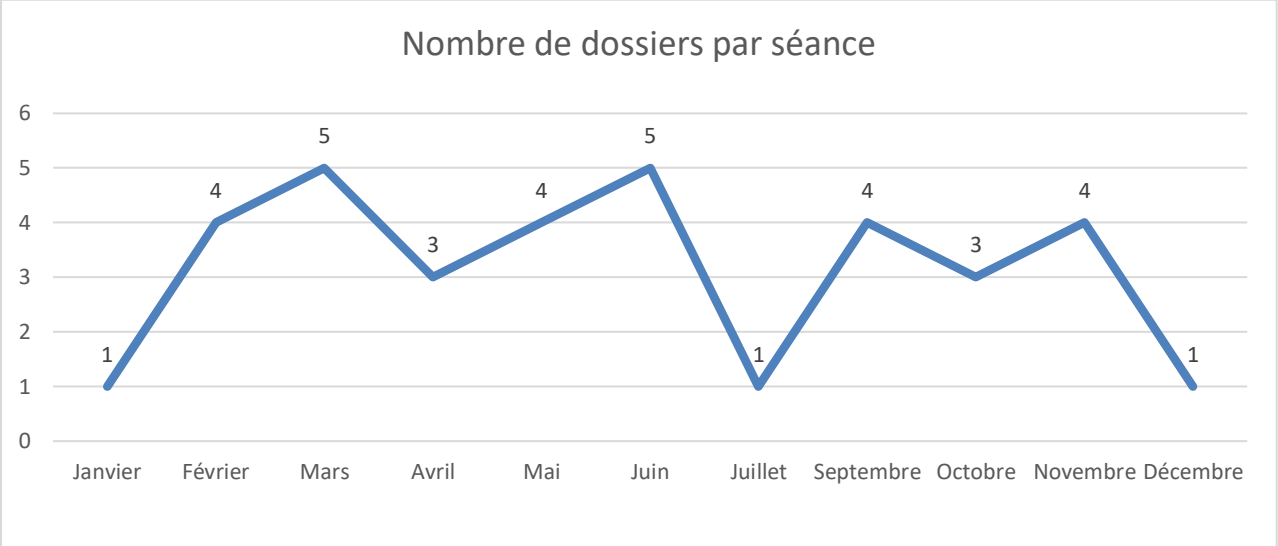
46 % de dossiers passés selon la technique d'achat de l'accord-cadre

Un nombre variable de dossiers soumis à la saisine de la Commission

En 2020, **35** dossiers, pour un total de **339 311 986 millions € HT,** ont été transmis à la Commission (42 dossiers en 2019 pour un montant de 462 453 771 € HT).

La fluctuation à la hausse ou à la baisse qui est constatée chaque année pour le nombre de dossiers soumis à la saisine de la Commission et du montant estimatif est en partie liée à la durée des COG qui a un impact sur le lancement des projets de marché, notamment dans le domaine de l'immobilier.

Le montant prévisionnel des marchés publics reste, par ailleurs, 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.



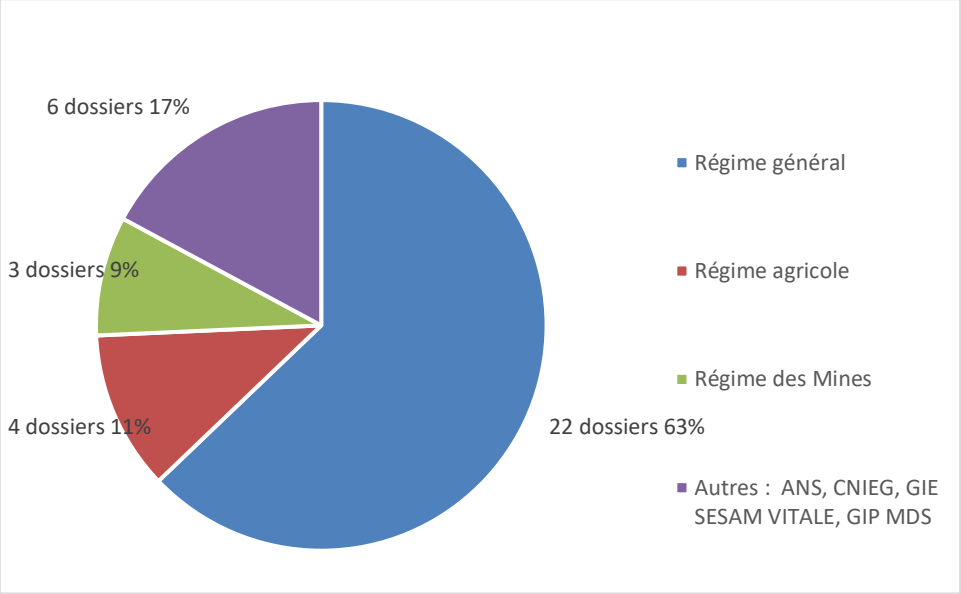
Plus de la moitié des dossiers ont un montant estimatif supérieur au seuil de saisine obligatoire, Les 37 % des dossiers en deçà du seuil de saisine concernent des projets de marchés annexes concourant à la réalisation d'une opération - le plus souvent de travaux – dont le montant estimatif est égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT.
Les 3 dossiers, dont le montant prévisionnel se situe au-dessus de 20 millions d'euros, concernent deux dossiers de l'UCANSS centrale d'achat et un dossier du GIE iMSA.

Dossiers transmis par tranche	Nombre	%
Inférieur à 4 millions €HT	13	37 %
De 4 à 9,99 millions €HT	9	26 %
De 10 à 19,99 millions €HT	10	29 %
De 20 à 69,99 millions €HT	3	9 %
Total	**35**	**100%**

Des dossiers transmis principalement par le Régime général

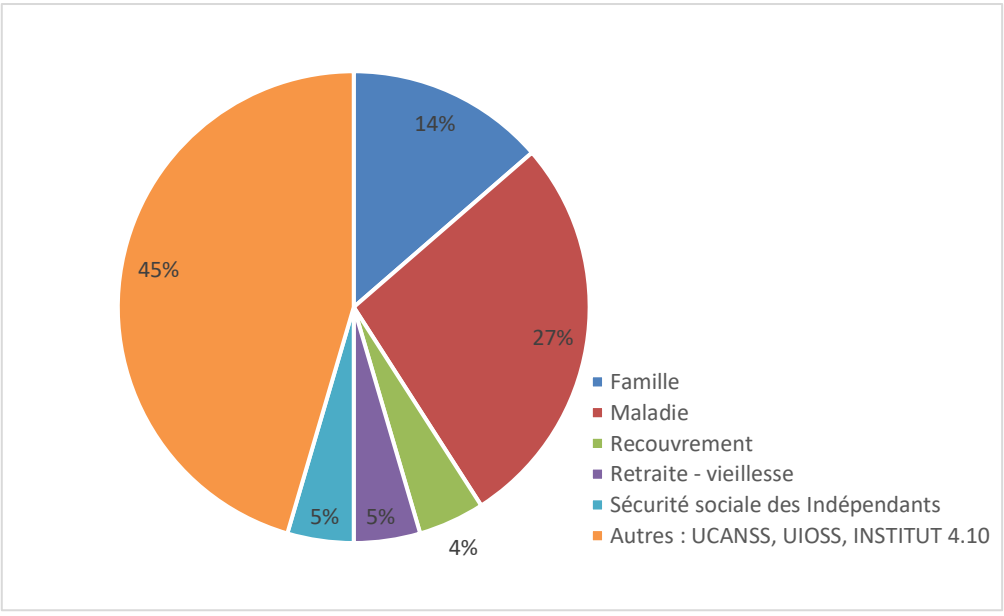
D'une manière générale, et conformément à leur place au sein de la Sécurité sociale, ce sont les organismes du Régime général (CPAM, CAF, CARSAT, URSSAF) qui présentent le plus de dossiers pour le montant estimatif le plus élevé.

Dans la rubrique – autres - figurent les grands opérateurs de service public de la Sécurité sociale comme le GIE SESAM Vitale, le GIP MDS, l'ANS (ex ASIP santé) mais également la CNIEG.



L'essentiel des dossiers transmis en 2020 par le Régime général est présenté par la branche Maladie suivi par la branche Famille et les branche Retraite et Recouvrement.

A noter cependant, que la catégorie « autres » constitue presque la moitié des dossiers présentés. Il s'agit de dossiers provenant de la centrale d'achat UCANSS, d'UIOSS et de l'Institut 4.10.



Des dossiers portant essentiellement sur des prestations de service

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

Il s'agit majoritairement de marchés portant sur des prestations intellectuelles (marchés comportant nécessairement des obligations spécifiques significatives liées à la notion de propriété intellectuelle) : assistance à maitrise d'ouvrage, maitrise d'œuvre, tierce maintenance, exploitation/gestion d'infrastructures, expertises, qualification etc…

Ainsi en 2020, **71 %** des dossiers ont concernés des prestations de services en nombre de dossiers (25 dossiers). En termes de montant ils ont représenté 54 % (184 076 300 € HT).

C'est sur ce type de prestations que se situent notamment les grands opérateurs de Sécurité sociale classés dans la rubrique « autres ».

2019	Travaux		Fournitures		Services		TOTAL € HT
	Nb dossiers	Montant €HT	Nb dossiers	Montant €HT	Nb dossiers	Montant €HT	
Régime général	3	32 961 408	4	101 700 000	15	59 986 672	194 648 080
Régime agricole	1	4 750 000			3	64 400 000	69 150 000
Régime des mines			1	5 457 608	2	8 886 295	14 343 903
Autres			1	10 366 670	5	50 803 333	61 170 003
Total	**4**	**37 711 408**	**6**	**117 524 278**	**25**	**184 076 300**	**339 311 986**

Une utilisation toujours privilégiée de l'appel d'offres

Pour 23 dossiers soit 66 %, le choix a été fait de recourir à l'appel d'offres, procédure qui se classe parmi les trois catégories de procédures formalisées de la commande publique.

2020	Nb dossiers	Montant €HT
Appel d'offres	23	280 079 043
Procédure avec négociation	8	30 217 943
Dialogue compétitif	1	12 265 000
Procédure adaptée	3	16 750 000
TOTAL	**35**	**339 311 986**

Une utilisation prépondérante de la technique d'achat de l'accord-cadre

Le recours à la technique d'achat de l'accord-cadre est désormais privilégié par les organismes.

L'accord-cadre est devenu un instrument largement utilisé et considéré comme une technique de passation et une modalité d'exécution de marché efficace.

En 2020, **16 dossiers, soit 46 %** de l'ensemble des dossiers transmis, constituent des accords-cadres se répartissant entre des accords-cadres à bons de commande (13 dossiers) et des accords-cadres d'exécution mixte à bons de commande et à marchés subséquents (3 dossiers).
Ils sont par ailleurs majoritairement mono-attributaires et concernent essentiellement des prestations de services.

Le montant total des marchés passés sous forme d'accords-cadres représente **254 516 875 €HT** soit **75 %** du montant total estimé des dossiers.

Accords-cadres	Fournitures		Services	
	Nb dossiers	Montant	Nb dossiers	Montant
Accords-cadres mono-attributaire	4	47 524 278	7	98 909 264
Accords-cadres multi attributaires	2	70 000 000		
Accords-cadres mixtes à bons de commande et à marchés subséquents			3	38 083 333
TOTAL	**6**	**117 524 278**	**10**	**136 992 597**

Une majorité de dossiers dispensés d'un examen en séance

25 dossiers – soit 71,4 % 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 190 073 663 € HT soit 56 % du montant total des dossiers.
A noter que deux dossiers ont fait l'objet d'un report à une séance ultérieure afin de permettre aux organismes de revoir complétement les pièces du dossier de consultation. Un autre dossier a, quant à lui, fait l'objet d'une prise d'acte en raison du non-respect des conditions de saisine de la Commission.

