

The logo for CCMOSS, featuring the letters 'CCMOSS' in a stylized font. The 'C's are blue and green, 'M' is blue, 'O's are green, and 'S's are blue.

Commission Consultative des
Marchés des Organismes de
Sécurité sociale

RAPPORT D'ACTIVITÉ CCMOSS

Commission consultative des Marchés
des Organismes de Sécurité sociale

2018

Février 2019



ÉDITORIAL

L'année 2018 aura été marquée, dans le domaine des marchés publics, par la parution de l'arrêté interministériel relatif aux marchés publics des organismes de Sécurité sociale pris en application des dispositions de l'article L 124-4 du Code de la Sécurité sociale.

Cet arrêté, du 19 juillet 2018, signé par les trois ministres en charge de la Sécurité sociale, après avis des caisses nationales de la Sécurité sociale, est un signe fort de la légitimité réaffirmée de la Commission Consultative des marchés des organismes de Sécurité sociale (CCMOSS).

Le présent rapport d'activité, qui retrace non seulement les travaux de la Commission mais aussi l'activité de conseil du secrétariat, s'inscrit parfaitement dans cette ambition, d'assurer au sein du service public de la Sécurité sociale, une fonction d'expertise et de conseil pour une commande publique juste, efficace et pertinente.

Michel DURAFFOURG
Inspecteur général honoraire IGAS
Président de la CCMOSS



LA CCMOSS

En bref

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

Son champ de compétences couvre l'ensemble des caisses de Sécurité sociale. Il comporte aussi des organismes nationaux tels l'UCANSS, la Caisse Centrale de 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 2018, **36 dossiers** ont été soumis à la saisine de la Commission. 23 dossiers ont fait l'objet d'une lettre d'observations (dont 1 concernant un refus d'examen) et 13 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 des marchés publics pour l'élaboration, la passation et l'exécution des marchés et accords-cadres.

C'est ainsi que **497 conseils** par écrit ont été dispensés en 2018 auprès de **126** organismes de Sécurité sociale.

SOMMAIRE

- 1** LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS
DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE
7
- 2** LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION
15
- 3** DONNÉES STATISTIQUES
19
- 4** LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS
DE LA COMMISSION
29
- 5** L'OFFRE DE SERVICE CONSEILS EN DROIT
DES MARCHÉS DU SECRÉTARIAT DE LA CCMOSS
53

1

LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE

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

- 8 Un rôle de conseil et d'accompagnement des organismes de Sécurité sociale toutes branches et régimes confondus
- 8 Une compétence pour tous les organismes privés Sécurité de sociale
- 8 Une saisine obligatoire pour les marchés publics de travaux, fournitures et services d'un montant égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT
- 9 Un fonctionnement et une organisation encadrés
- 10 Des méthodes de travail bien établies
- 12 Une communication dédiée

LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE

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

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 :

- des organismes privés de Sécurité sociale assurant un régime obligatoire de Sécurité sociale (hormis les caisses nationales du Régime générale 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 de travaux, fournitures et services 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 maîtrise 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.

Un guide des dossiers CCMOSS est disponible sur le site Extranet de l'UCANSS – missions inter-régime/CCMOSS : <http://extranet.ucanss.fr/portal/portal/default/PCcmossNC>

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 :

- à **voix délibérative** : 5 membres représentant les conseils des Caisses nationales du Régime général, du Régime agricole (participation jusqu'en septembre 2018 d'un représentant de la CNDSSSTI) et 4 membres experts représentant le Régime général.
- à **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 2018

Président

Michel DURAFFOURG – IGAS

Membres à voix délibérative

Administrateurs et administratifs

ACOSS

Bernard MASSAS (titulaire)
Bernard MERTEN (suppléant)

remplacés par

M. MICOR (titulaire)

M. MARGHERITA (suppléant)

CNAF

Christophe BLANCO (titulaire)

Agnès HAUTIN (suppléante),

CNAV

Isabelle SANCERNI (titulaire)

Sylvie DURAND (suppléante)

remplacées par

M. DERNONCOURT (titulaire)

Mme SAOUTI (suppléante)

CNAMTS

Aurélia LEGEAY (titulaire)

Corinne MIMINI (suppléante),

CCMSA

Claude BERTOLOTTI (titulaire)

Isabelle PAUX (suppléante)

CNDSSSTI

Dominique TIRGOUINE (titulaire)

Alain JUCHAT (suppléant) jusqu'en sept. 2018

Experts

ACOSS

Maxime ROSSI (titulaire)

Estelle DEJARNAC (suppléante)

CNAF

Hervé BASTARD (titulaire)

Isabelle ROUSSEAU (suppléante)

CNAV

Jean-Luc DE MUNCK (titulaire)

Chantal GRANDIDIER (suppléante)

CNAM

Jean-Jacques DRAY (titulaire) jusqu'en mai 2018

Marie-Pascale VAN EECKHOUT (suppléante)

Membres à voix consultative

Direction de la Sécurité Sociale

Véronique HUCHER

Ministère de l'Agriculture

Chantal GOUBERT-JAMBERT (titulaire)

remplacée par Denis ROUQUETTE

Claudie MATHIEU (suppléante)

Ministères économique et financier

Agnès PLASSART (titulaire)

Nadine REFFET (suppléante)

Membres experts invités

CCMSA

Agnès CADIOU (titulaire)

Gontran FLINT D'AURIAC (suppléant jusqu'en sept. 2018)

CNDSSSTI

Frédéric ROTHERA jusqu'en sept. 2018

UCANSS

Benoît PETIT à compter de sept. 2018

CANSSM

Sylvie ROBERT à compter de déc. 2018

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'État, du secrétariat de la CCMOSS, des agents de direction des organismes de Sécurité sociale ou des agents publics de catégorie A.

En 2018, 6 rapporteurs ont été sollicités pour examiner les dossiers soumis à la saisine de la Commission.

Dominique GOUSSOT

Vérificateur - Cour des Comptes

Hervé HORIOT

Adjoint chef de division optimisation des stocks
et des commandes -
SIMAD - Ministère de la Défense

Jacques LEVANDO

Ancien directeur - CPAM d'Annecy

Laetitia PETILLON

Adjointe au responsable de la CECOMA - Direction
Générale CHU de Bordeaux

Jacques TARTROU

Responsable de la CECOMA - Direction Générale
CHU de Bordeaux

Pierre-Ange ZALCBERG

Responsable Département Marchés publics,
Patrimoine, Assurances, Administration -
Établissement Français du Sang

La saisine de la Commission

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

Le dossier doit comporter :

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

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

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

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

Des méthodes de travail bien établies

Le dépôt du dossier

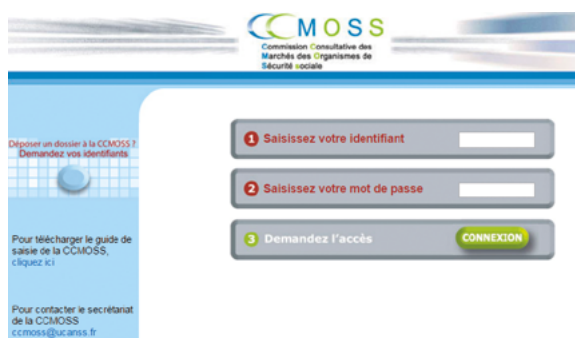
La plate-forme de dépôt dématérialisée des dossiers de saisine de la CCMOSS permet aux organismes de Sécurité sociale de disposer d'un accès lors de la période d'envoi du dossier définie pour chaque séance de la Commission.

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

Il est également accessible sur le réseau social U-Achats.

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'appliquatif est le suivant :
<http://extranet.ucanss.fr/applications/ccmoss/web/TraiterLogin>



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

Étape 1

Demander la création d'un compte pour déposer un dossier de saisine

Étape 2

Déposer les fichiers du dossier de saisine

Étape 3

Valider et télétransmettre le dossier de saisine avant la date limite de dépôt

Un guide est à la disposition des organismes depuis l'espace CCMOSS – Partie Informations pratiques/Espace/Dépôt de dossiers :

http://extranet.ucanss.fr/contenu/public/EspaceCcmoss/Pratique/DepotsDeDossier/Depots_dossiers.html

Le premier examen du secrétariat 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 (dialogue compétitif, conception-réalisation...) ou qui soulèvent des questions de principe. Les dossiers émanant d'organismes de Sécurité sociale qui ne bénéficient pas du soutien d'une caisse nationale sont également le plus souvent confiés à un rapporteur.

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

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

Le dossier est examiné en séance en présence du ou des représentant(s) de l'organisme.

Après lecture du rapport par le rapporteur, le Président donne la parole aux membres de la Commission avec le souci de favoriser une discussion, à la fois informelle et approfondie, permettant à chacun de prendre la mesure des besoins de l'organisme, mais aussi des contraintes juridiques auxquelles il doit satisfaire.

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

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

Les groupes de travail

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

En 2018, la Commission a poursuivi les réunions avec le groupe de travail, mis en place en 2017, et destiné à examiner les questions posées par le respect des dispositions de la commande publique, dans le cadre de démarches d'innovation menées par les organismes de Sécurité sociale.

Les travaux du groupe de travail ont donné lieu, avec l'aide du cabinet PEYRICAL et ASSOCIES, à la réalisation d'un guide qui se veut être une boîte à outil et une source de réflexion à destination des organismes de Sécurité sociale pour intégrer l'innovation dans leur politique d'achat.

Il est structuré autour de 3 parties :

- l'adaptation des outils classiques de la commande publique pour favoriser l'achat de solutions innovantes,
- les procédures de marchés publics favorisant un achat innovant,
- les spécificités en matière de propriété intellectuelle de l'achat de développement de logiciels.

Il comprend également une synthèse d'un benchmark effectué auprès de plusieurs acheteurs publics (EDF, Direction des Achats de l'État).

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.

Les grandes lignes du rapport d'activité 2018 ont fait l'objet d'une première présentation au séminaire de la Commission qui a eu lieu le 11 décembre 2018.

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

Le séminaire de la Commission

Le Président et le secrétariat de la CCMOSS organisent, avec l'appui de l'UCANSS, un séminaire à l'attention des membres de la Commission et des rapporteurs. Cette manifestation est ouverte 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.

Le séminaire pour 2018 s'est tenu le 11 décembre. L'après-midi du séminaire a été consacrée à l'intégration de l'innovation dans la politique d'achat des organismes de Sécurité sociale. En introduction, MM. MOHR et BERNA de la Médiation des entreprises sont venus présenter la démarche mise en œuvre par leur entité afin de favoriser l'innovation dans le secteur de l'achat public.

La table ronde a ensuite réuni des représentants de la CNAF, de la Direction des Achats de l'État, de la start-up UMANLIFE et du cabinet d'avocats PEYRICAL et ASSOCIES.

Le séminaire donne lieu à la rédaction d'actes permettant ainsi à l'ensemble des organismes de prendre connaissance des échanges intervenus.

L'espace réservé de la CCMOSS

La CCMOSS dispose d'un espace réservé aux organismes tous régimes confondus, accessible à partir du site extranet de l'Ucanss, via la rubrique Missions Inter-régime :

<http://extranet.ucanss.fr/portail/portal/default/PMissionsInterRégimesNC>

Les organismes peuvent y retrouver toutes les informations relatives à la saisine de la Commission, le guide d'envoi des dossiers à la Commission, le guide utilisateur pour le dépôt des dossiers, les rapports d'activité et les actes du séminaire, les bulletins d'informations, les veilles juridiques, les fiches procédures, le Mémento des marchés des organismes de Sécurité sociale, les textes réglementaires récents (ordonnance et décret relatifs aux marchés publics, arrêté portant réglementation des marchés des OSS) enfin.

2

LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION

Présentation du secrétariat de la commission

- 16 Un secrétariat assuré par l'UCANSS
- 16 Un rôle d'assistance technique pour la Commission
- 16 Une offre de service diversifiée en droit de la commande publique
- 17 Les travaux et actions réalisés en 2018

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

Assistante administrative et technique

Clara BREHM

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

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

L'élaboration et la diffusion d'informations juridiques

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

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

Les travaux et actions réalisés en 2018

L'information sur les nouvelles dispositions de l'arrêté du 19 juillet 2018 pour les marchés des organismes de Sécurité sociale

Le nouvel arrêté du 19 juillet 2018 portant réglementation des marchés des organismes de Sécurité sociale a été publié au JO du 25 juillet 2018.

Une notice sur les principales dispositions de cet arrêté a été rédigée. De la même façon, les fiches de procédure ont été mises à jour ainsi que tous les documents faisant référence à l'arrêté.

La mise à jour de modèles de pièces administratives marchés

En 2018, le secrétariat a terminé le travail de mise à jour des modèles de pièces administratives destinées aux opérations immobilières menées par les organismes de Sécurité sociale en actualisant les pièces travaux. Sont désormais actualisées les pièces relatives aux missions de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique, de coordination Sécurité et Protection de la Santé et de travaux.

Il a également effectué la mise à jour des modèles de pièces administratives pour la restauration collective, ainsi que celles proposées dans le guide du nettoyage.

Tous ces modèles de pièces sont accessibles sur le réseau social U-Achats – Groupe veille et expertise juridique -Banque documentaire.