8 dossiers – soit 33 % des dossiers – ont été présentés en séance et ont fait l'objet d'un examen par un rapporteur. Ils représentent 131 683 333 € HT soit 44 % du montant total des dossiers.

Le plus souvent, les dossiers avec un fort enjeu financier ou stratégique **sont présentés en séance de la Commission.**

EXAMINES	DISPENSES	REPORT SEANCE ULTERIEURE	PRISE ACTE	TOTAL
8	**25**	**2**	**1**	**35**
131 683 333 €	**190 073 653 €**	**16 600 000 €**	**955 000 €**	**339 311 986 €**

Les dossiers examinés en séance de la Commission en 2020

ORGANISME	OBJET	Montant prévisionnel HT
GIE SI Sécu Indépendants	Expertise et assistance technique en matière de conception, de sécurité et de test, pour toutes les applications et tous les composants du socle applicatif et technique	18 200 000
CAF de la HAUTE-VIENNE	Nettoyage des locaux pour 24 organismes en inter-régime (CAF, CPAM, MSA, UIOSS)	12 500 000
UCANSS	Fourniture de gaz pour les organismes de Sécurité sociale	62 000 000
CNIEG	Assistance à la réalisation d'applicatifs pour les systèmes d'information	15 100 000
UCANSS	Fourniture et distribution d'électricité pour les organismes de Sécurité sociale	8 000 000
ANS (ex ASIP Santé)	Conception, réalisation et fonctionnement du Système d'Information Répertoire Opérationnel des Ressources national	7 083 333
CCMSA	Restauration collective pour le site du siège de la CCMSA	4 000 000
GIP MDS	Centre de contact NET-ENTREPRISES	4 800 000
	TOTAL	**31 683 333 € HT**

LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION

La note de présentation est un document essentiel à la bonne compréhension du dossier présenté

Conformément aux dispositions de l'article 15 de l'arrêté du 19 juillet 2018, la saisine de la Commission, effectuée par le dépôt des pièces du projet de marché public, s'accompagne d'une note de présentation comprenant des éléments bien précis.

Il s'agit d'un élément indispensable dont la rédaction doit être particulièrement soignée et doit permettre de comprendre au mieux le projet de marché public présenté à la Commission, en particulier :

- L'environnement dans lequel s'inscrit le projet de marché public

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.
Il convient ainsi d'indiquer s'il s'agit d'un nouveau marché ou d'un renouvellement, de préciser la date d'échéance, le(s) titulaire(s) du marché précédent et de faire le bilan sur l'exécution du contrat.
S'il s'agit de travaux : se rapportent-ils à une même opération ou à un même ouvrage ?
S'il s'agit de fournitures ou de services : font-ils partie d'un ensemble unique de prestations homogènes ou concourant à la réalisation d'un même projet ? Indiquer le montant.
S'il s'agit d'un renouvellement : préciser les conditions dans lesquelles il intervient (date d'échéance, le(s) titulaire(s) du marché public précédent, éléments de bilan sur l'exécution du marché antérieur, continuité des marchés, évolution de l'allotissement).

- 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.

- Le montage contractuel/choix de la procédure

Forme du marché (marché simple, accord-cadre, concours, partenariat d'innovation), groupement de commandes (indiquer les organismes associés), procédure retenue.

- L'allotissement retenu et sa justification.

- 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.

- La définition du besoin et de l'objet du marché public

Il s'agit de donner les raisons objectives qui rendent nécessaire l'acquisition prévue, de définir la prestation effectuée ou les travaux réalisés et en expliciter les particularités.
Il convient également de préciser la durée du marché public ou la date prévisionnelle de début ou de fin du marché, d'indiquer le montant du marché public en signalant les éléments pris en compte pour son évaluation ; s'il s'agit d'un accord-cadre à bons de commande, expliquer le choix du montant minimum et/ou du montant maximum ou, éventuellement, l'absence de montant. Indiquer comment s'effectuent le suivi et le retour d'expérience de la commande et justifier dans le cas d'un marché à tranches optionnelles la fonctionnalité des tranches et leur affermissement.

- Les critères de jugement des offres, les dérogations aux CCAG.

- 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, rarement renseigné, 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 qui doit permettre de s'assurer du bon respect des délais réglementaires.

Les observations de la Commission

La Commission fait souvent le constat que la note de présentation est encore 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 public. 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 public.

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.

Il en est de même pour les membres qui, lors de l'examen du dossier en séance, peuvent être également amenés à solliciter les organismes pour avoir des précisions sur le contenu de cette note.

Ainsi, à l'occasion de l'examen d'un projet de marché portant sur des prestations de restauration collective, il a été fait remarquer à l'organisme qu'une note de présentation d'une page et demie ne permettait pas d'avoir une bonne connaissance du dossier en particulier sur les points importants comme le contexte actuel du futur marché, l'exécution du marché en cours, les difficultés éventuelles rencontrées, le montage contractuel, le choix des critères.

La pratique du « sourçage » est désormais acquise

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.

La pratique du « sourçage » légitimée par les articles R 2111-1 (études et échanges préalables avec les opérateurs économiques) et R2111-2 (participation d'un opérateur économique à la préparation du marché) du code de la commande publique (CCP).

Afin de ne pas fausser la concurrence, l'acheteur doit prévoir des mesures de nature à contenir le risque d'un avantage concurrentiel de l'opérateur *« qui aurait eu accès, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure ».*

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 sourçage.

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 de la Direction des Achats de l'Etat (DAE) et les différents documents réalisés par l'Observatoire de l'Achat des organismes de Sécurité sociale.

Les observations de la Commission

La Commission constate que cette démarche, désormais généralisée, n'est pas toujours mentionnée dans la note de présentation qui est transmise à la Commission. Le plus souvent, une véritable analyse du marché et un benchmark des fournisseurs commercialisant le segment d'achat considéré ont été réalisés.

Ainsi la Commission a fait observer à un organisme qui présentait un projet de marché mutualisé régional pour le nettoyage de locaux que le « *sourcing* » réalisé faisait uniquement état des sociétés à l'envergure nationale susceptible de répondre à la consultation et évoquait seulement les entreprises régionales ou locales qui pourraient également être intéressées. Au-delà, aucun élément précis ne figure dans le dossier sur les opérateurs économiques susceptibles de répondre (selon l'allotissement choisi) alors que ces éléments auraient pu illustrer la pertinence de la mutualisation régionale, au cas d'espèce, dans la configuration de l'allotissement visé.

C'est la raison pour laquelle la Commission recommande 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.

Le besoin doit être clairement défini avant le lancement de la consultation

Selon la Direction des Affaires Juridiques : « *La description précise du besoin en termes performanciels ou en référence à des spécifications techniques données est une condition nécessaire à la bonne compréhension, par les soumissionnaires, de l'objet et des caractéristiques du marché public. Elle leur permet de faire des offres les mieux à même de satisfaire les besoins de l'acheteur. Une définition rigoureuse du besoin est également essentielle pour garantir la transparence et l'égalité de traitement entre candidats et assurer la bonne exécution du contrat par le titulaire. Elle est, en ce sens la clef d'un achat réussi ».*

Conformément à l'article L2111-1 du CCP, 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.
Les prescriptions techniques décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service (article R2111-4 du CCP). Elles peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou à une caractéristique du cycle de vie. Enfin, ces spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché public et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs.

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 R2111-6 du CCP, 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.

Les observations de la Commission

Une estimation approximative des quantités du marché, une détermination incertaine de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire est parfois constatée par la Commission dans la définition des besoins.

C'est pourquoi, la Commission veille à ce que les prestations soient, entièrement définies avant le lancement de la consultation, ceci afin d'échapper au risque de requalification du contrat en prêt illégal de main d'œuvre ou de délit de marchandage.

Le prêt illicite de main d'œuvre consiste dans la mise à disposition à titre exclusif à but lucratif de salariés par une entreprise prestataire à une entreprise utilisatrice et ce, en dehors des cas autorisés par la loi.

Le marchandage est le prêt de main d'œuvre illicite, aggravé par le fait de causer un préjudice au salarié. Il s'agit d'un délit constitué par une opération de fourniture de main d'œuvre à but lucratif qui cause préjudice au salarié ou qui élude l'application de la loi, du règlement ou de la convention collective (article L. 8231-1 du Code du travail). La fourniture de main d'œuvre ne doit pas être nécessairement exclusive.

Un faisceau d'indices (cumulés) peut en effet conduire à la qualification du délit susvisé :

- L'objet du contrat : le contrat doit avoir un objet clairement défini. Les tâches à exécuter en vertu du contrat doivent être identifiées sans aucune ambigüité. Constituent *a contrario* des indices du prêt de main d'œuvre illicite : la réalisation de prestations d'études sans définir l'objet précis de ces prestations, le fait de définir la mise à disposition du personnel comme l'objet du marché, l'absence d'expertise ou de tâche spécifique, l'absence totale d'obligation de résultats (aucun livrable, aucun objectif, aucune contrainte ou obligation, etc.).
- L'encadrement des salariés « détachés » : la réalisation de la prestation doit être effectuée sous le contrôle exclusif du prestataire, lorsque les salariés de ce dernier interviennent au sein de l'acheteur public. Le personnel mis à disposition de l'entreprise utilisatrice doit être encadré et dirigé exclusivement par son employeur, le prestataire. Le personnel doit conserver une totale autonomie par rapport au personnel de l'acheteur public pendant toute la durée de la prestation. L'existence d'un lien de subordination (congés, discipline, horaires, etc.) entre le personnel du prestataire et un membre de l'acheteur public constitue un indice de prêt de main d'œuvre illicite.
- La fourniture de matériels : en principe, le prestataire doit utiliser ses propres outils de travail (on peut toutefois prendre en compte, pour apprécier ce critère, la nature des tâches demandées et l'importance des outils concernés pour l'exécution des tâches).
- Le mode de rémunération : il est important que le prix dû au prestataire soit fixé forfaitairement dès la conclusion du marché public et non en fonction d'un prix basé sur le nombre d'heures (l'heure/homme) ou sur le nombre de jours (jours/homme) réalisés par le personnel du prestataire.

Ainsi, à l'occasion de l'examen d'un projet de marché relatif à la réalisation d'applicatifs pour un système d'information, il a été demandé à l'organisme de revoir complétement les pièces de son dossier qui, en l'état, apparaissait comme irrégulier car comprenant un faisceau d'indices constitutifs du délit de prêt illégal de main d'œuvre.
En effet, le contenu du CCTP et du BPU était construit exclusivement sur des prix jours/hommes avec des clauses portant sur une mise à disposition de personnel et non une demande de prestations de services, un dimensionnement des équipes et une répartition des activités sous la responsabilité de l'organisme et non du titulaire.
En lien avec le rapporteur, l'organisme a alors révisé en profondeur le contenu de ses pièces qui ont fait l'objet d'un nouvel examen et conduit la Commission à souligner noter l'effort important - et de qualité - effectué pour la construction d'unités d'œuvre basées sur des prestations, des livrables gradués avec des niveaux de complexité.

Le marché à tranches est une solution pertinente pour la réalisation de prestations par étape

Selon les dispositions de l'article R2113-4 du CCP, les acheteurs peuvent passer un marché comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles.

Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Cette possibilité d'option est très intéressante car elle permet de reporter la décision lors de l'exécution du marché.
Cette technique, souvent utilisée dans les marchés de travaux, permet notamment aux acheteurs de prévoir des prestations en option même s'ils ne disposent pas du budget à cet effet.

Un marché à tranches est considéré comme un seul marché. Par conséquent le titulaire est le même pour l'ensemble des tranches (ferme et

optionnelles). Il n'aura donc à fournir qu'un seul acte d'engagement qui s'appliquera à l'ensemble des tranches du marché. Si un marché est alloti (divisé en lots), chacun des lots pourra être subdivisé en tranche ferme et tranches optionnelles.
L'opérateur économique doit chiffrer dans son offre toutes les tranches. L'acheteur est engagé uniquement sur la tranche ferme alors que le soumissionnaire est engagé sur l'ensemble des tranches.

Pour la prise en compte des seuils de procédure et de publicité, l'estimation du montant doit tenir compte du total des montants estimés toutes tranches comprises.

Enfin, une tranche optionnelle doit être suffisamment précise quant à son contenu.
En effet, le Conseil d'état a jugé que les exigences d'un pouvoir adjudicateur relatives à une tranche conditionnelle doivent être définies avec une précision suffisante quant au contenu de la prestation (CE, 8 août 2008, n° 307143, Région de Bourgogne).

Les observations de la Commission

En 2020, la Commission a examiné plusieurs projets de marché à tranches notamment lorsque le financement d'une opération immobilière de travaux porte sur plusieurs Conventions d'Objectifs et de Gestion (COG).

Si la technique du marché à tranches est globalement bien appréhendée, des observations ont parfois été formulées sur la nécessité, par exemple, de faire apparaître plus clairement les tranches du marché de maîtrise d'œuvre : tranche ferme (conception de la tranche ferme de travaux et de la tranche optionnelle de travaux + suivi de l'exécution de la tranche ferme de travaux) - tranche optionnelle (suivi de l'exécution de la tranche optionnelle de travaux).

A noter également que, pour justifier le choix d'un marché à tranches pour une opération de reconstruction, il a été mis en avant le fait que la décomposition en tranches a pour but de permettre de faire face aux aléas propres aux opérations de construction (abandon de projet, dépassement significatif du budget en phase consultation travaux…) tout en protégeant juridiquement et financièrement le maître d'ouvrage, notamment via l'allègement des indemnités de résiliation.

L'utilisation des variantes et des prestations supplémentaires éventuelles est parfois mal appréhendée

Le terme de variante est utilisé par l'article R2151-8 du CCP, 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 ou de prestations supplémentaires éventuelles (PSE) » recouvraient.

Ainsi, la DAJ considère que même si les PSE ne sont pas évoquées par le CCP, il est toujours possible pour le pouvoir adjudicateur de 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.
Le cahier des charges décrit alors les spécifications techniques demandées. Ce sont les anciennes « options techniques », terminologie désormais abandonnée.

Selon les exigences du règlement de la consultation, les PSE peuvent être facultatives ou obligatoires.

L'utilisation d'une PSE est à envisager lorsque l'on a un doute sur le coût d'une prestation qui pourrait s'avérer être un « plus » pour la bonne exécution du marché.
Il reste que le fait de demander cette prestation sous forme de PSE n'oblige pas l'acheteur à la commander.
Le choix des PSE ne résulte pas, par ailleurs, de l'application des critères d'attribution alors que c'est le cas pour les variantes.
En résumé, les PSE viennent donc s'ajouter à l'offre contrairement aux variantes qui se substituent à l'offre de base.
Les PSE ne doivent pas se multiplier, car un trop grand nombre de PSE pourrait signifier, selon la DAJ, que le besoin a été mal défini à l'origine par l'acheteur, fragilisant ainsi la procédure.

Une offre variante est en revanche une offre qui se substitue à l'offre de base. Cela signifie que l'opérateur économique qui propose une variante et une offre de base, propose deux offres car chacune des variantes fera l'objet d'une notation au moyen des mêmes critères d'attribution que l'offre de base. L'acheteur doit impérativement décrire les exigences minimales que devra respecter la variante. La variante peut être imposée aux candidats ou simplement proposée.
Le recours à une variante peut être utile lorsque l'on ne souhaite pas fermer le cahier des charges et laisser les opérateurs économiques exprimer leur expertise et leur créativité. Par exemple cela peut être un bon moyen pour favoriser l'innovation, car les entreprises spécialisées dans un secteur sont souvent les meilleures connaisseuses des dernières technologies.

Néanmoins, il convient de limiter le nombre des variantes, afin de ne pas se retrouver avec un trop grand nombre de propositions et/ou des propositions ne répondant pas aux attentes et ce d'autant plus qu'elles devront faire l'objet d'une notation.

Les observations de la Commission

Dans le cadre de l'examen d'un marché de maitrise d'œuvre, il a été précisé à l'organisme qui prévoyait une PSE pour l'installation d'une centrale de production photovoltaïque, répondant aux exigences de la réglementation thermique que celle-ci constituait une PSE du marché de travaux et non du marché de maîtrise d'œuvre car une PSE doit être commandée ou non au moment de la signature du marché.

Pour un marché de travaux, il a été relevé qu'il était demandé aux candidats, pour un lot, de présenter une offre pour la réalisation de la menuiserie extérieure en bois/aluminium au lieu de tout aluminium. Il a été indiqué cependant que si les variantes sont considérées comme une alternative à l'offre de base, les PSE sont au contraire des prestations complémentaires et non alternatives à l'offre de base. Par conséquent, une telle demande doit s'analyser comme une variante obligatoire à laquelle les candidats devront répondre et non une PSE.

La prise en compte des aspects de responsabilité sociétale reste limitée

L'article 2111-1 du CCP indique qu'il convient de prendre en compte « […] *des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* » dans les marchés publics.

L'article L2112-2 du CCP dispose que l'acheteur peut prendre en compte dans les conditions d'exécution du marché, des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.
Il peut ainsi *:*

- Inclure des caractéristiques environnementales ou sociales dans les spécifications techniques (article R2111-10),
- 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 R2111-13) 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 R2152-4),
- Réserver un marché public ou des lots d'un marché à des entreprises de l'économie sociale et solidaire ou à des opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (articles R2113-7 et 8),
- Fonder son choix à partir d'un cout 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 R2152-7),
- 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 R2123-1*).*

Par ailleurs, 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 reste vigilante à la prise en compte systématique de ces objectifs ainsi qu'au respect de leur caractère non discriminatoire.

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

En 2020, sur les 35 projets de marchés publics qui lui ont été soumis, la Commission a constaté qu'un certain nombre de dossiers ne comprenaient aucun élément relatif aux aspects de responsabilité sociétale des organisations 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.

La Commission recommande, 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).
A noter que ce type de clauses n'entraîne aucun surcoût ni pour les soumissionnaires, ni pour le pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'elles sont présentes, les préoccupations environnementales sont 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 souvent artificielle car reposant sur du déclaratif qui ne permet pas réellement de différencier les offres.
Par exemple, un critère de jugement libellé *« mesures prises par la société dans le cadre de la politique développement durable (environnement, cohésion sociale, économie responsable …)* est trop imprécis et sera au surplus, inopérant si les pièces du marché ne comprennent aucune indication sur ces sujets.

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

Ainsi, pour un marché de travaux, s'il a été constaté qu'il y avait une réelle démarche environnementale en demandant le respect de la charte chantier propre et la transmission d'un schéma d'organisation et de gestion des déchets, il a été observé qu'il était dommage de ne pas être allé au bout de la démarche en intégrant un simple critère social et non une clause d'insertion sociale qui laisse l'entreprise décider de la réalité de cette démarche.

Dans le cadre d'un marché portant sur des prestations informatiques, il a été relevé que le CCAP prévoyait que le titulaire s'attachera à utiliser du matériel respectueux de l'environnement, notamment en privilégiant la remise de livrables sur support électronique et à défaut l'utilisation de papier recyclé et d'encre recyclée. De même, il était précisé que l'opérateur économique était « invité » à mener une action d'insertion sociale en direction des demandeurs d'emploi de longue durée, des bénéficiaires du revenu de solidarité active ou d'autres minima sociaux, des personnes handicapées reconnues par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) et des personnes ayant un faible niveau de formation.
De telles clauses sont possibles mais restent peu contraignantes, dans la mesure notamment où elles ne sont assorties d'aucune sanction.

Pour un marché de travaux, le travail mené par l'organisme pour l'insertion de clauses sociales d'exécution suivies par la Maison de l'Emploi et de clauses environnementales très précises (respect du chantier vert…) a, en revanche, été salué.

Pour un marché d'imprimés, compte tenu de l'antériorité de l'organisme sur ce type de prestations, il a été noté qu'aucune indication ne figurait sur une démarche ou même une réflexion qui auraient été effectuées pour essayer d'intégrer des clauses sociales dans les conditions d'exécution, notamment en fixant un nombre d'heures pouvant être exécuté par des personnes éloignées de l'emploi.
Il a également été relevé qu'un critère spécifique à la RSO était prévu comprenant en particulier le pourcentage d'heures allouées à l'insertion de personnes éloignées de l'emploi par rapport au chiffre d'affaires réalisé.

Conformément aux dispositions de l'article R. 2152-7 du code de la commande publique, il est possible de retenir un critère relatif à l'insertion professionnelle des publics en difficulté à la condition toutefois qu'il soit 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.

En revanche, dans le cas présent, l'appréciation du pourcentage d'heures allouées à l'insertion de personnes éloignées de l'emploi sera effectuée par rapport au chiffre d'affaires réalisé par l'opérateur économique. Un tel critère paraît indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'organisme. Il pourrait donc être considéré qu'il n'est pas strictement en lien avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché d'autant que, sur ce dernier point, il n'y a aucun nombre d'heures imposé.

La mutualisation des achats est une donnée essentielle pour les organismes de Sécurité sociale

Désormais, 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 ne cesse de croître.

Les dispositions de l'article L 224-5 du code de la Sécurité sociale donnent, 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 et à la Caisse Centrale de Mutualité Sociale Agricole pour les organismes de leur réseau.

Les observations de la Commission

En 2020, plusieurs projets de marchés publics mutualisés ont été soumis à la Commission soit dans le cadre d'un groupement de commandes soit par la centrale d'achat UCANSS.

La Commission a ainsi examiné un projet de marché dans le cadre d'un groupement de commandes portant sur des prestations de nettoyage.
Elle a par ailleurs examiné plusieurs projets d'accords-cadres à destination des organismes de Sécurité sociale présentés par l'UCANSS en tant que centrale d'achat : imprimés, fourniture de gaz et d'électricité, acquisition-maintenance et/ou location-maintenance de solutions d'impression et fournitures de bureau.

Ces dossiers ont fait l'objet de plusieurs remarques ou observations : manque d'explications sur la nouvelle stratégie d'allotissement par rapport à l'accord-cadre précédent, sur la détermination du montant estimatif du marché et des gains économiques escomptés, sur le tuilage entre les différents accords-cadres, sur le choix des sous sous-critères différents pour chaque lot, interrogation sur le lancement en période confinement d'une consultation au regard de la capacité des opérateurs de répondre dans les délais.