Les réunions du club juriste

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 systématiquement à la publication d'un document sur le réseau social U-ACHATS / Groupe veille et expertise juridique / Banque documentaire / Publications

Le Club juriste n°3 s'est réuni en mars 2018 sur le thème « *des dérogations au cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux* ». Un document récapitulant les dérogations facultatives ou obligatoires au CCAG-travaux, un bilan de la jurisprudence relative à « *l'indemnisation du co-contractant suite à l'exécution des travaux supplémentaires* », des propositions de clauses d'examen ainsi que les DCE types de marchés de travaux ont été transmis aux participants afin d'étayer les débats.

Le Club juriste n°4 a eu lieu en octobre 2018 sur le thème de la « *dématérialisation* ». A cette occasion un point juridique avec un exemple de clausier pour le règlement de la consultation a été diffusé par le secrétariat de la CCMOSS. La CNAV a présenté les fonctionnalités actuelles et à venir du profil acheteur MEOSS, la Centrale d'Achat de l'UCANSS a exposé les marchés en cours et à venir et enfin l'Observatoire de l'Achat a développé la thématique des données essentielles.

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

Un *Mémento des Marchés des organismes de Sécurité sociale*, rédigé par M. Jacques LEVANDO, ancien Directeur de la CPAM d'Annecy et rapporteur à la CCMOSS, est mis à la disposition des organismes. Il apporte des réponses précises aux questions que se posent les organismes en articulant point par point le droit de la commande publique et les dispositions spécifiques aux organismes de Sécurité sociale telles qu'elles figurent dans l'arrêté du 19 juillet 2018 et les diverses dispositions du code de la Sécurité sociale.

En octobre 2018, une nouvelle version de ce document, à jour du nouvel arrêté portant réglementation des marchés des OSS, a été publiée.

Interventions auprès d'organismes de Sécurité sociale

Sur la 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 2018, à deux reprises à la demande d'une CPAM, dans le cadre d'une médiation sur les marchés publics et d'un audit sur les achats.

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

Depuis 2017, le secrétariat de la CCMOSS participe, en tant que représentant de l'UCANSS, à un groupe de travail dédié à l'élaboration du futur guide de l'achat public « Réussir son achat public responsable » et piloté par la Direction des Achats de l'État.

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

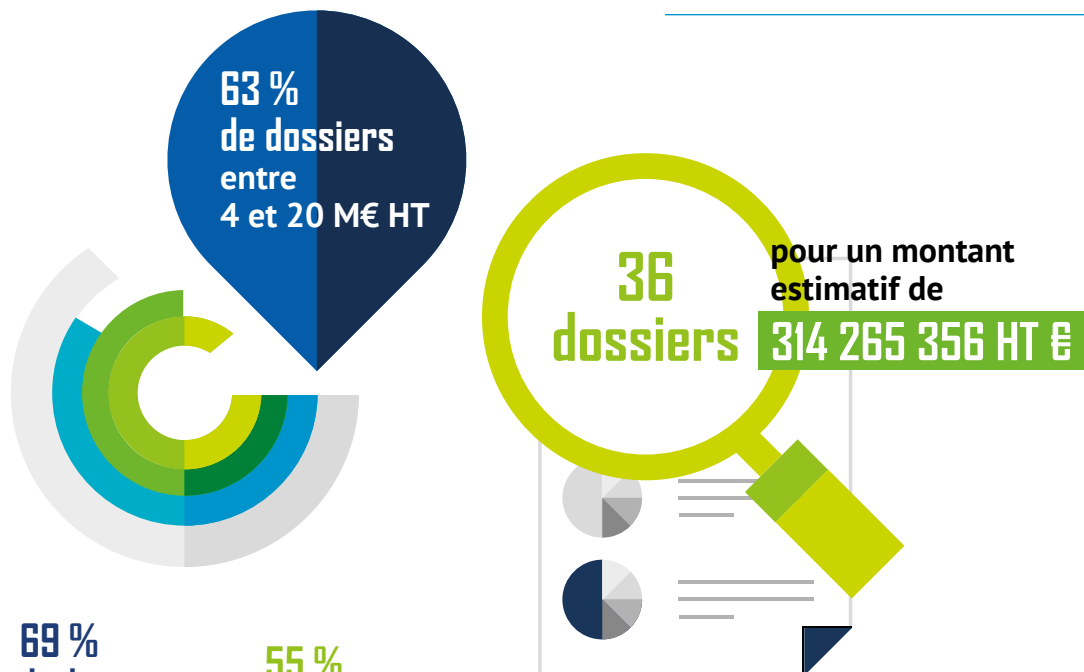
En 2018, plusieurs réunions se sont tenues. La publication de ce guide est prévue au cours de l'année 2019.

3

DONNÉES STATISTIQUES

Chiffres clés 2018

- 21 Une saisine de la Commission et un nombre variable de dossiers transmis d'une année sur l'autre
- 22 Le Régime général transmet l'essentiel des dossiers
- 23 Les dossiers concernant des prestations de service sont majoritaires
- 24 Le recours à la procédure d'appel d'offres est privilégié
- 25 L'accord-cadre, une technique de passation de plus en plus utilisée
- 26 Une répartition entre dossiers dispensés et dossiers examinés
- 27 Les dossiers examinés en séance de la Commission en 2018

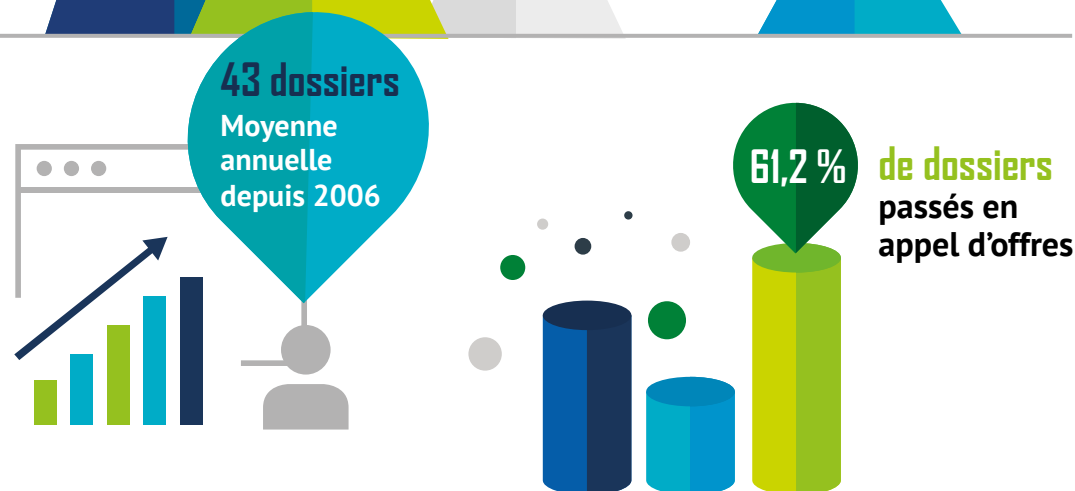


69 % de dossiers pour le Régime général

55 % de dossiers pour des prestations de service

44 % de dossiers sous forme d'accords-cadres

36 % de dossiers examinés en séance

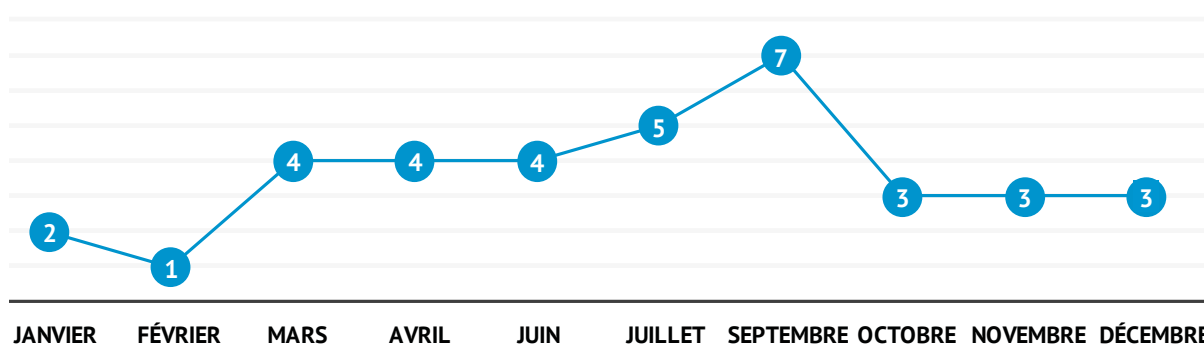


Une saisine de la Commission et un nombre variable de dossiers transmis d'une année sur l'autre

En 2018, **36** dossiers pour un total de **314 265 356 millions € HT** ont été transmis à la Commission.

Par rapport à l'année précédente, on enregistre une légère baisse du nombre de dossiers transmis (39 dossiers en 2017).

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



Les deux tiers des dossiers ont un montant estimatif supérieur au seuil de saisine obligatoire, le tiers restant concerne des projets de marchés annexes concourant à la réalisation d'une opération - le plus souvent de travaux - atteignant le seuil de 4 millions d'euros HT.

Par ailleurs, le montant prévisionnel des marchés publics est 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.

De la même façon, la répartition du nombre de dossiers par séance reste inégale. Ainsi en 2018, si 7 dossiers ont été déposés pour la séance du mois de juillet, il n'y a eu aucune transmission pour la séance du mois de mai.

Les dossiers effectivement transmis ne sont que très partiellement le reflet des prévisions communiquées au secrétariat (dossiers positionnés pour une séance et jamais transmis, dossiers positionnés pour une séance et transmis à une séance ultérieure, dossiers non annoncés transmis sans information préalable du secrétariat, etc.).

Les 5 dossiers, dont le montant se situe au-dessus de 20 millions d'euros, concernent 3 dossiers de la centrale d'achat UCANSS (électricité, intérim et carburant) et 2 dossiers d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement pour les missions de l'ASIP Santé.

Dossiers transmis par tranche	Nombre	%
Inférieur à 4 millions *	11	33 %
De 4 à 9,99 millions	14	42 %
De 10 à 19,99 millions	7	21 %
De 20 à 49,99 millions	5	15 %
Total	36	100 %

Le Régime général transmet l'essentiel des dossiers

D'une manière générale, et conformément à leur place au sein de la Sécurité sociale, chaque année, ce sont les organismes du Régime général (CPAM, CAF, CARSAT, UGECAM) qui présentent le plus de dossiers pour le montant estimatif le plus élevé. Ainsi en 2018, l'essentiel des dossiers transmis est porté pour 69 % par des projets de marchés publics provenant du Régime Général.

Néanmoins, les autres caisses qui soumettent des marchés nationaux portés par les organismes centraux ou certaines structures spécifiques (CCMSA/GIE Agora, CANSSM, GIE SESAM VITALE, ASIP SANTE, CIPAV) représentent des masses financières significatives même si, en nombre de dossiers, ils sont minoritaires : 6 % respectivement pour le régime agricole, le régime des Mines et le régime des professions libérales, 13 % pour le GIE SESAM Vitale et l'ASIP Santé .

Régimes et organismes	Nombre dossiers	%
Régime général	25	69 %
Régime agricole	2	6 %
Régime des mines	2	6 %
Régime des professions libérales	2	6 %
Autres (GIE SESAM Vitale, ASIP Santé)	5	13 %
Total	36	100 %

Globalement, au sein du Régime général, la répartition des dossiers transmis d'une branche à l'autre varie chaque année. À noter cependant, que la branche recouvrement ne présente généralement, peu ou pas du tout, de dossiers (ceci s'expliquant par la relative faiblesse de ses investissements immobiliers).

L'essentiel des dossiers transmis en 2018, par le Régime général, est présenté par la branche Maladie (15 dossiers soit 60 %) dont 9 dossiers pour les UGECAM. 5 dossiers sont des dossiers déposés par l'UCANSS (centrale d'achat).

Régime général	Nombre dossiers	Nombre %	Montant	Montant %
Maladie	15	60 %	73 979 316	39 %
Famille	3	12 %	8 869 669	5 %
Ucanss et UIOSS	6	24 %	97 602 687	51 %
CNDSSI	1	4 %	9 854 167	5 %
Total	25	100 %	190 305 839	100 %

*Caisse nationale du Régime Social des Indépendants absorbé par le Régime général suite à la réforme de 2017

Les dossiers concernant des prestations de service sont majoritaires

La réglementation relative aux marchés publics privilégie une définition matérielle des catégories de marchés (article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics), à savoir les marchés de travaux, les marchés de fournitures et les marchés de services.

Les prestations faisant majoritairement l'objet d'une saisine de la Commission sont, de façon constante, les prestations de services. Il s'agit, d'une part, de marchés de services courants comme du gardiennage ou de la maintenance d'équipements et d'autre part de marchés de prestations intellectuelles comme de l'assistance à maîtrise d'ouvrage, du contrôle technique et de la maîtrise d'oeuvre.

Ainsi en 2018, **64 %** des dossiers ont concernés des **prestations de services**, aussi bien en terme de nombre (23 dossiers) que de montant (161 644 433 € HT).