Des recommandations ont également été formulées sur la nécessité pour la Centrale d'Achat de l'UCANSS de se doter d'une méthodologie auditable de la performance économique de l'achat.

Le choix de l'allotissement est à expliciter

L'article L2113-10 du CCP indique que « L*es marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots* […] ».

En conséquence, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes tous les marchés doivent être passés en lots séparés.

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.

Ainsi, pour des marchés relatifs à la fourniture de gaz et d'électricité, il a été observé que, si le principe de l'allotissement répondait à l'exigence de favoriser la concurrence en fonction d'une distinction économiquement et techniquement pertinente des prestations, l'allotissement retenu, composé de 2 lots disproportionnés, pourrait justifier, à la limite, de recourir aux motifs de dérogation au principe de l'allotissement. Les éléments d'explications fournis étant insuffisants.

Elle relève parfois que certains projets de marché, qui sont le renouvellement de marchés déjà transmis à la Commission, font l'objet de modifications de l'allotissement, sans pour autant comprendre des explications de ces modifications dans la note de présentation.

Ainsi, pour un marché relatif à la fourniture d'électricité, il a été observé que les éléments permettant de justifier précisément la composition des deux lots n'étaient pas communiqués, cela au regard du changement opéré par rapport au marché précédent qui comprenait quatre lots.

Le recours à un marché global doit reposer sur un argumentaire étayé

L'article L2113-11 du CCP prévoit que l'acheteur peut recourir à un marché global dans les situations suivantes :

- 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 ou 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

L'existence et la solidité des arguments justifiant le choix d'un marché global avant le lancement de la procédure font partie des points importants qu'examinent les rapporteurs.

La Commission rappelle 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.

Les organismes sont invités à réaliser une évaluation comparative des prestations alloties par rapport à un marché global, avant le lancement de la procédure.

Ainsi pour un marché d'imprimés non alloti, il a été observé que les prestations n'étaient pas distinctes et avait une cohérence en termes de projet. La justification repose d'une part sur l'objectif de préserver au maximum les coûts de réalisation obtenus et d'autre part sur le fait que l'allotissement aurait pour effet de multiplier les erreurs mais aussi d'augmenter la difficulté de gestion des prestataires pour les organismes. Il a toutefois été suggéré d'ajouter au titre des éléments justifiant le non-allotissement, les éléments sur l'efficience de la gestion du transport par l'imprimeur (meilleure réactivité et des délais de livraison plus courts) telle qu'elle était apparue lors du « sourcing » réalisé auprès des opérateurs économiques.

Pour un marché relatif à l'achat de fournitures de bureau il a été relevé que le choix de ne pas reconduire les lots relatifs aux DROM ne pouvait à lui seul justifier le recours à un marché global sur la France métropolitaine. Il a été proposé de s'appuyer sur le fait qu'un allotissement régional n'a pas été retenu pour des raisons financières et parce que les TPE/PME ne peuvent proposer les services associés et l'accompagnement demandés.

D'une façon générale, la Commission a admis les arguments suivants :

- 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 …) qui rendent impossible le partage des activités entre plusieurs prestataires dans un marché de restauration collective,
- la réunion des prestations de services et de fourniture 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,
- la nature du marché (gestion de fonds) lorsque l'objectif vise à favoriser la création de valeur.

La technique d'achat de l'accord-cadre est plébiscitée

L'accord-cadre est une technique d'achat qui 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 technique, particulièrement souple, est bien adaptée notamment pour les achats de fournitures et services courants.
Conformément aux dispositions des articles R2162-2 et 3 du CCP, un acheteur peut opter pour un accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquent, un accord-cadre à bons de commandes ou encore mêler ces différentes options.

L'acheteur a la possibilité, lorsqu'il lance des accords-cadres à marchés subséquents ou à bons de commande, de les rendre mono-attributaires (lot ou marché ayant un seul titulaire) ou multi-attributaires (lot ou marché avec plusieurs titulaires).

Les observations de la Commission

Depuis plusieurs années, la Commission constate que cette technique d'achat, est de plus en plus utilisée par les organismes de Sécurité sociale (Cf partie statistiques du rapport).

En 2020, cette tendance s'est largement confirmée puisque 16 projets de marchés sous forme d'accords-cadres ont été déposés.

La Commission a formulé les observations suivantes :

- En principe, 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* ».

Ainsi pour un marché passé sous forme d'accord-cadre à bons de commande d'une durée supérieure à 4 ans, la Commission a validé une justification reposant sur le fait que l'exécution du marché envisagé nécessite des investissements devant faire l'objet d'un amortissement sur une durée supérieure à quatre ans. En effet, des investissements conséquents seront réalisés dans le cadre du marché. Ils portent sur la mise en place de la solution industrielle dont la durée prévisionnelle est de 18,5 mois à compter de la notification du marché. La mise en place de la solution industrielle sera suivie de la phase à bons de commande d'une durée de 4 ans

environ. Il a également été indiqué que, pour bénéficier de prix compétitifs et que le marché soit économiquement intéressant pour les candidats, il était nécessaire que la période de production de cartes soit suffisamment longue pour amortir les investissements initiaux réalisés par le titulaire.

- Dans le cadre d'un accord-cadre, la durée maximale de quatre ans concerne la seule émission des bons de commande ou la conclusion des marchés subséquents, qui doit avoir lieu pendant la durée de validité de l'accord-cadre.
Dans sa fiche sur les accords-cadres, la DAJ précise que : *« L'exécution des bons de commande peut néanmoins se poursuivre au-delà de cette durée, notamment pour assurer la continuité d'un approvisionnement durant le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant. Ainsi, si un bon de commande est émis en fin d'exécution de l'accord-cadre ou du marché subséquent, il restera valide après l'expiration de l'accord-cadre ou du marché subséquent en application duquel il a été émis. La durée d'exécution des bons de commande ou des marchés subséquents au-delà du terme de l'accord-cadre doit cependant être raisonnable. Les dispositions l'article R. 2162-5 du code de la commande publique proscrivent une date d'émission et une durée d'exécution des bons de commande ou de marchés subséquents qui conduiraient à méconnaître l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques, c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable. Cette durée doit s'apprécier en fonction de l'objet et des caractéristiques de la prestation, mais ne devrait, en principe, pas dépasser le temps nécessaire pour sa réalisation.* »

Pour un marché relatif à des prestations informatiques, il a été recommandé à l'organisme de prévoir une durée d'exécution des marchés subséquents et des bons de commande qui ne soit pas excessive et respecte les dispositions réglementaires. En effet, même si l'accord-cadre était conforme à la durée maximum de 4 ans, l'organisme maintenait son souhait que le marché subséquent puisse s'exécuter encore un an au-delà de l'échéance de l'accord-cadre et six mois pour les bons de commande après l'échéance du marché subséquent, soit un dépassement d'un an et demi après la fin de l'accord-cadre.

De la même façon, pour un marché relatif à de l'acquisition-maintenance et/ou location-maintenance de solutions d'impression, sans pour autant valider le choix de l'organisme, il lui a été recommandé d'être en mesure de justifier que les marchés subséquents émis avant la date d'échéance de l'accord-cadre demeurent exécutables, sans toutefois dépasser de plus de 24 mois la fin de l'accord-cadre.

Les marchés de maîtrise d'œuvre sont le plus souvent bien appréhendés

Dans le cadre de l'exercice de codification, les dispositions de la loi MOP et de ses textes d'application sont désormais intégrées et réparties entre les parties législatives et règlementaires du code de la commande publique.

Pour l'essentiel, on retrouve les dispositions de la loi MOP dans un livre dédié, au sein du livre IV de la deuxième partie intitulé "*Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée*".
Le champ d'application de ce livre est défini par l'article L. 2410-1 du CCP qui dispose que "*Les acheteurs définis au chapitre I^er^ qui, projetant la construction d'un ouvrage répondant aux caractéristiques mentionnées au chapitre II, envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont soumis en leur qualité de maîtres d'ouvrage aux dispositions du présent livre*".

S'agissant des textes d'application de la loi MOP, les dispositions du "décret missions" ont été majoritairement reprises dans la partie réglementaire du code. "L'arrêté missions" correspond désormais à l'annexe n° 20 du code intitulée "*Arrêté précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé*".

Conformément aux dispositions de l'article R2172-2 du CCP, les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur au seuil des procédures formalisées sont conclus après un concours.

L'article L2125-18 du CCP définit le concours comme une technique d'achat par laquelle l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet.

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 des articles R2124-2 et 3 du CCP, à savoir la procédure d'appel d'offres ou la procédure avec négociation.

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 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 de l'assistance technique et juridique proposée par les Départements Immobilier et Juridique de l'UCANSS.

En 2020, 9 projets de marchés de maîtrise d'œuvre ont été soumis à la Commission : 5 en procédure avec négociation et 3 en appel d'offres.

Les observations et remarques de la Commission ont essentiellement porté sur les missions confiées à l'équipe de maîtrise d'œuvre, 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.

Plus particulièrement pour un concours de maitrise d'œuvre des remarques ont été formulées sur le choix d'un concours restreint sur APS, l'absence de niveaux minimums de capacités et le manque d'explications quant aux modalités de calcul de la prime.

La Commission s'est également interrogée sur l'exigence qui était imposée, au maître d'œuvre puis par la suite aux entreprises de travaux, de devoir utiliser et payer un abonnement de gestion électronique de documents - GED - destiné à organiser la transmission et le suivi des situations financières entre les différents intervenants de cette opération. Solution, qui, dans la mesure du possible, devra être celle de la GED de l'AMO ou compatible avec celle-ci.

Il a été estimé qu'une telle exigence risquait d'entrainer un surcoût des prestations tant pour la maitrise d'œuvre que pour les travaux. Aussi, afin d'avoir la maitrise financière de cette solution de GED, et pour assurer la régularité juridique de cette exigence, il a été indiqué que la solution pourrait être que l'abonnement pour cette GED soit pris en charge par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une contractualisation avec l'opérateur économique. La solution GED serait ensuite mise à la disposition du maître d'œuvre et des entreprises de travaux.

Le choix d'une procédure adaptée est justifié

Conformément aux dispositions des articles L2123-1 et R2123-1 du CCP, les marchés en dessous des seuils européens peuvent être passés librement par l'acheteur dans le respect des principes de la commande publique.

Le recours à cette procédure est également possible dans certains cas dûment listés notamment les marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, des services juridiques, les lots d'un marché alloti.

L'acheteur détermine les modalités de passation de cette procédure en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.
S'il peut prévoir de négocier les offres, il doit le préciser dans les documents de la consultation.

Les observations de la Commission

En 2020, 3 dossiers ont été présentés sous la forme d'une procédure adaptée. Ils ont concerné des marchés de services (assistance à maitrise d'ouvrage pour des prestations de restauration, restauration collective) et de travaux.

Ces marchés ont fait l'objet de lettres d'observations portant essentiellement sur des remarques formelles portant sur la rédaction des pièces du dossier.

Pour le marché de travaux, il a été relevé que la négociation n'était pas limitée à un nombre de candidats ayant remis une offre recevable ce qui conduit, dès lors qu'il est décidé de négocier, de le faire avec l'ensemble des candidats. En conséquence, Il a été proposé de fixer un nombre limite de candidats invités à négocier, cela d'autant plus que l'opération sera à faire pour chaque lot.

La Commission invite, par ailleurs, les organismes à être vigilants lorsque le seuil de passation de la procédure adaptée est très proche de celui d'une procédure formalisée. Elle rappelle que la passation d'une modification du marché sur des aspects financiers se trouverait, de fait, limitée au seuil de passation de la procédure adaptée.
Ainsi, pour le projet de marché de travaux d'un montant prévisionnel de 4 750 000 €HT, l'attention de l'organisme a été appelée sur le seuil de 5 350 000 €HT qui ne pourra pas être dépassé lors de la notification du marché, ni même lors de la conclusion d'avenants ultérieurs ou de marchés similaires

Le recours aux petits lots doit être envisagé systématiquement pour les marchés de travaux

L'article R2123-1 1° du CCP permet de recourir à une procédure adaptée, même si la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils des marchés formalisés :

- pour les lots inférieurs à 80 000 € HT pour des fournitures ou des services,
- pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT pour des travaux.

Le recours à cette procédure 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 elle est particulièrement adaptée.

Ainsi 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.

L'utilisation de la procédure avec négociation doit être justifiée

Cette procédure se définit comme la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques (article L2124-3 du CCP).

L'utilisation de cette procédure doit être justifiée au regard de ses conditions de recours, notamment dans la note de présentation du marché public.

L'article R2124-3 du code précité énumère les différentes hypothèses permettant d'y recourir :

- Le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles. Selon la DAJ de Bercy, 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.

Dans la mesure où la négociation a notamment pour vocation de porter sur tous les éléments d'une offre, la rédaction d'un cahier des charges détaillé n'est pas forcément nécessaire comme pour l'appel d'offres. 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

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

A l'occasion de l'examen de plusieurs projets de marchés passés selon la procédure avec négociation, la Commission a dû rappeler la nécessité pour le pouvoir adjudicateur de pouvoir justifier que les conditions de recours à cette procédure, qui s'interprètent strictement, sont remplies (jurisprudences de la CJCE, 14 septembre 2004, Commission c/République Italienne, Aff. C-385/02, pts. 19 et 37 et CJUE, 27 octobre 2011, Commission c. République Hellénique, Aff. C-601/10, pt. 32.p.

Ainsi, pour des prestations de maîtrise d'œuvre une justification reposant sur la présence de prestations de conception s'entend tout à fait.

La rédaction des avis de marché doit être attentionnée pour éviter les erreurs et les omissions

L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) est l'avis de marché publié par le pouvoir adjudicateur pour informer les opérateurs économiques de la passation d'un ou de plusieurs marchés publics.
C'est le document d'information initial qui marque le lancement des procédures de passation de marchés reposant sur une mise en concurrence.
Les modalités de publication des avis et leurs mentions sont réglementées.
L'avis d'appel public à la concurrence peut être publié de façon électronique au BOAMP, JOUE, dans un JAL, dans une publication spécialisée et sur le portail acheteur du pouvoir adjudicateur.

L'avis de marché 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 une entreprise 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 s'attache à ce que les organismes fassent figurer dans les avis de marché 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.

D'une manière générale, la complétude des avis de marché est le plus souvent correcte même s'il peut être constaté parfois l'absence de certaines rubriques importantes.

La Commission remarque par ailleurs 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 marché ont été les suivantes :

- La date prévisionnelle de relance du marché est à indiquer s'il est envisagé de le reconduire à l'issue de son exécution. Cette rubrique peut être renseignée si l'acheteur souhaite attirer l'attention des opérateurs économiques sur le caractère récurrent du marché envisagé.
- 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 est à renseigner s'il est prévu des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations fermes du marché (tranches optionnelles, prestations similaires). En revanche les prestations supplémentaires éventuelles ne sont pas considérées comme des options au sens du droit européen.
- En cas de marché reconductible, la durée du marché correspond à la durée ferme avant reconduction. Le nombre de reconductions éventuelles est à faire figurer dans la rubrique « reconduction ».
- L'indication de la valeur estimative lot par lot est une information obligatoire dans l'avis de marché européen *(Cf. extrait notice DAJ comment utiliser les formulaires européens : « Valeur totale estimée Rubrique II.1.5) La valeur totale estimée de l'opération n'est pas obligatoirement renseignée par l'acheteur. En revanche, la rubrique II.2.6 sur la valeur des lots est désormais une rubrique obligatoire. »)*
- La quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, y compris en cas d'accord-cadre sans minimum et sans maximum. 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.
- L'indication que le marché est couvert par l'accord AMP est à fournir. Cela signifie que la procédure comprend des règles qui visent à harmoniser la procédure dans l'ensemble des pays signataires.
- La rubrique relative au renouvellement du marché permet à l'acheteur d'indiquer s'il s'agit d'un marché renouvelable. Elle est à renseigner si l'acheteur souhaite attirer l'attention des opérateurs économiques sur le caractère récurrent du marché envisagé.
- Pour la passation, le contentieux des marchés des organismes de Sécurité sociale relève des juridictions de l'ordre judiciaire. A ce titre il convient de mentionner le Tribunal judiciaire qui est né de la fusion du Tribunal de grande instance et du Tribunal d'instance (article D211-10-2 et annexe VIII-II du code de l'organisation judiciaire).
  En revanche, pour les litiges nés à l'occasion de l'exécution des marchés publics, le tribunal compétent reste celui du lieu d'exécution du marché qui n'est donc pas obligatoirement celui qui est compétent pour les recours relevant de la passation des marchés publics.
- Les délais et les voies de recours susceptibles d'être mis en œuvre (référé précontractuel et référé contractuel) sont à 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 consultation est à mettre à disposition dès l'envoi de l'avis de marché

L'article R2132-2 du CCP 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 de marché.

Les seules exceptions à la non-disponibilité des documents de la consultation sont celles précisées à l'article R2132-12 du code précité.
Il s'agit des mêmes raisons qui peuvent justifier l'absence d'utilisation des moyens de communication électronique à savoir :

- Marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables inférieurs aux seuils de procédure formalisée ;
- Marchés de services sociaux et autres services spécifiques (articles R2123-1 3° et R2123-2 du CCP) ;
- En cas de nécessité d'utilisation d'outils, dispositifs, formats de fichiers particuliers non communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ou soumis à une licence propriétaire ne permettant pas les 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 une violation de la sécurité des moyens de communication électronique, au caractère particulièrement sensible d'informations exigeant un degré de protection extrêmement élevé, 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.

A noter que la DAJ précise que : « *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* ».

Les observations de la Commission

A l'occasion de l'examen d'un projet d'assistance à maitrise d'ouvrage dans le cadre d'une opération immobilière, la Commission a rappelé l'obligation de mettre à disposition le dossier de consultation dès la publication de l'avis de marché aussi bien pour les procédures d'appel d'offres ouvert, restreint ou avec négociation, sauf à pouvoir justifier être dans un des cas de dérogation de l'article R2132-12 du CCP.

Dans le cas d'espèce, le programme fonctionnel n'avait pas été transmis et ne le sera que lors de l'invitation à soumissionner adressée aux candidats admis à présenter une offre.
Il a été indiqué que l'absence de communication de ce document fragilisait juridiquement la procédure, d'autant qu'une vingtaine de candidatures avaient été réceptionnés.

Les règlements de la consultation sont à améliorer sur certains points

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 précisément le contenu ; si la remise d'échantillons est demandée, il faut mentionner 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 s'assure également 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.

En 2020, la Commission a plus particulièrement attiré l'attention des organismes sur certaines informations ou clauses :

- Les variantes constituent des prestations complémentaires à l'offre de base que le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de présenter.
- 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.

- L'acheteur doit indiquer la pondération des sous-critères s'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur les offres des candidats. A défaut le poids donné à chaque sous-critère sera le même.
- Les clauses techniques et/ou administratives sur lesquelles les variantes pourront porter doivent être mentionnées.
- Lorsqu'une visite est prévue, il appartient à l'acheteur de choisir entre une visite individuelle ou collective. Le conseil d'État a eu l'occasion de juger qu'une visite unique pour l'ensemble des candidats était valable et respectait le principe d'égalité entre les candidats (CE, 24 octobre 2008, n°300034, Décision Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte).

La visite pourra être individuelle ou collective dès lors que les modalités de la visite sont clairement indiquées dans le règlement de la consultation et respectent le principe d'égalité entre les candidats. Il convient également de prévoir des modalités de sécurité en raison de la crise sanitaire.

Les visites doivent avoir lieu suffisamment en amont afin de pouvoir répondre par écrit aux éventuelles questions que les soumissionnaires pourraient poser.

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)

Enfin, il est recommandé de préciser qu'*«un soumissionnaire qui est en mesure de justifier, par un autre moyen, qu'il dispose déjà d'une connaissance approfondie du site et de ses contraintes, peut être dispensé de cette visite obligatoire sans que son offre soit considérée comme irrégulière (CAA Bordeaux, 7 juillet 2016, n° 14BX02425) ».*

La sélection des candidatures est une étape à ne pas négliger

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 aux articles L2142-1, R 2142-1 à 14 et R2144-1 à 9 du CCP qui font obligation à l'acheteur de vérifier :

- Que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits ;
- Que les candidats satisfont aux conditions de participation indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ;
- Que les candidats ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Il convient, par ailleurs, de ne pas confondre les critères de sélection des candidatures et les critères de sélection des offres qui doivent permettre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ainsi le critère de l'expérience des candidats ne peut pas être érigé en critère de sélection des offres.

En effet, la prise en considération de l'expérience est fondée sur la capacité technique et professionnelle des candidats. Il s'agit d'un critère de vérification de l'aptitude des candidats, qui s'apprécie pour la sélection des candidatures. (CE 11 mars 2013, AP-HP c. / société Détection Electronique Française (DEF) req. n° 364706).

L'acheteur doit veiller à ne solliciter, au stade de la sélection des candidatures, que les éléments permettant d'analyser les garanties et les capacités techniques (moyens logistiques et humains de l'entreprise), financières et professionnelles (références). Il devra analyser obligatoirement et contrôler les 3 catégories de garanties précitées (CE, 29 avril 2011, Garde des sceaux, req. n° 344617).

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.

Lors de l'examen d'un projet de marché relatif à des prestations informatiques, il a été relevé que pour le critère « Capacité technique et professionnelle », les effectifs moyens annuels et la compétence de l'effectif pour réaliser le marché seront évalués. Néanmoins, l'attention de l'organisme a été appelée sur le fait qu'aucun élément permettant d'évaluer la compétence de l'effectif ne semblait requis dans le RC ce qui conduit à ne pas pouvoir évaluer une partie du critère.

L'acheteur peut éventuellement fixer des niveaux minimaux de capacité qui doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et être portés à la connaissance des opérateurs économiques souhaitant se porter candidat.

Ainsi, à l'occasion de l'examen d'un dossier portant sur des prestations de nettoyage, il a été constaté que seule était requise des candidats la remise des documents communément exigés à ce stade de la procédure (notamment, une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, la déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années et une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le candidat dispose pour la réalisation de marchés équivalents).

Sur cette base (sans niveau minimum), il est toujours difficile pour un acheteur d'objectiver le rejet de candidatures et la phase d'analyse des candidatures se limite alors généralement à une simple vérification de la complétude du dossier de candidature transmis.

Dans le cas d'espèce, considérant la portée de chaque lot, son montant estimé et sa durée potentielle, il est apparu que l'absence de niveaux minimums de capacités (en chiffres d'affaires et/ou en références, etc.) au stade de la candidature pourrait constituer un risque pour l'attribution du marché public en particulier au regard du paysage économique visé, concurrentiel.