On constate également que la catégorie des « **autres** » a essentiellement soumis des dossiers de prestations de services : **6 dossiers** pour un montant de **73 500 000 € HT, soit 45,40 %** du montant total estimé des marchés de services. Cette situation s'explique par la spécificité des organismes qui ont déposé un dossier, en particulier l'ASIP SANTE qui est un acheteur important dans le domaine des grands services informatiques.

2018	Travaux		Fournitures		Services		TOTAL € HT
	Nombre dossiers	Montant	Nombre dossiers	Montant	Nombre dossiers	Montant	
Régime général	6	55 811 719 €	4	70 539 687 €	15	63 954 433 €	190 305 839 €
Régime agricole					2	7 690 000 €	7 690 000 €
Régime des mines	1	5 112 000 €	1	12 782 517 €			17 894 517 €
Régime des professions libérales					2	16 500 000 €	16 500 000 €
Autres (GIE, Asip Santé)			1	8 375 000 €	4	73 500 000 €	81 875 000 €
Ensemble	7	60 923 719 €	6	91 697 204 €	23	161 644 433 €	314 265 356 €

Le recours à la procédure d'appel d'offres est privilégié

Pour **22 dossiers** soit **61,2 %**, le choix a été fait de recourir à **l'appel d'offres**.

Pour le Régime général, les deux procédures majoritairement utilisées sont l'appel d'offres et la procédure adaptée. Cette répartition s'explique par la nature des prestations concernées qui ressortent principalement du domaine immobilier (essentiellement des dossiers de travaux et de services).

2018	Appel d'offres		Procédure concurrentielle avec négociation		Procédure adaptée (MAPA)		TOTAL € HT
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	
Régime général	15	163 609 423 €	2	11 012 066 €	8	15 684 350 €	190 305 839 €
Régime agricole	1	7 600 000 €			1	90 000 €	7 690 000 €
Régime des mines	2	17 894 517 €					17 894 517 €
Régime des professions libérales	1	6 500 000 €	1	10 000 000 €			16 500 000 €
Autres (GIE, Asip santé, CIPAV)	3	53 500 000 €	2	28 375 000 €			81 875 000 €
Ensemble	22	249 103 940 €	5	49 387 066 €	9	15 774 350 €	314 265 356 €

Sur les 36 dossiers soumis, la répartition des dossiers selon la nature des prestations et les procédures choisies s'établit comme suit :

- Pour les prestations de **travaux au nombre de 7 en 2018**, il a été recouru à l'appel d'offres ouvert pour 5 dossiers d'un montant estimatif de 45 636 900 € HT, à une procédure adaptée d'un montant de 5 386 819 € HT et à une procédure concurrentielle avec négociation pour 1 dossier de 9 900 000 € HT.
- Les dossiers portant sur des **fournitures** sont peu nombreux. En 2018, **6 dossiers** ont été transmis : 5 ont fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres ouvert pour un montant estimatif de 83 322 204 € HT et 1 d'une procédure concurrentielle avec négociation pour 8 375 000 € HT.
- Les prestations de **services** sont les plus nombreuses (**23 en 2018**) et se partagent entre l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres restreint, la procédure adaptée et la procédure concurrentielle avec négociation.

Ainsi, 10 dossiers en appel d'offres ouvert pour un montant de 118 123 796 € HT, 2 dossiers en appel d'offres restreint pour 2 021 040 € HT, 8 dossiers en procédure adaptée pour un montant de 10 387 531 € et 3 dossiers en procédure concurrentielle avec négociation pour un montant de 31 112 066 € HT.

Soit au total, pour l'année 2018 :

20 appels d'offres ouvert pour **247 082 900 € HT**
2 appels d'offres restreint pour **2 021 040 € HT**
9 procédures adaptées pour **15 774 350 € HT**
5 procédures concurrentielles avec négociation pour **49 387 066 € HT**

L'accord-cadre, une technique de passation de plus en plus utilisée

Les accords-cadres connaissent une évolution croissante qui traduit l'intérêt des organismes pour ce type de montage contractuel qui permet à l'acheteur de définir les modalités de passation de marchés subséquents ou de bons de commande avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

En 2018, **16 dossiers**, soit **44 %** de l'ensemble des dossiers transmis, constituent des accords-cadres qui se décomposent entre des accords-cadres à bons de commande (7 dossiers), des accords-cadres à marchés subséquents (6 dossiers) et des accords-cadres mixtes à bons de commande et à marchés subséquents (3 dossiers).

Les accords-cadres à bons de commande mono-attributaire sans minimum ni maximum sont majoritaires (5 dossiers sur 7). Il en est de même pour les accords-cadres à marchés subséquents (5 dossiers sur 6).

À noter que le montant total estimé des accords-cadres transmis représente **229 934 371 € HT** soit **73 %** du montant total estimé des dossiers (314 265 356 € HT).

	Fournitures		Services	
	Nombre dossiers	Montant	Nombre dossiers	Montant
Mono-attributaire à BC sans mini ni maxi	2	21 157 517 €	3	20 254 167 €
Mono-attributaire à BC avec mini et sans maxi			1	16 500 000 €
Mono-attributaire à MS à BC sans mini ni maxi	1	10 150 410 €		
Multi-attributaire à BC sans mini ni maxi			1	10 000 000 €
Multi-attributaire à MS à BC sans mini ni maxi	2	50 931 277 €	3	43 941 000 €
Mixte multi-attributaire à BC et à MS à BC sans mini ni maxi			1	7 000 000 €
Mixte multi-attributaire à BC et à MS à BC avec mini mais sans maxi			2	50 000 000 €
Total	5	82 239 204 €	11	147 695 167 €

Une répartition entre dossiers dispensés et dossiers examinés

En 2018, sur les 36 dossiers soumis à la saisine de la Commission :

- **23 dossiers – soit 64 % 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 **161 808 500 € HT** soit **51,5 % du montant total des dossiers**.

- **13 dossiers – soit 36 % des dossiers** – ont été présentés en séance et ont fait l'objet d'un examen par un rapporteur. Ils représentent **152 456 856 € HT** soit **48,5 % du montant total des dossiers**.

Par ailleurs, presque la moitié des dossiers dispensés (soit 12 dossiers), ont été passés en appel d'offres quelle que soit la nature des prestations.

La majorité des dossiers, passés sous forme de procédure adaptée, ont fait l'objet d'une dispense donnant lieu à l'envoi d'une lettre comportant le plus souvent des observations sur le contenu des pièces du dossier de consultation (6 dossiers soit 26 %). En effet, les prestations visées ont concerné des missions de contrôle technique ou de CSPS, une assistance à maîtrise d'ouvrage pour des travaux de réhabilitation et une assurance dommage ouvrage pour lesquelles un examen en séance n'est pas apparu nécessaire.

2018	Examinés	Dispensés	Total
Nombre dossiers	13	23	36
Montant	152 456 856 €	161 808 500 €	314 265 356 €

À noter que parmi les dossiers dispensés, un dossier transmis n'a pas été examiné et a été renvoyé à une séance ultérieure de la Commission. En effet, au vu des pièces transmises, il a été jugé préférable de demander à l'organisme de revoir tout le dossier.

De façon générale, le rapport entre les dossiers dispensés et examinés est en faveur des dossiers dispensés.

Cependant, les dossiers avec un fort enjeu financier ou stratégique sont presque systématiquement présentés devant la Commission.

En 2018, plus de la moitié des dossiers transmis par le Régime général (soit 16 dossiers sur 25) ont été dispensés d'un examen en séance de la Commission.

Enfin, sur les 13 dossiers examinés, 10 dossiers, soit 77 %, sont passés en appel d'offres et concernent principalement des prestations de services.

Les dossiers examinés en séance de la Commission en 2018

Organisme	Objet	Montant prévisionnel HT
UCANSS	Fourniture, acheminement d'électricité et services associés pour les OSS	25 000 000
Caf de la Haute-Vienne	Maintenance chaufferie	4 148 629
CNDSSI	Accès internet utilisateurs	9 854 167
Caf des Bouches du Rhône	Gardiennage	3 900 000
UGE CAM Aquitaine	Reconstruction du CSSR Châteauneuf	5 386 819
ASIP Santé	Qualification technique, fonctionnelle et métier et de gestion de l'usine de développement des SI	16 500 000
CIPAV	Prestation de dépositaire, de conservateur et de valorisateur en services financiers	6 500 000
ASIP Santé	Appui technique et organisationnel au déploiement de services de e-santé	30 000 000
UGE CAM Alsace	Réaménagement de l'IURC ILLKIRCH	5 243 400
CCMSA	Services d'assurance pour la CCMSA, les caisses MSA, le GIE AGORA, les 2 Centres d'exploitation (CITI), les SIGMAP (régions Centre, Nord Est et CCMSA) et SIER@, (régions sud et ouest), la FNEMSA et l'ASFOSAR	7 600 000
UGE CAM Alsace	Fourniture des repas sur les sites de l'IURC ILLKIRCH, STRASBOURG et du CM de SCHIRMECK	6 051 564
UCANSS	Vérifications périodiques des installations techniques des bâtiments des OSS	6 341 000
UCANSS	Fourniture de carburant par cartes accréditatives et prestations associées pour le parc automobile des OSS	25 931 277
Total		152 456 856 €

4

LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION

- 30 Une rédaction parfois trop succincte de la note de présentation
- 31 Une bonne connaissance de l'état du marché
- 32 Une bonne définition des besoins qui comprend parfois quelques manquements
- 32 Une distinction entre variantes, prestations supplémentaires éventuelles et options parfois difficile
- 33 Une prise en compte acquise pour les préoccupations environnementales mais toujours limitée pour les aspects de responsabilité sociétale
- 35 Des achats mutualisés de plus en plus développés pour les organismes de Sécurité sociale mais qui restent perfectibles
- 35 Un allotissement qui n'est pas toujours bien explicité
- 36 Une justification du recours à un marché global souvent insuffisante
- 37 Le recours aux petits lots toujours trop peu utilisé
- 37 Les modalités de mise en oeuvre des accords-cadres sont à améliorer sur certains aspects
- 38 Le marché de maîtrise d'œuvre, un marché spécifique le plus souvent bien appréhendé
- 39 Des marchés à procédure adaptée bien maîtrisés
- 40 La procédure concurrentielle avec négociation, une procédure nouvelle encore peu utilisée
- 41 Un calendrier prévisionnel de la procédure souvent succinct

- 41 Des avis de marché parfois incomplets et ne comprenant pas certaines mentions importantes
- 42 La mise à disposition du dossier de consultation dès l'envoi de l'avis de marché
- 43 La sélection des candidatures, une étape importante à ne pas négliger
- 44 Le choix des critères de sélection des offres et leur pondération doivent être pertinents au regard de l'objet du marché
- 44 Une attention particulière est à apporter à la valorisation du critère prix ou du coût de la prestation
- 45 L'importance donnée à la valeur technique doit tenir compte de la nature et de la complexité des prestations à réaliser
- 46 L'introduction de critères relatifs à des éléments de développement durable implique une bonne connaissance de l'état du marché
- 47 La méthode de notation des critères est rarement mentionnée dans la note de présentation transmise à la Commission
- 47 Des règlements de la consultation à améliorer sur certains points
- 48 Le CCAP comme document de référence
- 49 Des conditions financières à ne pas négliger
- 50 Les clauses de réexamen doivent être rédigées de manière suffisamment claire et précise
- 51 L'importance d'une rédaction appropriée des clauses de pénalités
- 52 Les prestations attendues relèvent du CCTP

LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION

Une rédaction parfois trop succincte de la note de présentation

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 mérite d'être particulièrement soignée.

Elle 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(les) 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(les) 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**

Marché, accord-cadre, groupement de commande (indiquer les organismes associés), procédure retenue.

▪ **L'allotissement retenu**

Le découpage des lots au regard de l'objet du marché et leur 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

Il doit permettre de s'assurer du bon respect des délais réglementaires.

Les observations de la Commission

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

La Commission rappelle que la note de présentation est le premier document qui est consulté et qui doit réunir tous les éléments de compréhension concernant le projet de marché 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.

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

Une bonne connaissance de l'état du marché

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* est désormais légitimée par les articles 4 (études et échanges préalables avec les opérateurs économiques) et 5 (participation d'un opérateur économique à la préparation de la procédure) du **décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics**.

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

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

Ainsi, en vertu du principe de l'égalité de traitement des candidats, l'acheteur doit assurer la diffusion, à l'ensemble des candidats à la procédure, des informations qui ont été communiquées par l'acheteur à un opérateur lors de l'opération de *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 des GEM et les différents documents qui sont réalisés par l'Observatoire de l'Achat des organismes de Sécurité sociale (Guides et études de l'Observatoire de l'achat, veille sur l'actualité achats HA ACTU).

Les observations de la Commission

La Commission constate que cette démarche est désormais de plus en plus pratiquée même si elle n'est pas toujours mentionnée dans le rapport de présentation transmis à la Commission. Le plus souvent, elle note qu'il a été procédé à une véritable analyse du marché et qu'un benchmark des fournisseurs commercialisant le segment d'achat considéré a été réalisé.

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

Une bonne définition des besoins qui comprend parfois quelques manquements

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

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

L'article 6 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics établit les modalités de définition des conditions techniques d'exécution des marchés publics.