Par ailleurs, la commission rappelle régulièrement que les éléments relatifs à la sélection des candidatures ne doivent pas être confondus avec ceux pouvant présider à la sélection des offres. La liste des références présentées ne saurait constituer un critère d'analyse des offres. Les références doivent être examinées au stade des candidatures.

Ainsi, pour un marché de maitrise d'œuvre, il a été fait observer à l'organisme que l'examen des candidatures doit porter sur les capacités en général des candidats et non sur les moyens qui seront mis en œuvre pour exécuter le contrat. Aussi, il lui a été indiqué que le critère intitulé « *Composition de l'équipe affectée au marché* » et décomposé en deux sous-critères (Adéquation de la composition de l'équipe - CV proposés) ne saurait être retenu et devra être utilisé au stade de l'analyse des offres.

De la même façon, également, pour un marché de maitrise d'œuvre, il a été relevé que les références du groupement doivent être appréciées au stade de l'examen des candidatures et ne sauraient être analysées au stade des offres.

La rédaction des critères et sous-critères de sélection des offres ainsi que leur pondération doivent être réfléchis

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

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.

Si l'acheteur public décide de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leur pondération. Sont à cet égard classiquement qualifiés de sous-critères les éléments « *susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres* » Ils doivent, dans

ce cas, être assimilés à des critères de jugement des offres et être portés à la connaissance des candidats, accompagnés de leur pondération ou hiérarchisation (CE, 18 juin 2010, n°337377, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*).

Il est par ailleurs possible, de demander, pour apprécier la valeur technique de l'offre ou la qualité de l'offre, en tant que sous-critère à pondérer, les moyens techniques et l'équipe qui sera dédiée spécifiquement à la réalisation de la prestation.

Les observations de la Commission

La Commission surveille particulièrement la rédaction et la cohérence des critères et sous-critères de sélection des offres ainsi que leur pondération.

Ainsi il a été indiqué à un organisme que même si leur sens est explicité dans une formulation conforme en droit, il convient de ne pas utiliser les termes *« moyens humains »* et *« moyens techniques »* qui relèvent davantage de l'examen des candidatures pour l'appréciation des capacités professionnelles et techniques des candidats, plutôt que pour l'analyse de leurs offres, c'est-à-dire de la solution qu'il propose pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur. En conséquence, il a été proposé de supprimer, d'une part les termes *« moyens humains »* et d'utiliser en lieu et place le sous-critère de la *« cohérence de l'offre au vu des effectifs dédiés à l'exécution du marché public »*, et d'autre part de supprimer les termes *« moyens techniques » figurant pour le* sous-critère *« organisation de la prestation et organisation des échanges avec l'organisme »*.

Lors de l'examen d'un projet de marché portant sur des prestations de formation, il a été noté que demander une note synthétique qui met en exergue la compréhension de l'organisation et le fonctionnement de la Sécurité sociale et du système de protection sociale et une reformulation de la demande démontrant la compréhension des objectifs et des prestations attendues relèvent plus de la conformité de l'offre et non d'un critère.

Par ailleurs un tel critère pourrait conférer un avantage aux opérateurs économiques titulaires du marché en cours.

Pour un marché de travaux, il a été indiqué que seuls les moyens spécialement affectés à l'exécution du marché peuvent être analysés au stade des offres. Et que la fiabilité et l'exhaustivité de la DPGF ne saurait constituer un sous-critère.

De la même façon, pour un projet d'assistance à maitrise d'ouvrage, des observations ont été formulées sur un critère « *qualité d'un modèle de rapport d'analyse des candidatures et des offres d'un marché de maitrise d'œuvre appréciée à travers sa forme, son contenu et son écriture* », il a été indiqué qu'un modèle de rapport d'analyse passé ne saurait être examiné pour apprécier les offres. Seule la trame du rapport que le candidat s'engage à utiliser pour l'exécution du présent marché pourra être notée. En tout état de cause un tel sous-critère apparaît comme très subjectif et ne saurait être considéré comme vraiment discriminant.

Pour un autre marché de travaux, il a été relevé que les sous sous-critères n'étaient pas pondérés. En conséquence, en l'absence de communication d'une pondération de chaque sous sous-critère, en vertu du principe de transparence, ces derniers devront avoir la même notation pour éviter toute contestation en cas de contentieux (CE, 4 avril 2018, n° 416577, Société Archimed).

Les critères relatifs à des éléments sur les aspects environnementaux et sociétaux doivent reposer sur des éléments tangibles

Le choix des critères peut également être l'occasion pour l'acheteur de prendre en compte des aspects environnementaux et sociétal.

La fiche de la DAJ sur l'examen des offres indique :
L'article R. 2152-7 du CCP retient ainsi parmi les critères possibles : les performances en matière de protection de l'environnement, de développement de 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. L'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale (RSE), apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause, ne respecte pas ces principes. En revanche, le Conseil d'Etat 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 […] ».

Pour introduire de tels critères, il est donc nécessaire de bien 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.

Il a ainsi été relevé, dans le cadre d'un marché d'imprimés, qu'un critère spécifique à la RSO était prévu comprenant en particulier le pourcentage d'heures allouées à l'insertion de personnes éloignées de l'emploi par rapport au chiffre d'affaires réalisé.

Conformément aux dispositions de l'article R. 2152-7 du code de la commande publique, il est possible de retenir un critère relatif à l'insertion professionnelle des publics en difficulté à la condition toutefois qu'il soit 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.

Toutefois, un critère basé sur l'appréciation du pourcentage d'heures allouées à l'insertion de personnes éloignées de l'emploi effectuée par rapport au chiffre d'affaires réalisé par l'opérateur économique pourrait paraître indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'organisme. Il pourrait donc être considéré qu'il n'est pas strictement en lien avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché d'autant que, sur ce dernier point, il n'y a aucun nombre d'heures imposé.

La Commission souligne enfin 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.
Ainsi pour un marché de nettoyage, il a été indiqué à l'organisme qu'une pondération de 5 % sur un critère *« produits écologiques »*, n'était pas incidente. Tout critère relatif à une « démarche RSE » doit être pondéré entre 10 et 20 % pour avoir un impact sur l'attribution. Il a été précisé qu'il serait éventuellement plus intéressant de fixer une clause environnementale imposant des quotas d'usage de produits écologiques.

La méthode de notation des critères doit figurer dans la note de présentation transmise 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.

La Commission est particulièrement attentive à la prise en compte des coûts de changement du titulaire et leur intégration dans l'analyse des offres.
En effet, le principe d'égalité de traitement commande à l'acheteur public d'assurer aux soumissionnaires, notamment dans l'analyse des offres, le respect de règles de consultation permettant d'égales chances de succès.

Néanmoins, la problématique des marchés publics impliquant un coût d'entrée pour l'opérateur (du fait par exemple de prestations de reprise, nécessaires à la mise en place) est délicate à traiter sur le plan économique et juridique.

La jurisprudence est relativement constante pour affirmer que, lorsque le périmètre des offres concernant les prestations de reprise varie nécessairement selon que l'attributaire du marché est le titulaire sortant ou un nouvel opérateur, le pouvoir adjudicateur doit exclure ces prestations de la notation financière, alors même qu'elles ont fait l'objet d'une notation technique, afin d'être en mesure de comparer objectivement les offres présentées par l'ensemble des candidats et de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ainsi, lors de l'examen d'un projet de marché portant sur la mise en place d'un centre de contacts, il a été observé, qu'afin d'intégrer un minimum, le coût de reprise dans l'analyse des offres, l'organisme proposait une solution fondée sur une moyenne des prix de mise en place du centre de contacts en prenant en compte uniquement les différences supérieures à cette moyenne pour la notation des offres. Il a donc été noté que le mécanisme proposé ne correspondait pas à une totale neutralisation des prestations dans l'analyse financière des offres, ce qui pourrait être reproché à l'organisme en cas de contentieux.
En conséquence, la Commission, tout en relevant que la méthode de notation des offres financières puisse être considérée comme un compromis acceptable, à la condition qu'il y ait suffisamment de candidats pour être discriminés, a suggéré que les coûts de changement de titulaire fassent l'objet d'un sous-critère du critère prix avec une pondération fixée autour de 20 %.

Pour un marché d'assistance à maitrise d'ouvrage, une observation a été formulée à l'organisme qui précisait qu'en *cas d'égalité des offres, le candidat ayant la meilleure note technique au critère Moyens humains mis à disposition pour la bonne exécution des prestations se verra attribuer le marché.* Le cas échéant, un juge pourrait considérer que cette règle ne respecte pas les grands principes de la commande publique.

D'une façon générale, lorsque la méthode de notation est présente, la Commission a formulé les observations suivantes sur la méthode de notation :

- 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, 1er 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

L'introduction de clauses de réexamen est utile pour anticiper les modifications du marché

Les modifications d'un contrat, quel que soit leur montant, sont dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors que celles-ci ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de clauses de réexamen.
L'acheteur doit prévoir dans les documents contractuels initiaux le champ d'application et la nature des modifications envisagées ainsi que les modalités concrètes de leur mise en œuvre.

Une attention particulière doit être effectuée lors de la rédaction d'une telle clause qui doit être précise et sans équivoque.

Deux hypothèses peuvent être distinguées :

- La clause de réexamen est rédigée de telle manière que la survenance d'un événement précis entraine une modification dont la teneur a été prévue dans les documents contractuels initiaux. Tel est en général le cas pour une clause de révision des prix dont la formule de révision est déterminée dans le contrat initial ou pour la mise en œuvre d'une tranche optionnelle dont les conditions de déclenchement et les conséquences matérielles et financières ont pu être fixées lors de la conclusion du marché. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur peut mettre en œuvre la clause de réexamen de façon unilatérale puisque l'étendue de la modification a été acceptée par son cocontractant lors de la signature du contrat. Cette décision unilatérale peut être matérialisée par l'envoi d'un courrier. Une telle solution, qui présente l'avantage de la prévisibilité pour les parties, doit être privilégiée lorsqu'elle est envisageable.

- La clause de réexamen est rédigée de telle manière qu'elle s'apparente à une « clause de rendez-vous ».
Ainsi, il est seulement prévu que la survenance d'un événement précis conduira les parties à renégocier les termes du contrat. Dans ce cas de figure, l'acheteur doit prévoir dans les documents contractuels initiaux les modalités de mise en œuvre de cette négociation. Si les parties s'accordent sur la modification du contrat il sera nécessaire de matérialiser cet accord de volonté dans un avenant. Par ailleurs, le contrat devra prévoir les conséquences sur la poursuite du contrat d'un éventuel désaccord persistant entre les parties.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen d'un projet de marché relatif à des prestations de restauration collective, il a été recommandé à l'organisme d'introduire dans le CCAP un article relatif à une clause de réexamen sous forme de « clause de rendez-vous » qui permettrait d'encadrer l'éventualité d'une réduction importante de la demande de restauration ainsi que le contenu et les conditions de mise en œuvre des indemnités compte tenu de la crise sanitaire actuellement présente.

L'insertion de clauses incitatives peut permettre d'améliorer l'exécution des prestations

Une clause incitative est une clause incluse dans le contrat de marché public servant à équilibrer les profits retenus de ce marché entre l'acheteur public et son cocontractant. Cette clause n'est pas impérative mais soumise à la volonté des contractants de l'intégrer dans le contrat qui les lie, le but n'étant pas répressif mais visant le quadrillage de la performance financière du marché suivant des détails précisés tels que la nature du marché, les modalités d'application ou encore la date d'exécution du contrat.

Les clauses incitatives sont introduites dans les marchés en proposant un plafond d'incitations financières pour l'assurance d'une exécution conforme du contrat par les parties contractantes. Elles concernent notamment :

- Le respect d'un délai sous peine de sanctions dans le cas de retard, ou le cas échéant, de l'octroi d'une prime d'avance lorsque l'acquéreur trouve un intérêt particulier par l'exécution du contrat dans un plus court délai.

- La qualité requise pour le marché tout en prévoyant des primes spécifiques pour le dépassement des performances.
- Le respect des quantités prévues pour le marché, par ailleurs la réduction des coûts proportionnels aux dépassements des quantités attendues.

S'agissant des conditions à respecter, le principe est qu'il ne doit pas y avoir de remise en cause du marché. La prime résultant de la clause incitative s'ajoute à la rémunération du prestataire fixée dans le marché. Le simple respect du cahier des charges ouvre simplement le droit au paiement de la prestation, Le titulaire doit donc se surpasser. Par ailleurs, ce procédé ne doit pas remettre en cause le principe de prix définitif ni constituer une part déterminante de la rémunération.

L'objectif doit être en lien avec un engagement contractuel. « *L'acheteur ne pourra ni imposer, ni gratifier un engagement qui n'est pas lié à l'objet du marché* ». L'atteinte de l'objectif doit être mesurable. « *Le caractère mesurable est là pour protéger les parties. Le but est de lever toute ambiguïté sur le versement de la prime* ».

Les observations de la Commission

D'une façon générale, la Commission n'a pratiquement jamais eu à se prononcer sur ce type de clauses, rarement utilisées par les organismes de Sécurité sociale. L'insertion d'un tel mécanisme s'apprécie au cas par cas et en fonction des intérêts de l'acheteur.

Ainsi 2020, pour un projet d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la construction d'un bâtiment dans lequel il était prévu des clauses incitatives portant sur l'absence de contentieux pour les procédures achat, le permis de construire, le gain sur l'enveloppe budgétaire estimée dans le cadre de l'APD, la levée des réserves…, l'intérêt et l'opportunité de prévoir de telles clauses sont apparues discutables.
Des remarques ont alors été formulées sur le contenu de ces clauses qui ne dépendaient pas complètement de l'AMO.

Les pénalités sont une garantie du respect des stipulations contractuelles du marché

Les pénalités ont pour but de garantir à l'acheteur le respect par son cocontractant des stipulations contractuelles.
Lorsqu'il prépare la passation de son marché public, l'acheteur doit apporter une attention particulière aux clauses de pénalités. Si celles-ci doivent dissuader le futur titulaire de s'affranchir de ses obligations contractuelles, des pénalités trop fortes peuvent conduire certains opérateurs à renoncer à se porter candidats ou à augmenter leur prix pour couvrir le risque encouru.

Les pénalités ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service. Elles sont donc situées hors du domaine d'application de la TVA.

Les pénalités sont fréquemment prévues par l'acheteur pour sanctionner le non-respect des délais d'exécution des prestations par le titulaire du marché. Elles peuvent néanmoins être prévues pour sanctionner la méconnaissance d'autres obligations contractuelles (absence aux réunions de chantier, non remise d'un document prévu au marché, indisponibilité de matériels, violation de clauses environnementales, etc.).

Les différents CCAG comportent des clauses-type de pénalités que l'acheteur est libre d'aménager : article 20 du CCAG « Travaux », article 14 du CCAG « Fournitures courantes et services » (FCS), article 15 du CCAG « Marchés industriels » (MI), article 14 du CCAG « Techniques de l'information et de la communication » (TIC) et article 14 du CCAG « Prestations intellectuelles » (PI).
Ces articles prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard. Les CCAG Travaux, MI et PI prévoient une exonération des pénalités lorsque leur montant ne dépasse pas 1 000 euros HT. Les CCAG-FCS et TIC permettent cette exonération dès 300 euros HT. Les articles 14 des CCAG FCS et TIC prévoient également les modalités d'application et de calcul de pénalités applicables en cas d'indisponibilité de matériel faisant l'objet du contrat. Les acheteurs publics peuvent toujours déroger aux stipulations des CCAG auxquels ils choisissent de se référer par une stipulation expresse dans les documents contractuels.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen d'un projet de marché relatif à des prestations informatiques, la Commission a relevé la qualité de la clause du CCPAP relative aux pénalités qui instaure un double système de pénalités, les unes, classiques, ayant pour objet de sanctionner contractuellement les retards de livraison des prestations par rapport aux « *délais prévus au CCTP et aux bons de commande* », les autres le défaut de respect des nombreux indicateurs de qualité prévus par les annexes du CCTP du projet de marché.

Pour un marché concernant des prestations de nettoyage, il a été observé que l'organisme n'avait pas souhaité utiliser le système de pénalités conseillé par l'UCANSS dans son guide (lequel recommande que, lorsque l'exécution d'un marché public avec obligation de résultats est jugée non conforme, la pénalité doit être calculée des indices de propreté (Indice de non-conformité (INC) et Indice de propreté générale (IPG)) mentionnés au CCTP). Un dispositif de pénalités forfaitaires par type de manquement constaté était alors prévu. Si cette option a l'avantage de la simplicité, elle présente l'inconvénient de reposer sur une liste limitative de manquement au-delà de laquelle il ne sera pas possible de pénaliser le titulaire.

Les conditions de résiliation doivent être clairement mentionnées

La résiliation d'un contrat peut être le fait d'une décision unilatérale prise par l'acheteur.

Elle peut également, lorsque le contrat l'a prévu, être décidée par le cocontractant de l'acheteur en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles. Dans ce cas, après s'être assuré que le contrat ne porte pas sur l'exécution même d'un service public, le cocontractant informe l'acheteur de son intention de résilier le contrat. L'acheteur peut alors s'opposer à cette rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général.

Comme indiqué dans la fiche de la DAJ sur la résiliation dans les marchés publics, le Code de la commande publique évoque six cas de résiliation du contrat : le cas de force majeure auquel fait face l'acheteur ; le cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant, lorsque le contrat est un contrat administratif ; le cas où un motif d'intérêt général conduit l'acheteur à mettre fin au contrat ; - le cas où l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification illicite de celui-ci ; 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. Le cahier des charges peut donc utilement se référer au CCAG applicable aux prestations en cause, en l'absence de stipulations particulières.

Les deux principales 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.

Les CCAG prévoient qu'une mise en demeure préalable doit être adressée au titulaire du marché public. Bien que le cahier des clauses particulières du marché public puisse déroger à cette stipulation, il est conseillé de mettre en œuvre cette formalité, notamment dans le cas de la résiliation pour faute.

Les observations de la Commission

La résiliation prononcée aux frais et risques du titulaire impose une mise en demeure préalable. Cette mise en demeure est notifiée au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception (remise en mains propres, recommandé avec accusé de réception, etc.).
Les mentions suivantes doivent être mentionnées : les motifs de la mise en demeure ; l'indication d'un délai raisonnable, permettant au titulaire de remédier à la situation ; la sanction encourue en cas de manquement avéré, à savoir la résiliation du marché public, en précisant si elle est simple ou aux frais et risques.
Ainsi pour un marché d'assistance à maitrise d'ouvrage, une remarque a été faite sur une clause prévoyant trois en demeure avant une résiliation. Il a été conseillé de ne pas mentionner le nombre de mises en demeure, le pouvoir

adjudicateur étant libre de réitérer ou pas sa mise en demeure, de procéder ou pas à sa résiliation.

Pour un marché relatif à des prestations de formation professionnelle, il a été recommandé de prévoir la possibilité de passer par un tiers en cas de résiliation pour faute selon l'article 36 du CCAG FCS qui dispose : « *A la condition que les documents particuliers du marché le prévoient et que la décision de résiliation le mentionne expressément, le pouvoir adjudicateur peut faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations prévues par le marché, aux frais et risques du titulaire, soit en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard, soit en cas de résiliation du marché prononcée aux torts du titulaire*».

Enfin, pour un marché relatif à des prestations de restauration collective, l'attention de l'organisme a été appelée sur une clause qui prévoyait la résiliation du marché pour motif d'intérêt général : « *par dérogation au même article 33 du CCAG-FCS, s'agissant d'un accord cadre à bons de commande sans minimum de commande, aucune indemnité ne sera due au titulaire en dehors des frais fixes qui auront déjà été engagés […]* »
Une telle résiliation sans indemnité pour cas de force majeure, notamment pour les frais fixes pourrait faire l'objet de contestation et d'un non-positionnement de candidats potentiels.

L'OFFRE DE SERVICE CONSEILS EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE DU SECRÉTARIAT DE LA CCMOSS

CHIFFRES CLÉS 2020

522 demandes de conseils

42 % des demandes pour la branche maladie

76,5 % des demandes proviennent du régime général

2,7 jours de délai moyen de réponse

50,3 % des demandes relatives à la passation des marchés

17 % des demandes sur les conséquences de la crise sanitaire dans les marchés publics

Les demandes de conseils émanent majoritairement du Régime général

522 demandes ont été adressées en 2020 sur la boite ccmossconseils@ucanss.fr.

Si tous les régimes de la Sécurité sociale interrogent le secrétariat, c'est principalement le Régime général (famille, vieillesse, maladie, recouvrement) qui présente la majorité des demandes de conseils (**91,4%**). Le régime agricole, pour sa part, a très peu sollicité l'offre de service en conseils en droit de la commande publique.

Toutefois, des organismes tels que le GIE SESAM VITALE, la CAMIEG, la CNIEG, la CRPTNOP, la CAVEC, la CIPAV, la CNBF, la CFE, l'ANS, la CSS de Mayotte, la CNAVPL ont également sollicité régulièrement les conseils du secrétariat.

Au sein du Régime général, compte tenu de son poids au sein de la Sécurité sociale, c'est la branche maladie qui a le plus souvent sollicité le secrétariat, avec 242 demandes, (soit environ 46% de l'ensemble des demandes de conseils).

2020	Nombre de demandes
Régime général	477
Régime agricole	11
Autres organismes	34
TOTAL	**522**

Les conseils sont diversifiés mais concernent principalement la passation des procédures

Les demandes de conseils sont diverses. Elles portent le plus souvent sur les différentes étapes à conduire lors du lancement d'une consultation ((expression des besoins, passation), sur l'exécution des marchés, sur des demandes de modèles de pièces administratives types notamment pour des opérations immobilières ainsi que sur la vérification de DCE. Plus ponctuellement des précisions peuvent être souhaitées sur la réglementation relative à la commande publique ou à l'arrêté du 19 juillet 2018.

En 2020, la moitié des demandes a porté sur la passation des marchés (50,3%).

Le reste des sollicitations se répartit respectivement ainsi : exécution 31,6%, expression des besoins 10,7% et dans une moindre mesure : transmission de DCE type 5,2% et vérification de pièces de DCE 2,1%.

Il faut noter, par ailleurs, que de très nombreuses demandes de conseils ont été formulées à partir du 2ème trimestre 2020 sur la passation et l'exécution des marchés publics en période de crise sanitaire (89 demandes de conseils soit 17 %).

Les principaux conseils effectués par le secrétariat de la Commission

Au cours de l'année 2020, le secrétariat de la CMOSS a été saisi de demandes de conseils très diverses.
Une synthèse des principales questions soulevées et des réponses apportées est présentée ci-dessous.

Certaines ont été rédigées en collaboration avec la DAJ de Bercy.