Un avis publié au Journal officiel du 27 mars 2016 relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics complète le

cadre réglementaire en donnant des définitions des notions de spécifications techniques et de normes conformes à la réglementation européenne.

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

Les observations de la Commission

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

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

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

Pour un accord-cadre relatif à des prestations d'exploitation de chauffage avec ou sans gros entretien, d'une durée initiale de 8 ans, il a été demandé de prendre en compte l'article L 241-3 du Code de l'énergie qui prévoit que les marchés d'exploitation de chauffage peuvent être conclus pour une durée maximum de 5 ans, correspondant à 5 saisons de chauffe.

Une distinction entre variantes, prestations supplémentaires éventuelles et options parfois difficile

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

Le terme de variante est ainsi utilisé par l'article 58 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics, 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 » recouvraient.

Cependant, la Direction des Affaires juridiques de Bercy adopte une interprétation précise de la notion de variante, qui vient modifier cette approche.

Elle considère que la variante peut certes désormais émaner de l'acheteur ou du candidat, mais celle-ci est surtout une solution alternative à l'offre de base. Elle s'appuie, en cela, sur une jurisprudence du Conseil d'État (CE, 5 janv. 2011, no 343206 et 343214, *Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*), définissant la variante comme « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation ».

Aussi, une variante imposée par le pouvoir adjudicateur ne peut correspondre qu'à une solution alternative à l'offre de base et ne peut recouvrir la notion de prestations complémentaires à l'offre.

C'est pourquoi, la DAJ considère que même si les PSE ne sont pas évoquées par le décret relatif aux marchés publics, 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.

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

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

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

- la définition des PSE appartient au seul acheteur qui doit faire figurer dans les documents de la consultation les spécifications techniques précises qui les régissent ;

- lorsque la PSE est retenue, elle ne se substitue pas à la solution de base décrite dans les documents de la consultation mais vient s'ajouter à ce qu'il sera possible d'exécuter dans le cadre du marché public ;
- le choix de retenir une PSE ne découle pas de l'application des critères d'attribution.

Enfin, la notion d'option au sens du droit communautaire est désormais définie par l'article 139 du décret relatif aux marchés publics. Comme le précise la DAJ dans sa même fiche technique, celle-ci constitue « *des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence, aux prestations commandées de manière ferme dans le cadre du marché public et qui doivent être prévues dans le contrat initial* ».

Les observations de la Commission

La Commission ainsi été saisie par un organisme qui prévoyait d'introduire dans son projet de marché des variantes générales visant à une optimisation sur plusieurs thèmes pour tous les lots et des variantes techniques plus spécifiques à certains lots. Pour l'organisme, l'utilisation des termes variantes, prestations supplémentaires éventuelles ou options n'apparaissait pas évidente. Au regard de la présence dans le RC d'orientations vers certaines solutions, il a été estimé qu'il convenait d'analyser ces demandes plus comme des variantes que comme des prestations supplémentaires éventuelles ceci en l'absence de précisions techniques. Les demandes étaient certes circonscrites mais restaient largement à l'initiative du soumissionnaire.

Une prise en compte acquise pour les préoccupations environnementales mais toujours limitée pour les aspects de responsabilité sociétale

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

Il peut ainsi, selon le décret 360-2016 relatif aux marchés publics :

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

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.

Ainsi, **en 2018, la Commission a constaté que sur les 36 projets de marchés publics qui lui ont été soumis, plus d'un quart** des dossiers ne

comprenaient aucun objectif de développement durable que ce soit au stade des critères ou des conditions d'exécution, ni même d'indication sur l'état de la réflexion dans ce domaine.

Lorsqu'elles sont présentes, les préoccupations environnementales sont relativement bien prises en compte dans les spécifications techniques.

La Commission a ainsi salué l'effort d'un organisme qui a présenté un projet d'accord-cadre relatif à des prestations d'assurance dont le CCTP comprenait des clauses environnementales visant à permettre les échanges électroniques, privilégier une conception graphique permettant d'économiser des ressources, adopter une démarche logistique permettant de réduire les émissions de CO2.

En revanche, l'intégration de critères relatifs au développement durable et à la responsabilité sociale reste mal appréhendée : elle est souvent artificielle car reposant sur du déclaratif qui ne permet pas réellement de différencier les offres.

Par exemple, un critère de jugement libellé « *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.

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

Lors de l'examen d'un projet d'accord-cadre pour la fourniture et la personnalisation de cartes, une observation a été faite à l'organisme sur l'absence de réflexion sur l'introduction de clauses sociales d'insertion par l'activité économique compte tenu de son antériorité dans le domaine du marché.

Enfin, 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).

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

Des achats mutualisés de plus en plus développés pour les organismes de Sécurité sociale mais qui restent perfectibles

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

Les dispositions de l'article L 224-5 du code de la Sécurité sociale 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 2018, 3 projets de marchés publics ont été soumis à la Commission dans le cadre d'un **groupement de commandes**.

La **centrale d'achat de l'Ucanss** a, pour sa part, présenté **5 projets d'accords-cadres** à destination des organismes de Sécurité sociale : fourniture et acheminement d'électricité, mise à disposition de personnel à titre temporaire, imprimés pré-identifiés, fourniture de carburant par cartes accréditatives et prestations associées pour le parc automobile, vérifications périodiques des bâtiments. Ces dossiers ont néanmoins fait l'objet de plusieurs remarques ou observations.

Tout d'abord le périmètre de la centrale d'achat UCANSS semble mal posé par la combinaison des deux articles du Code de la Sécurité sociale :

- L'UCANSS agissant en tant que centrale d'achat pour le compte d'organismes expressément visés (article L 224-5).
- L'UCANSS agissant pour le compte des organismes locaux (autres que ceux du Régime général visés

au L 224-5 et des ARS en dehors de son statut de centrale d'achat, et sur le fondement juridique du L 224-12).

Par ailleurs, les éléments justifiant d'un nouvel accord-cadre en cours d'exécution et les transitions prévues, le manque d'explications sur la nouvelle stratégie d'allotissement par rapport à l'accord-cadre précédent, le nombre d'organismes adhérant obligatoirement à l'accord-cadre, la volumétrie des prestations demandées ont constitués des points de questionnement.

Des observations 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.

Un allotissement qui n'est pas toujours bien explicité

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

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

Les observations de la Commission

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

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, au vu du retour d'expérience et du bilan effectué sur le marché précédent. Elle attire toutefois l'attention des organismes sur la nécessité de bien veiller à expliciter les éléments nouveaux qui sont introduits.

La Commission a également formulé des remarques sur la pertinence du lancement, en même temps, d'une consultation relative à un accord-cadre pour des imprimés-pré-identifiés décomposé en deux lots (impression et transport). Elle a attiré l'attention sur le fait que le titulaire du lot n°2 (le transporteur) dépendait du titulaire du lot n°1 (l'imprimeur). En effet, lors du lancement de la consultation, le transporteur devra formaliser un prix de livraison sans savoir où se situe géographiquement l'imprimeur retenu, alors que dans le cadre de la prestation, il devra aller chercher les colis d'imprimés dans l'entrepôt de ce dernier.

Une justification du recours à un marché global souvent insuffisante

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

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

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

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

Les observations de la Commission

L'existence et de 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.

Elle invite donc les organismes à réaliser une évaluation comparative des prestations alloties par rapport à un marché global, avant le lancement de la procédure.

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.

La Commission s'est ainsi interrogée sur l'absence d'allotissement dans un marché de services financiers comprenant à la fois des services de conservation d'actifs et des prestations destinées à la valorisation des actifs détenus par une caisse de retraite. L'organisme a été invité en séance à présenter les éléments sur lesquels reposait le recours à un marché global.

D'une façon générale, la Commission admet les arguments suivants, justifiant le recours à un marché global dans les exemples 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...) rendant impossible le partage des activités entre plusieurs prestataires dans un marché de restauration collective,
- la réunion des prestations de services et de fourniture au sein d'un marché global pour une maintenance multi technique,
- le manque d'attractivité des fournisseurs dans le cadre d'un marché portant sur des cartes à puces sécurisées,
- les aléas techniques non maîtrisables pour un marché portant à la fois, sur la reprise, la maintenance, l'hébergement national et l'exploitation d'un service de messagerie sécurisée et des services associés,
- la difficulté de mise en œuvre de lots par nature de prestations et le manque d'optimisation de l'achat pour un marché qui recense plus de 27 métiers,
- le lien étroit existant entre le respect des objectifs de la tierce recette applicative et la disponibilité des plates-formes qui seraient mises à la disposition du titulaire,

- l'interdépendance fonctionnelle et technique du patrimoine applicatif rendant difficile la coordination des travaux si ceux-ci étaient répartis sur plusieurs lots établis par technologies, pour un marché de tierce maintenance applicative,
- la nature du marché (gestion de fonds) lorsque l'objectif vise à favoriser la création de valeur.

Le recours aux petits lots toujours trop peu utilisé

Même si la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils des marchés formalisés, l'article 22 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics permet de recourir à une procédure adaptée :

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

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

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

Les observations de la Commission

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

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

Les modalités de mise en œuvre des accords-cadres sont à améliorer sur certains aspects

L'accord-cadre permet à l'acheteur d'ajuster la réponse à ses besoins, au moment où il peut précisément les identifier et prendre la décision d'acheter.

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

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

Les observations de la Commission

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

Ainsi, en 2018, 16 projets d'accords-cadres ont été soumis à la saisine de la Commission.

Conformément aux dispositions de l'article 78 du décret n°2016-360 relatif aux marchés publics, 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.

Ainsi, à l'occasion de l'examen d'un marché public pour la fourniture de carburant et services associés, la Commission s'est interrogée sur la qualification d'accord-cadre multi-attributaire à marchés subséquents. En effet, l'accord-cadre sera notifié à deux titulaires. En revanche, les bons de commande résultant des marchés subséquents ne seront émis qu'après d'un seul titulaire choisi en fonction de la localisation de ses stations-services. Dans les faits, l'accord-cadre serait donc mono-titulaire en exécution alors qu'en attribution deux opérateurs seront titulaires ce qui, potentiellement, fait courir un risque de contentieux.

En conséquence, pour pallier à cette difficulté, il a été demandé à l'organisme de privilégier un dispositif en cascade pour l'attribution des bons de commande.

La Commission rappelle également que l'absence d'engagement contractuel ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire lors de la conclusion de l'accord-cadre.

Dans la mesure du possible, il convient d'indiquer, au minimum, le volume estimatif des prestations à exécuter.

Elle a ainsi appelé à plusieurs reprises, l'attention de la centrale d'achat UCANSS sur le choix systématique de ne pas fixer de montant minimum ni maximum. Une réflexion devrait être engagée sur cette position, notamment lors du renouvellement des marchés mutualisés pour lesquels un retour sur les prestations réellement exécutées est connu.

Par ailleurs, la Commission s'assure des éléments justifiant le nombre de titulaires retenus.

Pour un accord-cadre multi-attributaire à marchés subséquent à bons de commande relatif à de la fourniture d'électricité, la question du nombre de titulaires par lot (6) a été soulevée. S'il a été relevé qu'une ouverture à davantage de titulaires est de nature à optimiser la concurrence au stade des marchés subséquents, il convient néanmoins de mesurer également le risque que représente la multiplication des fournisseurs sur un même patrimoine, et autant d'outils, de formats de factures et d'interlocuteurs différents. La gestion des contrats peut en être plus lourde.

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, lors de l'examen d'un accord-cadre à bons de commande dont la durée était de 6 ans, il a été recommandé à l'organisme de prévoir une durée de marché compatible avec les dispositions de la réglementation des marchés publics. Dans le cas d'espèce, une durée de 4 ans, reconductible 1 fois un an, justifiée par des raisons liées au délai de mise en place d'une plate-forme nécessitant un temps de reporting et de paramétrage a été acceptée.

En revanche, pour un accord-cadre concernant la fourniture de services de communication longue distance, une durée de 5 ans a été admise sans observations puisque justifiée par les arguments suivants : besoin de maintenir le système d'information et les infrastructures pour une durée suffisante afin de permettre de sécuriser le service de protection sociale des indépendants, ne pas laisser une rente de situation aux titulaires sortants, viser une offre performante et compétitive qui prend en compte une relative durée d'amortissements des investissements que l'opérateur / titulaire saura (ou devra) consentir, caler la durée du contrat sur la durée de vie du GIE en cours de création.

De la même façon, il a été admis une durée de 5 ans (3 ans reconductible 2 fois un an) pour un accord-cadre mono-attributaire mixte à bons de commande et marchés subséquents, justifiée par un certain nombre d'arguments portant notamment sur les amortissements du titulaire.

Par ailleurs, pour un accord-cadre relatif à des prestations d'assistance dans le domaine de lésanté, l'attention du pouvoir adjudicateur a été portée sur la fragilité du mode de dévolution des bons de commande à partir d'une fourchette d'attribution exprimée sous forme de pourcentage. En effet, la DAJ de Bercy indique qu'il faut fixer de manière précise les modes de dévolution des bons de commande. Néanmoins, au regard des arguments développés par l'organisme, ce mode de dévolution a été jugé recevable dans le cas d'espèce.

Le marché de maîtrise d'œuvre, un marché spécifique le plus souvent bien appréhendé

Conformément aux dispositions de l'article 90 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics, les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur au seuil des procédures formalisées sont conclus après un concours.