Une offre ne comportant pas de certificat de visite alors que l'entreprise a effectué la visite de site peut être régularisée

Dans la mesure où elle est incomplète, l'offre qui ne comprend pas de certificat de visite constitue une offre irrégulière. Dans le cadre d'un appel d'offres, elle doit en principe être rejetée (cf. article R2152-1 du code de la commande publique).

Toutefois, l'article R2152-2 du même code précise que *"dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles."*

Ainsi, si l'offre reçue n'est pas anormalement basse, il est tout à fait possible d'en demander la régularisation.
Il faudra alors bien préciser dans la demande de régularisation que le certificat de visite est manquant. En outre, il sera indispensable de laisser au candidat concerné un délai raisonnable pour compléter son offre.
L'attention des acheteurs est attirée sur le fait que la régularisation ne peut en aucun cas être l'occasion pour le soumissionnaire d'améliorer son offre sur des points dont la régularité n'est pas en cause.
Par ailleurs, il faut avoir à l'esprit que la régularisation des offres irrégulières n'est qu'une faculté laissée à l'acheteur.

Depuis le 1er avril 2020, les organismes de Sécurité sociale sont soumis à l'obligation d'accepter les factures électroniques

L'article 193 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises a créé les articles L. 2192-1 et suivants du code de la commande publique relatifs à la facturation électronique qui fixent les obligations relatives à la transmission et réception des factures sous format électronique.
En application des dispositions de l'article L. 2192-3 et L. 2392-3 du code de la commande publique, tous les pouvoirs adjudicateurs, y compris donc les organismes de Sécurité sociale de droit privé, et toutes les entités adjudicatrices sont soumis à l'obligation d'accepter une facture électronique conforme à la norme européenne, et ce à compter du 1er avril 2020. Et ce quand bien même les titulaires et leurs sous-traitants admis au paiement direct ne sont pas soumis à l'obligation de leur faire parvenir leur facture par voie électronique (art. L. 2191-1 et L. 2391-1 du CCP et L. 2192-1 et L. 2392-1 du CCP), qui ne concerne que les titulaires des marchés publics et contrat de concession passés par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Ces dispositions sont applicables à compter du 1er avril 2020 pour « les factures relatives aux marchés publics ou aux contrats de concession en cours d'exécution ou conclus postérieurement au 1er avril 2020 pour les factures reçues par les acheteurs et les autorités concédantes autres que les autorités publiques centrales dont la liste figure dans un avis annexé au code de la commande publique ».

Une offre dont le montant est beaucoup moins élevé que celui des autres offres reçues ne peut pas être directement écartée

L'article L2152-6 du code de la commande publique dispose : *« L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans*

des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. »
Ainsi, avant de rejeter l'offre d'un candidat dont l'offre est suspectée d'être anormalement basse, il appartient à l'acheteur de lui demander d'en justifier la viabilité.

En amont, il conviendrait de pointer et d'identifier clairement avec le service prescripteur les points techniques ou économiques qui demandent des explications Ce peut-être par exemple, un élément du BPU.

Lorsque dans un BPU, une prestation est chiffrée à 0 euro, l'offre ne peut pas être considérée comme irrégulière

Tout d'abord, il faut savoir que chiffrer une prestation à 0 euros n'est pas assimilable à une absence de chiffrage. Ainsi, le BPU ne peut pas être jugé incomplet et l'offre ne peut pas être considérée comme irrégulière.
Dans l'arrêt société SEPUR rendu le 13 mars 2019, le Conseil d'Etat a jugé que *« l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global. »*

Cette analyse est tout à fait logique : en effet le fait qu'un candidat propose un prix très bas ou égal à zéro sur une seule ligne du BPU ne signifie pas pour autant que son offre dans sa globalité peut être considérée comme anormalement basse.

Il est possible de rédiger une clause en vertu de laquelle aucune indemnité ne sera due en cas de résiliation pour motif d'intérêt général

En principe, la contrepartie du droit de résilier un marché public pour un motif d'intérêt général réside dans le droit à indemnité totale du titulaire du marché public.
Toutefois, en vertu de la liberté contractuelle dont disposent les parties, le contrat, par une clause expresse, peut exclure toute indemnisation ou prévoir une indemnisation transactionnelle moindre que le montant de ces pertes.

En conséquence, il est possible dans l'exemple d'un marché de fournitures courantes de déroger à l'article 33 du CCAG-FCS et de ne pas indemniser le titulaire en cas de résiliation pour motif d'intérêt général.
Dans la mesure où cette règle sera entrée dans le champ contractuel, le titulaire ne pourra pas demander d'indemnisation.

L'attention des acheteurs est toutefois attirée sur le fait qu'une telle clause peut avoir pour conséquence de dissuader les entreprises de candidater.

La fermeture éventuelle d'un bâtiment peut faire l'objet d'une clause de réexamen dans un marché de maintenance

La fermeture éventuelle d'un bâtiment peut tout à fait faire l'objet d'une clause de réexamen prévoyant une modification unilatérale du contrat ou une négociation.
L'essentiel est d'être clair et précis dans la rédaction de la clause : bâtiment concerné, montant forfaitaire de la prestation concernée, modalité de mise en œuvre.

Plus généralement, l'ajout éventuel d'un nouveau bâtiment, un changement de référence dans le bordereau de prix de la maintenance corrective, l'ajout d'un nouveau prix dans ce même bordereau, l'extension du périmètre initial du marché peuvent également faire l'objet d'une clause de réexamen.

Si tous les éléments ne sont pas connus au moment de la rédaction du contrat, l'acheteur doit prévoir dans les documents contractuels initiaux les modalités de mise en œuvre de la négociation qui aura lieu en cours d'exécution.

Par ailleurs, il faut avoir à l'esprit que si l'acheteur et le titulaire s'accordent sur la modification du contrat il sera nécessaire de matérialiser cet accord de volonté dans un avenant. En outre, le contrat doit prévoir les conséquences sur la poursuite du contrat d'un éventuel désaccord persistant entre les parties.
Ainsi, une telle option comporte le risque que, faute d'accord, la modification du contrat ne soit finalement adoptée.

La sous-traitance intégrale est interdite

En vertu de l'article L.2193-3 du code de la commande publique, *"le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché."*
Ainsi, a contrario, la sous-traitance totale est prohibée.

Une offre dans laquelle une entreprise sous-traiterait l'intégralité des prestations objets du marché serait irrégulière au sens de l'article L.2152-2 car elle méconnaitrait la législation applicable.
Elle serait susceptible d'être régularisée en application de l'article R.2152-2 du code précité qui dispose que *"dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.*
La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles."
Il ne s'agit que d'une faculté offerte à l'acheteur et non d'une obligation.

Il n'existe pas de définition de la sous-traitance totale, ni de pourcentage minimal de prestations à effectuer personnellement par le titulaire.
L'acheteur peut simplement veiller à ce que la sous-traitance ne soit pas intégrale.

Le cas échéant, un acheteur peut interdire aux entreprises candidates de présenter plusieurs offres pour un même marché

La faculté offerte à l'acheteur public d'interdire aux opérateurs économiques de présenter pour un même marché plusieurs offres à la fois comme candidat individuel et comme membre d'un groupement, ou en qualité de membre de plusieurs groupements (cf. articles R.2142-21 et R. 2151-7 du code de la commande publique) s'assimile à une restriction de la concurrence.

Comme toute mesure de cette sorte, l'acheteur doit veiller à ce que l'objet du marché ou ses conditions d'exécution justifient sa mise en œuvre et qu'il n'existe pas de moyen moins intrusif de pallier la difficulté, sous peine d'introduire un risque sur la légalité de la procédure suivie.

Systématiquement, il convient donc de vérifier que cette condition est bien remplie avant d'envisager une exclusion sur ce motif.

Une racine SIREN commune à plusieurs « établissements » caractérise une situation dans laquelle une même entreprise envoie plusieurs offres à l'acheteur.

Lors de l'examen des offres, il incombe à l'acheteur de vérifier que les offres faites par les différents opérateurs concernés (entreprises, établissements…) l'ont été de manière indépendante ou si elles ont été influencées l'une l'autre.

Dans une jurisprudence du 19 mai 2009 (CJCE 19 mai 2009, Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Aff. C-538/07), la Cour a considéré (pt. 32) que *« la question de savoir si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises concernées dans le cadre d'une même procédure d'adjudication publique exige un examen et une appréciation des faits qu'il appartient aux pouvoirs adjudicateurs d'effectuer. La constatation d'une telle influence, sous quelque forme que ce soit, suffit pour que lesdites entreprises soient exclues de la procédure en cause ». « En revanche, la seule constatation d'un rapport de contrôle entre les entreprises concernées, en raison de la propriété ou du nombre des droits de vote pouvant s'exercer lors des assemblées ordinaires, ne suffit pas pour que le pouvoir adjudicateur puisse exclure automatiquement ces entreprises de la procédure d'attribution du marché, sans vérifier si un tel rapport a eu une incidence concrète sur leur comportement respectif dans le cadre de cette procédure. »*

Les établissements d'une même entreprise n'ont pas de personnalité juridique propre distincte. Recevoir plusieurs offres d'établissements d'une même entreprise, situation reconnaissable par la racine SIREN commune à ces établissements, caractérise une situation dans laquelle une même entreprise envoie plusieurs offres à l'acheteur.

Pour ce qui concerne l'hypothèse des entreprises appartenant à un même groupe, les numéros SIREN différents ne permettant de démontrer

qu'il n'existe pas de pouvoir d'influence d'un des opérateurs concernés sur l'autre, il convient donc dans une telle hypothèse de solliciter tout élément de preuve permettant de déterminer que les offres en cause ont été formulées en toute indépendance.

Pour l'estimation d'un marché de chèques service ou de chèques loisirs, la valeur faciale n'a pas à être prise en considération

Pour ce type de prestations, un raisonnement par analogie peut être mené avec celui qui prévaut pour les titres restaurant.
Dans le cadre de l'examen d'un marché de ce type, la CCMOSS a considéré que :
- seul le prix intrinsèque de la prestation, comme pour n'importe quel autre marché de services, doit être pris en compte pour le calcul des seuils de procédure, la valeur faciale du titre restaurant n'étant pas considérée comme une composante du prix d'acquisition des titres restaurant ;
- dès lors que la valeur faciale n'est pas une composante du prix d'acquisition des titres restaurant, elle n'a pas à être prise en compte pour le calcul des seuils de procédure ;
- la rémunération du prestataire dans le cadre d'un marché est établie sur la base d'un prix unitaire, ferme et définitif qui correspond à la commission susceptible d'être payée en contrepartie du service.

La même logique peut être suivie pour la distribution de chèques service ou de chèques loisirs. Cela permet de ne pas prendre en compte la valeur faciale des chèques et de recourir, le cas échéant, à une procédure adaptée.

Vous souhaitez :

- Des compléments d'informations
- Obtenir des conseils sur la réglementation

Le secrétariat de la CCMOSS est à votre disposition :
Téléphone : 01.45.38.82.63
ccmoss@ucanss.fr

Pour toute demande de conseils en droit de la commande publique
ccmossconseils@ucanss.fr

Nous contacter :
Editions Ucanss
6 rue Elsa Triolet
93100 MONTREUIL
ccmoss@ucanss.fr

Conception-rédaction :
Secrétariat de la CCMOSS - Ucanss
Crédits photo : Istock

Directeur de la publication :
Raynald Le May

UCANSS
UNION DES CAISSES NATIONALES
DE SÉCURITÉ SOCIALE