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

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

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

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

- sélection par le maître d'ouvrage des candidats après un avis motivé du jury,
- classement des projets anonymes par le jury. Celui-ci se prononce sur la prime à accorder aux candidats,
- désignation du lauréat par le maître d'ouvrage,
- négociation du marché avec le lauréat.

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

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

En revanche, en cas de réutilisation ou de réhabilitation d'ouvrages existants, les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent être conclus selon les procédures formalisées de l'article 25 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics à savoir la procédure d'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif.

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

Un « **Guide pratique de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre à destination des organismes de Sécurité sociale** » est disponible sur le réseau U Achats – veille et expertise juridique/banque documentaire.

Les observations de la Commission

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

En 2018, 3 projets de marchés de maîtrise d'œuvre ont été soumis à la Commission : 1 en procédure concurrentielle avec négociation et 2 en appel d'offres restreint.

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.

La Commission a également attiré l'attention d'un organisme sur une opération de réhabilitation d'un bâtiment qui comprenait une partie extension et pour laquelle il devra être en capacité de justifier qu'il se trouve bien dans les dispositions dérogatoires de l'article 90 II 1°a) du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics.

Des marchés à procédure adaptée bien maîtrisés

Conformément aux dispositions de l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics et de l'article 27 du décret n° 3016-360 relatif aux marchés publics, les marchés en dessous des seuils européens peuvent être passés librement par l'acheteur dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

La DAJ de Bercy indique que : « *La procédure de passation de ces marchés doit être adaptée à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs*

économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat ; c'est ce que signifie leur appellation de marchés à procédure adaptée (MAPA) ».

Les observations de la Commission

En 2018, 9 dossiers ont été présentés sous la forme d'une **procédure adaptée**. Ils ont concernés des marchés de services tels que des missions de contrôle technique, de coordination SPS, d'OPC mais également des marchés de services spécifiques (restauration, gardiennage) ainsi que des travaux.

Ils ont principalement fait l'objet de lettres d'observations portant essentiellement sur des oublis ou des erreurs minimes dans la rédaction des pièces du dossier.

La Commission invite, par ailleurs, les organismes à être vigilants lorsque le seuil de passation de la procédure en MAPA 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 limitée au seuil de passation du MAPA.

Lors de l'examen d'un marché de travaux, l'attention de l'organisme a été appelée sur le montant estimatif des travaux très proche du seuil maximal de 5 548 000 € HT. Il a été invité à étudier la possibilité de recourir à une procédure concurrentielle avec négociation, la nature des travaux ne portant pas sur des bâtiments standards.

La procédure concurrentielle avec négociation, une procédure nouvelle encore peu utilisée

Cette nouvelle procédure se définit comme la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations (article 71 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics).

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

- le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles. Selon 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.

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

Les observations de la Commission

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

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

En 2018, 5 projets de marchés publics passés sous la forme **d'une procédure concurrentielle avec négociation** ont été soumis à la Commission.

La Commission a ainsi accepté le choix de la procédure concurrentielle avec négociation pour un projet de marché de service pour une mission de maîtrise d'œuvre justifiée par une part de prestations de conception.

Elle a également validé le recours à cette procédure pour la réalisation de travaux de construction sous forme de marché public global (conception-réalisation-maintenance).

Elle a également accepté des justifications reposant sur :

- les contraintes réglementaires et internes d'un pouvoir adjudicateur,
- les circonstances particulières liées à la nature du marché,
- la complexité de la prestation demandée, le montage juridique et financier et les risques qui s'y attachent,
- la nécessité d'une phase de mise en production avec le développement et la validation d'outils spécifiques à une prestation permettant le transfert et le traitement informatique des flux.

Un calendrier prévisionnel de la procédure souvent succinct

Du fait de la longueur des procédures de marchés publics, il est important d'établir un calendrier prévisionnel. Il permet en effet d'anticiper au maximum les procédures pour éviter de les gérer dans l'urgence, d'informer les services prescripteurs des délais nécessaires pour lancer et conclure une procédure et de répondre aux besoins en temps voulu.

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

L'article 43 du décret n°2016-360 relatif aux marchés publics rappelle le caractère minimal de ces délais qu'il est nécessaire d'adapter en fonction de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les réponses aux consultations. En particulier, en cas de visite des lieux d'exécution ou de consultation sur place de documents, les délais doivent être suffisants pour permettre l'établissement d'une offre de qualité.

Les observations de la Commission

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

Elle recommande ainsi de :

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

Des avis de marché parfois incomplets et ne comprenant pas certaines mentions importantes

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 veille particulièrement 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 relativement correcte même s'il peut être constaté parfois l'absence de 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 publicité ont été les suivantes :

- Les conditions de participation (documents demandés au titre de la capacité économique et financière, technique et professionnelle, situation propre des opérateurs) sont à détailler. Elles sont établies sur la base des dispositions de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats.
- La décomposition des critères est à mentionner. En effet, le pouvoir adjudicateur peut annoncer les critères de sélection dans l'avis de marché ou renvoyer au règlement de la consultation. Attention toutefois, si les critères de sélection figurent dans les deux documents, ils doivent être annoncés de façon identique.
- Dès lors que des critères sont annoncés dans l'avis de marché, il convient de préciser également les sous-critères (s'il y en a).
- La rubrique relative aux options n'est à renseigner que s'il est prévu des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations fermes du marché (tranches optionnelles, prestations similaires).
- En cas de marché reconductible, la durée du marché correspond à la durée ferme avant reconduction. Le nombre de reconductions éventuelles est à figurer dans la rubrique « reconduction ».
- La quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, y compris en cas d'accord-cadre sans minimum et sans maximum. Dans ce cas, une indication à titre indicatif et prévisionnel doit être portée sur les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché.
- La rubrique description est à répéter et à compléter de manière exhaustive autant de fois que de lots description succincte, classification CPV, quantité ou étendue, durée, variante etc.

- La rubrique relative aux modalités d'ouverture des offres n'est, en principe, pas à renseigner. Elle doit toutefois être complétée car à défaut elle est bloquante.

- Le contentieux des marchés des organismes de Sécurité sociale relève des juridictions de l'ordre judiciaire.

- Le Comité consultatif de recours amiable ne peut être saisi pour les organismes de Sécurité sociale. En revanche, les organismes de Sécurité sociale peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau Code de Procédure Civile.

- Les délais et les voies de recours susceptibles d'être mis en œuvre (référé précontractuel et référé contractuel) sont désormais à mentionner. Mentionner (articles L 1441-1 à L 1441-3 du Code de procédure civile, articles 2 à 10 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, articles 2 et 3 du décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009) :

- avant la notification du marché le référé précontractuel.

- après la signature du marché le référé contractuel.

La mise à disposition du dossier de consultation dès l'envoi de l'avis de marché

L'article 39 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics prévoit la mise à disposition des documents de la consultation aux opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis de marché.

Les seules exceptions à la non-disponibilité des documents de la consultation sont celles précisées au II de l'article 41 du décret précité.

Il s'agit des mêmes raisons qui peuvent justifier l'absence d'utilisation des moyens de communication électronique à savoir :

- procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence préalables inférieures aux seuils de procédure formalisée ;

- procédures adaptées ayant pour objet les services sociaux et autres services spécifiques de l'article 28 du décret du 25 mars 2016 ;

- en cas de nécessité d'utilisation d'outils, dispositifs, équipements spécialisés ou formats particuliers non communément disponibles, ou soumis à une licence propriétaire ne permettant pas le téléchargement ou accès à distance ;
- lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément ;
- en cas de motifs liés à la sécurité, à la protection des données exigeant un degré de protection extrêmement élevé ;
- en cas de remise de maquettes, modèles réduits, prototypes et échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique.

À noter que la DAI 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

À l'occasion de l'examen de plusieurs dossiers, la Commission a indiqué l'obligation faite, désormais, 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 concurrentielle avec négociation.

Ainsi pour un accord-cadre relatif à des prestations informatiques passé en procédure concurrentielle avec négociation, il a été demandé à l'organisme de transmettre l'intégralité du DCE dès l'envoi de l'avis de marché sauf à pouvoir justifier être dans un des cas de dérogation de l'article 41-II du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

La sélection des candidatures, une étape importante 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 à l'article 51 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics et des articles 44, 47, 55 et 56 du décret n°2016-360.

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.

Par ailleurs, il est parfois relevé une confusion entre critères de sélection des candidatures et critères de jugement des offres

Ainsi, il a été demandé à un organisme de revoir la formulation des critères de sélection des candidatures qui avaient été intégrés au critère technique de jugement des offres. Ils ont été supprimés et insérés dans un article distinct du règlement de la consultation.

Le choix des critères de sélection des offres et leur pondération doivent être pertinents au regard de l'objet du marché

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.

Par ailleurs, la pondération est en principe obligatoire pour les procédures formalisées. Elle fait en outre nécessairement l'objet d'une communication aux candidats. Les modalités de cette pondération sont cependant libres, sous réserve du respect des règles applicables à la définition des critères d'attribution.

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* »

Les observations de la Commission

La Commission veille donc à la rédaction et à la cohérence des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération.

C'est ainsi que, pour un accord-cadre à marchés subséquents relatif à des prestations d'assistance dans le domaine de l'e-santé, la question de l'absence de pondération des sous-critères a été soulevée.

Si aucune disposition applicable, ni aucun principe n'exige que la hiérarchisation des critères d'attribution des marchés subséquents (et des sous-critères) soit connue au stade de la passation de l'accord-cadre, il convient d'y être attentif pour éviter de conduire le juge à considérer que ces critères ou sous-critères seront pondérés de manière identique. En conséquence, la Commission a demandé à l'organisme de prévoir une fourchette de pondération des sous-critères des marchés subséquents.

Une attention particulière est à apporter à la valorisation du critère prix ou du coût de la prestation

La valorisation du critère prix est un élément important pour l'acheteur. Si la prépondérance du prix dans le poids des critères de notation peut conduire les candidats à répondre au prix le plus bas pour capter le marché, au détriment de la qualité d'exécution, prestations, retards, défaut d'encadrement, utilisation de mauvais produits ou encore à des sous-traitances ; en revanche la sous valorisation du critère prix introduit un déséquilibre dans le mode d'approche de l'achat.

Les observations de la Commission

Des recommandations ont donc été émises sur le critère prix, d'un projet d'accord-cadre relatif à des prestations de services financiers, et dont la pondération sous-valorisée reposait sur la volonté de ne pas favoriser le titulaire en place.

Afin de résoudre cette difficulté, il a été proposé, tout en remontant la pondération du critère prix, d'inscrire dans l'annexe financière une ligne de coût concernant l'installation et la mise en place de la plate-forme de service mise en place par le prestataire pour assurer la gestion et de la neutraliser lors de l'analyse des offres.

Pour un accord-cadre multi-attributaires à marchés subséquents, relatif à de la fourniture d'électricité, la Commission s'est interrogée sur une pondération à hauteur de 95 % pour la valeur technique et de 5 % pour la valeur prix. L'organisme a cependant fait valoir que le critère prix, pour les marchés subséquents, était en revanche pondéré à 80 % ce qui permettait de contenir les prix.

Par ailleurs, pour un accord-cadre relatif à la fourniture de carburant par cartes accréditives, il a été demandé de réévaluer la pondération accordée au critère prix (remises / réduction) dès lors que le réseau (maillage) est intangible et découlera naturellement de l'offre remise.

L'importance donnée à la valeur technique doit tenir compte de la nature et de la complexité des prestations à réaliser

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

Le critère technique doit s'attacher strictement à la description et aux modalités de mise en œuvre des moyens que le candidat s'engage à affecter effectivement à l'opération.

Il importe donc que sa rédaction soit particulièrement claire sur ce point.

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

Les observations de la Commission

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

Elle a ainsi attiré l'attention d'un organisme pour un projet de marché constituant le renouvellement d'un marché en cours et dont il était constaté que les sous-critères de la valeur technique n'étaient plus les mêmes et étaient plus nombreux que lors de la précédente consultation. Cependant, aucune explication n'était apportée sur ce changement au regard d'un retour sur les précédents critères, leur appréciation et les éventuelles difficultés soulevées.

Elle rappelle aussi l'importance de la rédaction de ce critère : ainsi lors de l'examen d'un projet d'accord-cadre relatif à la mise à disposition de personnel à titre temporaire, il a été indiqué qu'une note méthodologique ne constitue pas un critère en soi. Il s'agit d'un support permettant de faire apparaître tous les éléments qui serviront à l'appréciation des différents critères et sous-critères.

Pour un marché d'assurance dommage ouvrage il a été demandé de revoir la rédaction d'un sous-critère portant sur la nature et l'étendue des garanties dont la rédaction laissait supposer que c'est la conformité de l'offre qui sera appréciée et non sa valeur.

Pour un accord-cadre relatif aux vérifications périodiques des installations techniques des OSS, il a été demandé de prévoir un sous-critère relatif à un plan de progrès financier et environnemental au titre de la valeur technique (10 % dont 7 pour l'approche financière), qui devra comprendre un engagement des opérateurs économiques sur des objectifs quantifiables.

Elle a aussi formulé les observations suivantes :

- Un sous-critère relatif à la compréhension de l'environnement du marché et des enjeux et objectifs du programme de travail d'un organisme, même faiblement pondéré est potentiellement source de contentieux juridique. Une telle exigence doit être justifiée. À défaut, cette exigence peut se traduire, au stade de la candidature, par des demandes de références dans le domaine concerné.
- Une rédaction de sous-critères de la valeur technique formulés sous forme de demande de planning, note ou méthodologie ne constituent que des supports à l'appréciation des critères.
- Lorsque le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre des critères de sélection, de faire usage de sous-critères, il est tenu de porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères lorsque, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection, et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Les candidats doivent, dans ce cas, être informés de cette pondération ou hiérarchisation.

L'introduction de critères relatifs à des éléments de développement durable implique une bonne connaissance de l'état du marché

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

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

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

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

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

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

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

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

Pour introduire de tels critères, il est 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.

L'intitulé d'un critère rédigé « *prise en compte du développement durable* » est considéré comme trop flou quand bien même il est mentionné que le mémoire justificatif devra comporter des éventuelles modalités de prise en compte du développement durable sur un axe environnemental.

De la même façon, un critère « *mesures prises par la société dans le cadre de la politique de développement durable* » ne peut être accepté car il porte sur la politique générale de l'entreprise et non sur les mesures mises en œuvre spécifiquement pour l'exécution du marché (TA Nantes 9 janvier 2018 – la directive 2014/24/UE exclut les critères relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fournitures travaux, produits ou services achetés).

La Commission a également formulé des remarques sur un critère relatif à l'insertion sociale pondéré à 5 % et rédigé ainsi : « *insertion sociale sur la base d'une note méthodologique sur le calcul du taux d'insertion et sur les moyens mis en œuvre pour le pérenniser* ». Nonobstant la rédaction qui est en soi peu explicite, la Commission s'est interrogée sur la pertinence d'un tel critère pondéré seulement à 5 % et sur son caractère réellement discriminant.

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

La méthode de notation des critères est rarement mentionnée 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.

Ainsi lors de l'examen d'un accord-cadre relatif à la fourniture de carburant par cartes accréditatives, la Commission a appelé l'attention de l'organisme sur l'appréciation concrète d'un critère de valeur technique lié au maillage territorial analysé sur la base du nombre de points de réalisation des prestations

La Commission a formulé les observations suivantes sur la méthode de notation :

- Au regard de la jurisprudence, la formule de notation des offres ne doit pas déboucher sur une note négative ou nulle (CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532).

- La méthode de notation du critère prix doit permettre de déterminer l'offre dont la proposition financière est la plus avantageuse (CE, 1^{er} juillet 2015, Société nouvelle d'entreprise générale du sud-ouest, n°381095).

- Les modalités de notation doivent respecter strictement les critères de pondération en attribuant le maximum de chaque critère à l'offre la meilleure pour le critère considéré.

- Lorsqu'une simulation financière est prévue, la méthode de calcul basée sur la moyenne de deux sommes de prix pondérés n'apporte aucune plus-value à la simple comparaison d'un scénario de commande associant un coefficient de pondération à chacun des items du bordereau de prix. Seule est déterminante l'appréciation du nombre relatif d'occurrences de chaque unité d'œuvre en cours d'exécution. Plus l'écart sera important entre l'exécution et la prospective, plus la pertinence économique du choix pourra se trouver démentie.

Des règlements de la consultation 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.

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

En 2018, la Commission a régulièrement attiré l'attention des organismes sur certaines informations ou clauses :

- Les variantes sont des prestations complémentaires à l'offre de base que le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de présenter.
- 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.
- Le pouvoir adjudicateur doit indiquer la pondération des sous-critères s'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur les offres des candidats. À défaut le poids donné à chaque sous-critère sera le même.
- L'indication sur les clauses techniques et/ou administratives sur lesquelles les variantes pourront porter.
- La méthode de notation des offres qui n'a pas à être portée à la connaissance des candidats (CE 22 octobre 2014 Société EBM Thermique).
- L'indication d'une date unique de visite est à éviter car les candidats ne pouvant pas se déplacer le jour de cette visite, ne pourront pas remettre le certificat de visite attestant de cette obligation et verront leurs offres rejetées car irrégulières (TA Rennes, 25 octobre 2010, Sarl PPR « Ekko Redon », n°1003986).

Le CCAP comme document de référence

Le CCAP est un document contractuel spécifique à un marché regroupant l'ensemble des stipulations d'ordre juridique et financières régissant l'exécution du marché, telles que les conditions de règlement, de financement, les éventuelles garanties, les conditions de livraison, les pénalités, les délais d'exécution, les modalités de vérifications, etc.

Il vient compléter ou adapter les clauses du CCAG choisi par le pouvoir adjudicateur.

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

Par ailleurs, il convient en principe de ne faire référence qu'à un seul CCAG et d'insérer dans le CCAP les clauses relatives à un autre CCAG si cela s'avère nécessaire.

Les observations de la Commission

Ainsi, lors de l'examen d'un dossier relatif à de l'exploitation de chauffage, il a été recommandé à l'organisme de ne viser que le seul CCAG FCS et non également le CCAG Travaux.

Pour un dossier relatif à un accord-cadre portant sur des prestations d'assurance, il a été relevé qu'aucune référence à un CCAG n'avait été effectuée. Cette absence a été admise dans la mesure où l'intégralité des clauses du CCAG FCS étaient contenues dans les pièces particulières.

Si le CCAP doit comprendre toutes les dérogations au CCAG de référence, il convient toutefois de veiller à ne pas ajouter de contraintes pour le titulaire.

C'est pourquoi, lors de l'examen d'un marché de travaux qui comportait une liste conséquente de dérogations au CCAG Travaux, même s'il a été considéré que plus de la moitié n'appelaient aucune remarque, les autres sont apparues comme déséquilibrant notablement la relation contractuelle en alourdissant fortement les contraintes imposées aux titulaires.

Il a été relevé que ce déplacement du curseur par rapport aux points d'équilibre du CCAG, sauf s'il s'avérait nécessaire eu égard aux spécificités du marché, pourrait être de nature au final à renchérir le prix des prestations au détriment de l'organisme. C'est pourquoi le rapporteur a adressé à l'organisme une liste précise des dérogations prévues par le CCAP en lui demandant de renoncer à certaines car non justifiées et à maintenir celles qui le seraient à l'inverse.

Des conditions financières à ne pas négliger

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

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

L'actualisation est obligatoire pour les fournitures et services autres que courants ainsi que pour les travaux dès lors que le début d'exécution des prestations est postérieur de plus de trois mois à la date d'établissement des prix.

Les prix sont révisibles :

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

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

Les observations de la Commission

Lors de l'examen d'un projet de marché relatif à des prestations de gestion de services de restauration, l'attention de l'organisme a été appelée sur les modalités de mise en œuvre de la révision des prix. En l'espèce, il a été demandé de :

- revoir la rédaction des modalités de mise en œuvre de la révision afin qu'elles ne permettent pas d'échapper à la révision des prix ;
- adapter, si c'est possible, la périodicité et l'indice de la révision en fonction de la nature des produits (uniquement pour les produits frais susceptibles d'être commandés directement) ;
- utiliser l'indice des prix à la consommation – Base 2015 – Ensemble des ménages – France métropolitaine – Nomenclature Coicop : 01.1 – Produits alimentaires – Identifiant : 001763868, pour la révision des coûts denrées.

Pour un marché de travaux il a été noté que la révision se faisait sur la base de la valeur à m-4 des index, forçant ainsi le décalage de leur publication.

Or, comme indiqué dans le guide des prix dans les marchés publics élaboré par la DAJ, ce procédé est rarement conforme à la réalité de l'évolution des prix des prestations. Les indices utilisés doivent correspondre à la période réelle d'exécution des prestations, car c'est le seul moyen de suivre le plus fidèlement possible l'évolution des prix conforme à celle subie par l'entreprise, soit à son détriment, en cas de hausse significative, soit au détriment de l'acheteur en cas de baisse. Le guide conclut qu'il faut donc utiliser les indices réels et ne pas se référer aux indices publiés ou aux indices connus, sauf pour une révision provisoire. L'organisme a donc été invité à revoir son dispositif dans ce sens.

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

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

Les clauses de réexamen doivent être rédigées de manière suffisamment claire et précise

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.

Deux hypothèses peuvent être distinguées :

- La clause de réexamen est rédigée de telle manière que la survenance d'un événement précis entraîne 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 ou l'autorité concédante 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 la gestion de services de restauration, l'attention de l'organisme a été portée sur la rédaction de la mise en œuvre d'une clause de réexamen concernant des modifications de prix. Il a été constaté que la rédaction de cette clause de réexamen qui s'apparentait, dans le cas d'espèce, à une « clause de rendez-vous » était trop imprécise. L'organisme a été invité à apporter des précisions complémentaires.

Dans le cadre d'un marché de travaux, une remarque a été faite sur le contenu d'une clause de réexamen pouvant donner lieu à un marché complémentaire qui paraissait excessivement large au regard du principe posé par l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 selon lequel la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation. En effet, telle qu'elle était rédigée, elle pouvait être interprétée comme permettant au maître d'œuvre de demander, à hauteur de 50% du montant initial du marché, tous travaux non prévus au marché à la seule condition qu'ils restent confinés à l'enceinte du bâtiment.

Une telle clause introduit une forte incertitude quant au périmètre réel de l'opération, préjudiciable tant à l'entreprise qu'au pouvoir adjudicateur puisque l'incertitude se paie. Il a été demandé de préciser au moins que ces travaux complémentaires devaient être en rapport avec l'objet du projet tel que défini dans les documents de la consultation.

L'importance d'une rédaction appropriée des clauses de pénalités

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

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

Les pénalités ne sont applicables que si le contrat décrit de manière précise la prestation concernée, le délai d'exécution de celle-ci et le mode de calcul de la pénalité.

Le marché doit notamment permettre, pour chaque pénalité prévue, d'apprécier quelle est la tâche décrite dans le marché qui n'a pas été exécutée ou qui l'a été avec retard. Si le marché comporte plusieurs délais, il peut être utile de préciser comment s'appliquent les pénalités dans chacun des cas.

Elles doivent par ailleurs être calculées de manière à assurer le déroulement du marché : des pénalités trop fortes peuvent dissuader certaines entreprises de se porter candidates ou les inciter, pour se couvrir, à augmenter leur prix.

Les observations de la Commission

La Commission appelle régulièrement l'attention des organismes sur la rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution.

Leur précision conditionne une application efficace : celui d'une sanction dissuasive et « réaliste » d'un manquement à une obligation contractuelle.

Pour des pénalités de retard liées à la formulation des observations du titulaire suite à la notification d'un décompte, l'attention d'un organisme a été appelée sur la logique qui préside au délai laissé au titulaire qui varie sans raison d'un contrat à l'autre.

Par ailleurs, pour ce même organisme, des remarques ont été portées sur la volonté d'appliquer des pénalités très dissuasives par rapport au CCAG de référence (soit 30 fois plus fortes) pour les limiter ensuite à 30 % du montant HT de la commande.

Lors de l'examen d'un projet de marché d'assistance pour le déploiement de services, la Commission s'est interrogée sur le plafonnement des pénalités justifié par la volonté de limiter l'impact du montant des pénalités sur le prix des prestations. La notion de plafonnement ne figurant pas dans le CCAGPI et, en l'absence d'une jurisprudence établie, il a été considéré, dans le cas d'espèce, que le plafonnement des pénalités correspondait à des pratiques justifiées par la politique générale de l'organisme en matière d'achat, qui ne sont pas jugées irrégulières.

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

Les prestations attendues relèvent du CCTP

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

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

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

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

Les observations de la Commission

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

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

Ainsi, pour un accord-cadre relatif à des prestations d'impression et d'expédition d'imprimés, compte-tenu de la nature du marché et de son coût estimatif, l'attention de l'organisme a été appelée sur la nécessité de développer dans les cahiers des clauses techniques les prestations attendues de l'imprimeur et de l'expéditeur et d'encadrer leur relation en mettant en avant le rôle d'intermédiaire de la centrale d'achat Ucanss.

La Commission a aussi attiré l'attention d'un organisme sur un article du CCTP qui mentionne qu'à la demande d'un organisme de Sécurité sociale, une clause sociale pourra être prévue lors de la signature du marché subséquent. S'agissant du renouvellement d'un marché, en l'absence d'un quelconque retour sur l'efficacité d'une telle clause la question de sa reconduction a été posée.

5

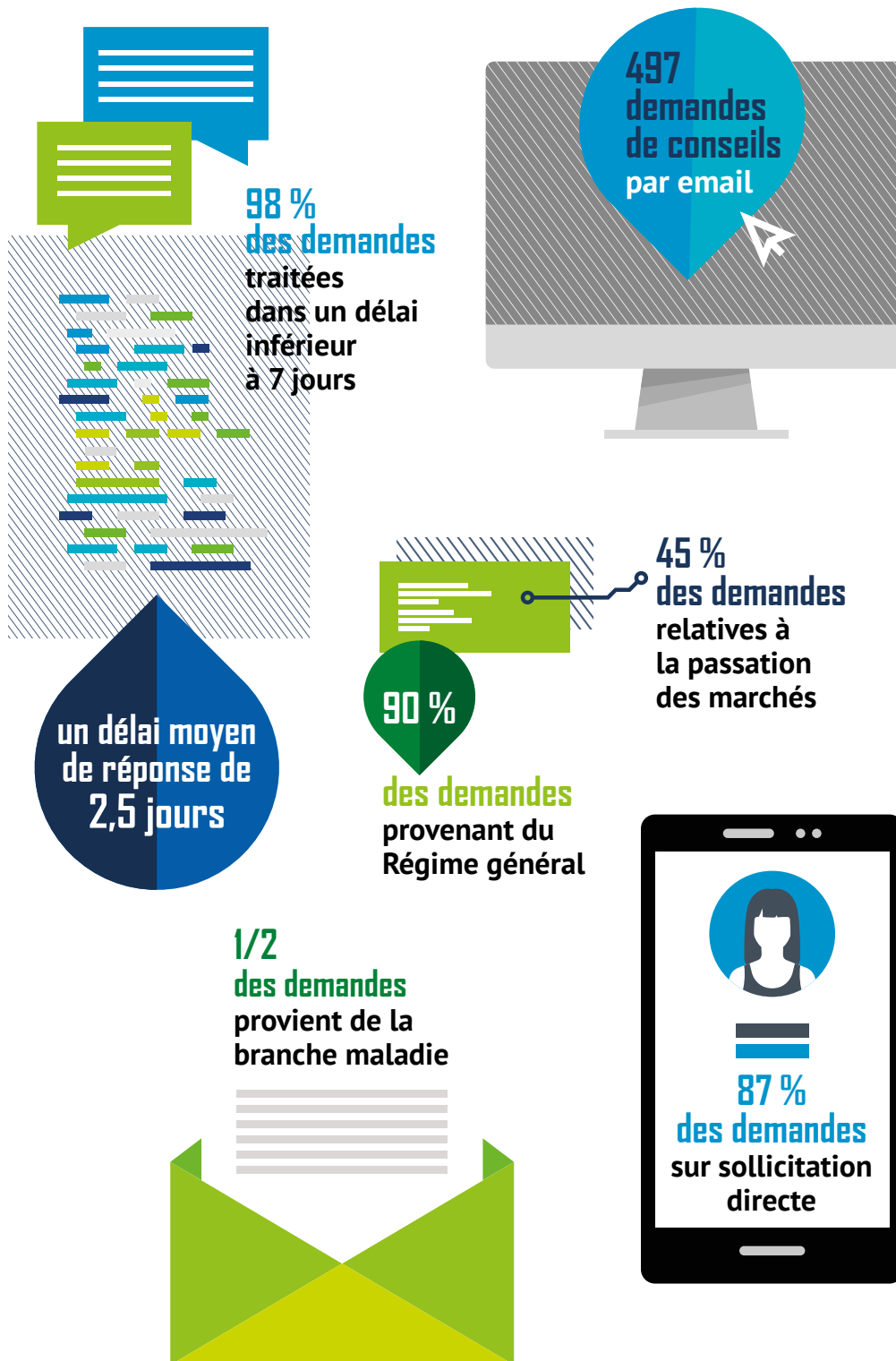
L'OFFRE DE SERVICE CONSEILS EN DROIT DES MARCHÉS DU SECRÉTARIAT DE LA CCMOSS

Chiffres clés 2018

- 55 Un nombre constant de demandes de conseils émanant principalement du Régime général
- 56 Des conseils diversifiés portant principalement sur la passation des procédures
- 57 Les principaux conseils effectués par le secrétariat de la Commission

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

Chiffres clés 2018



Un nombre constant de demandes de conseils émanant principalement du Régime général

Par rapport à 2017 (506 demandes), les demandes de conseils ont légèrement diminué (**497** demandes effectuées sur la boîte ccmassconseils@ucanss.fr).

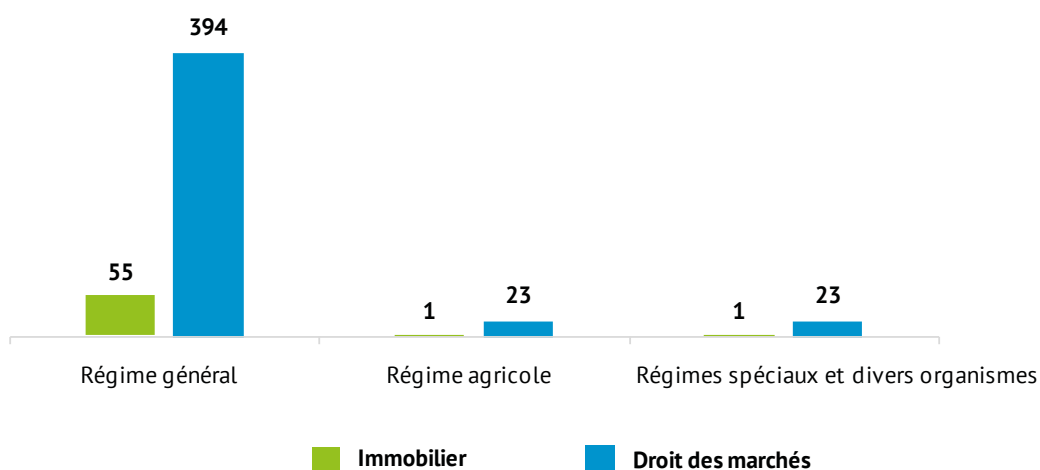
87 % des demandes constituent des sollicitations directes des organismes.

Les **13 %** restant sont des réponses à des demandes d'organismes transmises par le département des opérations immobilières de l'UCANSS (OPIM) et pour lequel le secrétariat assure une fonction de conseil juridique .

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 (**90,3 %**).

Toutefois, des régimes et organismes tels que la CAMIEG, la CARPIMKO, la CAVEC, le CFE Rubelles, la CPR SNCF, la CRPCEN et le Ministère de l'Agriculture 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 plus de 240 demandes (soit presque la moitié de l'ensemble des demandes de conseils).



Des conseils diversifiés portant principalement sur la passation des procédures

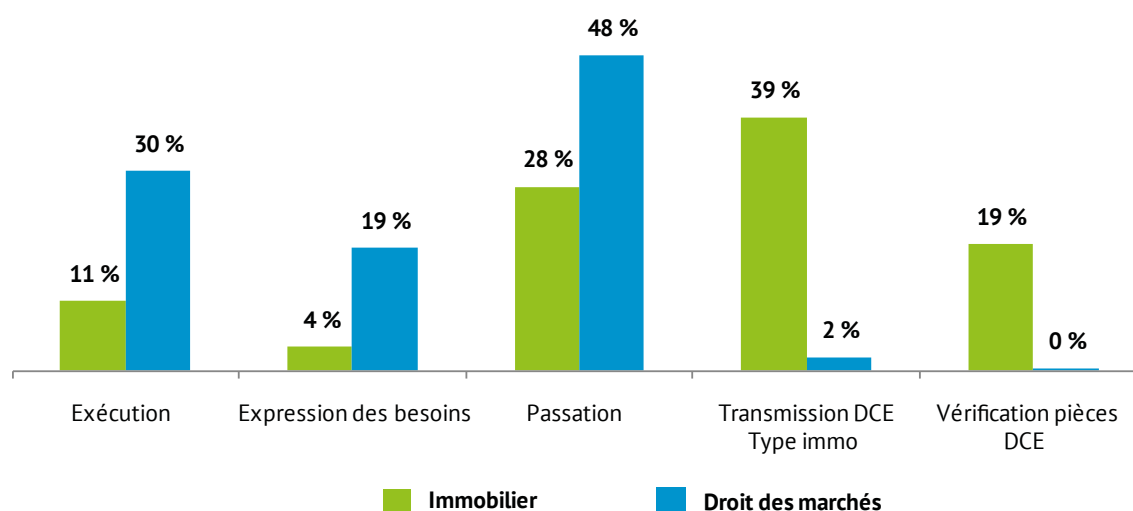
Les demandes de conseils sont diverses et ont porté, aussi bien, sur les différentes étapes à conduire lors du lancement d'une consultation (expression des besoins, passation et exécution des marchés) que sur des précisions sur la réglementation relative à la commande publique ou à l'arrêté du 19 juillet 2018.

Néanmoins, sur l'ensemble des **questions en droit des marchés**, plus de la moitié des demandes ont porté sur la passation des marchés (48 %). Les questions relatives à l'expression des besoins et à l'exécution ont représentés respectivement 19 % et 30 % des demandes.

Dans le cadre des **sollicitations pour des opérations immobilières**, le secrétariat a surtout été amené à transmettre des DCE type pour 39 % des demandes, puis à répondre pour 28 % à des questions relatives à la passation des marchés en particulier dans le cadre de litiges, voire de précontentieux avec certains prestataires.

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

Nature des demandes de conseils	Conseil OPIM	Droit des marchés	% Conseil OPIM	% Droit des marchés
Exécution	6	134	11 %	30 %
Expression des besoins	2	82	4 %	19 %
Passation	16	212	28 %	48 %
Transmission DCE Type	22	9	39 %	2 %
Vérification pièces DCE	11	1	19 %	0 %



Les principaux conseils effectués par le secrétariat de la Commission

Au cours de l'année 2018, le secrétariat de la CMOSS a été sollicité par des demandes de conseils très diverses. Une synthèse des principales questions soulevées est présentée ci-dessous.

La conclusion d'une convention constitutive de groupement pour la passation de plusieurs marchés publics est nécessaire

L'article 28-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics indique que « des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics ».

Sur cette base, le secrétariat de la CCMOSS a incité les organismes à conclure des conventions constitutives de groupement pour l'ensemble des marchés mutualisés prévus dans leur plan d'action annuel.

Le recours à une procédure concurrentielle avec négociation est possible pour les travaux

Aux termes du 3° du II de l'article 25 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics, l'acheteur peut recourir à la procédure concurrentielle avec négociation « lorsque le marché public comporte des prestations de conception ».

Il ressort de ces dispositions que cette procédure peut être utilisée pour les marchés publics de travaux, à la condition qu'ils ne concernent pas des bâtiments standards (cf. considérant 43 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics).

Par suite et à l'exception des travaux standardisés, le Secrétariat de la CCMOSS a confirmé, en accord avec un avis de la DAJ de Bercy, que le recours à la procédure concurrentielle avec négociation est ouvert dans le cadre de marchés publics incluant de la conception tels que notamment des marchés publics de travaux.

Dans le cas d'espèce, le maître d'œuvre justifiait le recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les marchés de travaux par le fait, notamment, que la mission EXE dévolue aux entreprises est une prestation de conception.

La fin des remises pour les marchés de biologie médicale n'induit pas l'absence d'évaluation des offres sur d'autres points

L'article L6211-21 du code de santé publique dispose que *“sous réserve des accords ou conventions susceptibles d'être passés avec des régimes ou des organismes d'assurance maladie ou des établissements de santé ou des groupements de coopération sanitaire mentionnés à l'article L. 6133-1 et sous réserve des contrats de coopération mentionnés à l'article L. 6212-6, les examens de biologie médicale sont facturés au tarif de la nomenclature des actes de biologie médicale prise en application des articles L. 162-1-7 et L. 162-1-7-1 du code de la sécurité sociale”*.

Par conséquent, les remises sont désormais interdites pour les marchés de biologie médicale. Néanmoins comme le souligne le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2014-434 QPC du 5 décembre 2014, Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs Selas, *“cette suppression des ristournes pour la biologie médicale n'emporte pas pour autant la suppression de toute négociation financière lors du passage d'une convention entre établissements de santé et laboratoires de biologie médicale privés ou publics ou entre laboratoires de biologie médicale, privés, publics ou publics et privés. De nombreux sujets peuvent faire l'objet de discussions et de négociations comme le transport des échantillons biologiques ou encore leur conservation, ainsi que la participation aux conseils auprès du malade qui doit être considérée comme le prolongement naturel des examens pratiqués”*.

Ainsi, si les actes en eux même ne peuvent pas faire l'objet de remise, les prestations annexes font l'objet de prix librement établis par les soumissionnaires.

Par conséquent, le secrétariat de la CCMOSS a incité les organismes à procéder à un sourcing en amont afin de pouvoir établir des critères qui leur permettront de comparer les offres des candidats sur d'autres points que le prix des actes.

Le titulaire d'un accord-cadre à bons de commande bénéficie d'une exclusivité sauf clauses contraires

L'article 77-III du code des marchés publics de 2006 prévoyait que « pour les besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1 % du montant total du marché, ni la somme de 10 000 euros HT ».

Ces dispositions n'étant pas reprises dans la nouvelle réglementation relative aux marchés publics, de nombreux organismes ont sollicité le secrétariat de la CCMOSS afin d'avoir sa position sur la persistance du caractère exclusif d'un accord-cadre à bons de commande avec le titulaire du marché.

Se basant, sur une réponse ministérielle (Question écrite AN N°3543), il a été indiqué que, sauf clause contractuelle contraire au sein du cahier des clauses particulières, un accord-cadre est désormais soumis au principe d'exclusivité et ne pourra plus faire l'objet de la dérogation d'achat de 10 000 euros HT.

Un contrat de location n'est pas de la sous-traitance

L'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 définit la sous-traitance comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. »

La distinction entre contrat de sous-traitance et contrat de location peut être difficile lorsque le contrat de location comporte, non seulement, la mise à disposition de matériel, grue ou engin de chantier mais également la mise à disposition de main d'œuvre ou d'études spécifiques pour la mise en œuvre de ce matériel.

Ces contrats de location sont perçus par la jurisprudence comme des contrats de louage de chose, qui, selon l'article 1709 du code civil, répondent à la définition suivante : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ».

C'est ainsi que la jurisprudence a considéré que « n'est pas un contrat de sous-traitance la convention par laquelle une société, sans prendre de responsabilité directe dans la réalisation d'un ouvrage, met à la disposition d'une entreprise un matériel de louage que celle-ci ne possède pas, pour lui permettre d'exécuter des travaux dont elle ne s'est pas chargée » (C.Cass, 3^{ème} ch. Civ.21 avril 1982).

La jurisprudence se réfère à la notion d'absence de participation directe à la conception ou à la réalisation des prestations confiées à l'entreprise principale pour écarter la notion de sous-traitance : « Si les sociétés A et B se sont livrées à des études techniques parfois complexes, prenant en compte, s'agissant d'échafaudages, destinés à un chantier important et de grande hauteur, les caractéristiques du bâtiment et les impératifs de sécurité et ont procédé au montage du matériel, ces sociétés n'ont pas participé directement, par apport de conception ou de matière, à l'acte de construire, objet du marché principal, mais se sont limitées à mettre à disposition du locateur d'ouvrage, l'outil dont il avait besoin pour mener à bien sa tâche (...), la cour d'appel a pu retenir à bon droit que les sociétés A et B n'avaient pas la qualité de sous-traitant » (C.Cass, 3^{ème} ch.civ.28 mai 2002).

La jurisprudence retient deux critères de qualification pour qualifier le louage de chose :

- la détermination de la prestation principale fournie : l'obligation de faire du loueur est accessoire, il ne participe pas directement à l'acte à construire...
- le degré d'indépendance du personnel fourni par le loueur/le lien de subordination : si l'entrepreneur principal peut diriger ce personnel en lui donnant directement toutes instructions.

Sur ce fondement jurisprudentiel, le secrétariat de la CCMOSS a qualifié de contrat de louage et non de sous-traitance :

- la location de grues avec chauffeurs (cet avis a été confirmé par C.Cass, com.8 avril 2014, N°13-15087 : il s'agit bien d'un contrat de louage de chose : « la société [de location] avait mis à la disposition de [l'entreprise] deux grues avec leurs chauffeurs, lesquels étaient passés sous l'autorité de cette dernière le temps d'accomplir un travail déterminé ». C'est bien l'entreprise locataire qui garde la direction du chantier, donc la responsabilité de ce qui se déroule pendant la manœuvre, même si la grue ne lui appartient pas.
- la location de camions avec chauffeurs,
- le transport et la mise en place d'échafaudages.

La loi de 1975 a créé un lien financier entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage par le mécanisme du paiement direct, qui a pour objectif de protéger le sous-traitant contre les défaillances de l'entrepreneur principal.

La loi reconnaissant au sous-traitant le droit d'être payé directement par le maître d'ouvrage, à travers le louage de chose, l'entreprise est donc moins bien protégée.

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer la sous-traitance

L'article 62-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose :

« I. - Le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution de ce marché public dans les conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975 susvisée. Pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire ».

Le secrétariat de la CCMOSS a rappelé que la sous-traitance est une faculté et non une obligation pour le titulaire du marché et qu'un acheteur ne peut pas imposer à des entreprises soumissionnaires de sous-traiter une partie des travaux à un ancien titulaire de marché.

En l'espèce, il s'agissait de sous-traiter à des titulaires de marchés les travaux d'étanchéité de certains lots afin de faciliter toute recherche ultérieure de responsabilité entre deux intervenants sur les mêmes travaux.

En conséquence, il a plutôt été proposé à l'organisme de s'orienter vers la conclusion d'un avenant en application de l'article 139 du décret du 25 mars 2016 qui prolongerait la durée du marché de travaux et prendrait acte des nouveaux travaux à réaliser ainsi que la plus-value financière.

Le pouvoir adjudicateur peut exiger que certaines tâches essentielles ne soient pas sous-traitées

L'article 62-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose :

« I. - Le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution de ce marché public dans les conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975 susvisée. Pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire. ».

L'ordonnance précitée permet désormais au pouvoir adjudicateur d'imposer une exécution de certaines prestations par le titulaire même du marché et d'écarter la sous-traitance sans que cela ne soit justifié par les capacités techniques, professionnelles ou financières du sous-traitant mais par la nature même de la prestation à réaliser.

Sur cette base, le secrétariat de la CMOSS, a considéré que la pose de confinement pour un marché de travaux d'amiante pouvait être constitutive de tâches essentielles ne pouvant pas faire l'objet de sous-traitance.

L'autoliquidation de la TVA lors de la sous-traitance n'est pas automatique

L'article 283-2 nonies du Code général des impôts dispose :

« Pour les travaux de construction, y compris ceux de réparation, de nettoyage, d'entretien, de transformation et de démolition effectués en relation avec un bien immobilier par une entreprise sous-traitante, au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, pour le compte d'un preneur assujéti, la taxe est acquittée par le preneur ».

En effet, depuis le 1^{er} janvier 2014, un mécanisme d'autoliquidation de la TVA est instauré dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (BTP), lorsque des travaux sont effectués par un sous-traitant pour le compte d'un donneur d'ordre assujéti à la TVA.

Le mécanisme d'autoliquidation aboutit à ce que la taxe soit acquittée par le preneur, c'est-à-dire l'entrepreneur titulaire du marché. L'entreprise sous-traitante ne doit plus déclarer ou facturer la TVA relative à ces travaux. Les factures doivent comporter la mention « autoliquidation » justifiant l'absence de collecte de la taxe par le sous-traitant et faire apparaître clairement que la TVA est due par le preneur assujéti. L'entreprise principale est redevable de la TVA sur les travaux immobiliers qu'elle sous-traite. En cas de paiement direct du sous-traitant, le maître d'ouvrage doit le payer sur une base hors taxe et l'entrepreneur principal auto-liquide la TVA.

Sont notamment compris :

- les travaux de bâtiment exécutés par les différents corps de métiers participant à la construction ou la rénovation des immeubles ;
- les travaux publics et ouvrages de génie civil : sécurisation de parois rocheuses (pose de filets antichute de pierres en montagne, travaux à l'explosif pour faire tomber des blocs de pierres, confortement de falaises), installation d'équipements de sécurité (glissières de sécurité) ou de signalisation (panneaux, feux tricolores), installation de radars routiers, marquage au sol (routes ou parking) ;
- les travaux d'équipement des immeubles, c'est-à-dire les travaux d'installation comportant la mise en œuvre d'éléments (appareils, canalisations, réseaux, travaux de pose d'une cuisine équipée intégrée au bâti, sonorisation d'une salle de spectacle, travaux d'étanchéité d'une piscine...) qui perdent leur caractère mobilier en raison de leur incorporation à un ensemble immobilier ;
- les travaux de réparation ou de réfection ayant pour objet la remise en état d'un immeuble ou d'une installation immobilière ;
- les opérations de maintenance ou de nettoyage qui sont le prolongement ou l'accessoire des travaux concernés (installations électriques, de chauffage, de climatisation, de ventilation, de surveillance, de sécurité incendie et d'ascenseurs, nettoyage de chantier).

Ne sont pas concernées par le dispositif de l'autoliquidation de la TVA, les opérations suivantes :

- opérations de nettoyage (détartrage de colonnes et de canalisations, nettoyage et désinfection de vide-ordures, dégorgements d'urgence, diagnostic de conformité des branchements, désinfection, désinsectisation, dératisation) faisant l'objet d'un contrat de sous-traitance séparé ;
- livraison d'un bien meuble corporel, destiné à l'équipement de l'immeuble faisant l'objet des travaux (par exemple, lorsqu'une entreprise titulaire du marché ou sous-traitante fait appel à une autre entreprise pour la fabrication de matériaux ou d'ouvrages spécifiques) ;
- prestations intellectuelles confiées par les entreprises de construction à des bureaux d'études, économistes de la construction ou sociétés d'ingénierie ;
- contrats de location d'engins et de matériels de chantier (benches, grues, échafaudages...), y compris lorsque cette location s'accompagne du montage et du démontage sur le site, ou de livraison de matériaux sur site (par camion ou hélicoptère).

Par conséquent, il a été rappelé que c'est uniquement lorsque le contrat de sous-traitance prévoit à la fois des prestations de construction et des prestations de nettoyage que l'ensemble des prestations sont soumises à autoliquidation. Le sous-traitant qui ne réalise que des prestations de nettoyage facture ses prestations avec de la TVA (le dispositif d'autoliquidation ne s'applique pas).

L'autorisation du maître d'œuvre est requise en cas de modification d'une construction

En vertu de l'article L 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, " *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit de cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ".

L'article L112-2 dispose : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :

7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;

12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences »;

Enfin, l'article L121-1 indique que « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires ».

Le droit au respect de l'œuvre empêche toute modification substantielle et impose le respect de l'intégrité de l'œuvre.

Le Conseil d'État a reconnu, en 1977, l'atteinte au droit moral d'un architecte lorsqu'un Office public de l'habitat a pris l'initiative de faire ajouter au portique de l'ensemble des constructions qui en dégraderaient l'aspect (CE, 05/01/1977, Marcuccini).

De même, la Ville de Lille a été condamnée en 1987 pour avoir fait installer, à l'insu de l'architecte un faux plafond inamovible et une structure trapézoïde sous la coupole d'un auditorium (CC, 1^{er} Civ. 01/12/1987).

En 1999, le Conseil d'État a affirmé clairement que la seule utilité des travaux ne peut justifier une atteinte à l'œuvre et que seules sont permises les modifications « rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'édifice ou son adaptation à des besoins nouveaux » (CE, 14 juin 1999, Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg).

Sur ces fondements législatifs et jurisprudentiels, le secrétariat de la CCMOSS a considéré que des travaux de modification de façades devaient faire l'objet d'une autorisation du maître d'œuvre.

En cas de modification d'adresse de l'architecte ou de décès, il a été proposé de faire une recherche au niveau de l'ordre des architectes lequel détient un fichier pouvant les renseigner sur l'existence d'éventuels ayants droits.

L'impact du RGPD sur les marchés publics en cours d'exécution

Le 25 mai 2018, le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (dit « règlement général sur la protection des données » - RGPD) est entré en application. En application de ce texte, tous les marchés publics comportant des traitements de données à caractère personnel, dont la procédure a été lancée depuis le 25 mai 2018, doivent comporter des clauses relatives aux traitements de données à caractère personnel.

En vertu de l'article 5.2.2 des CCAG (cahier des clauses administratives générales), ces marchés doivent donner lieu à la passation d'un avenant, pour autant que l'acheteur ait visé un CCAG dans les pièces contractuelles.

Pour les marchés publics ne faisant pas référence à un CCAG, les dispositions issues du RGPD étant d'application immédiate (depuis le 25 mai dernier) aux contrats en cours d'exécution, il est vivement recommandé de conclure des avenants afin de prendre en considération la nouvelle réglementation européenne.

Pour les marchés publics conclus depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la commande publique de mars 2016, ces avenants pourront être conclus sur le fondement du 5° de l'article 139 du décret n°2016-360 relatif au droit des marchés publics.

Le Secrétariat de la CCMOSS a eu à se prononcer sur l'obligation pour les acheteurs de signer un avenant à impact financier du fait de l'entrée en vigueur du RGPD.

Il a indiqué que les nouvelles contraintes pesant sur les prestataires ne peuvent pas faire l'objet d'une indemnisation puisque :

- elles résultent d'une réglementation d'ordre public et non d'une initiative du pouvoir adjudicateur,
- cette réglementation est applicable aux prestataires pour l'ensemble des marchés en tant que "sous-traitants" (titulaires des marchés) et en tant que responsables de traitement pour leur entreprise et non exclusivement pour les OSS,
- les OSS en tant que responsables de traitement ont de nouvelles obligations différentes de celles des titulaires des marchés (sous-traitants au sens de la réglementation européenne).

Vous souhaitez :

Des compléments d'informations
Obtenir des conseils sur la réglementation

Le secrétariat de la CCMOSS est à votre disposition :

Téléphone : 01.45.38.82.69
ccmoss@ucanss.fr

Conseils droit des marchés
Téléphone : 09.72.67.80.08
ccmossconseils@ucanss.fr

Nous contacter :

Editions Ucanss
18 Avenue Léon Gaumont
75980 Paris cedex 20
ccmoss@ucanss.fr

Conception-rédaction :

Secrétariat de la CCMOSS - Ucanss
Direction de la Communication
Studio graphique - k-i-s.me
Impression - CIS Graphic

Directeur de la publication :

Raynal Le May

**RETROUVEZ
LE RAPPORT D'ACTIVITÉ
DE LA CCMOSS 2018**

www.ucanss.fr

