

Master 2 Droit et politiques de Défense et de Sécurité Nationale

Université de Lille – Année universitaire 2018-2019

Tuteurs de stage : Commissaire Principal Arnaud LEGER (DGA) – Pascal HALGAND (PFC-SO)

Directeur de mémoire : Lieutenant-Colonel MUSSEAU

Les achats publics au sein du ministère des Armées

DROIT DE LA CONCURRENCE ET EXCLUSIONS DE LA PROCEDURE
DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS, UN EQUILIBRE POUR LA
PRESERVATION DES INTÉRÊTS ECONOMIQUES ET STRATEGIQUES
DE L'ETAT FRANÇAIS

MEMOIRE DE STAGE PRESENTE PAR SARAH BADOURALY



« L'Université n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières émises dans ce mémoire. Ces opinions sont considérées comme propres à leur auteur. »

L'auteur certifie que le mémoire présenté en vue de l'obtention du Master 2 Droit public, parcours Droit et politiques de Défense et de Sécurité Nationale a été écrit de sa main, que ce travail est personnel et que toutes les sources utilisées ont été indiquées dans leur totalité.

Il atteste sur l'honneur qu'il n'a ni recopié, ni utilisé des idées ou des formulations tirées d'un ouvrage, article ou mémoire en version imprimée ou électronique sans mentionner précisément leur origine et que les citations intégrales sont signalées entre guillemets.

Remerciements

Je remercie mon directeur de mémoire, le Lieutenant-Colonel MUSSEAU pour son soutien durant mes deux stages.

Je remercie également grandement mes tuteurs de stage, le Commissaire Principal LEGER dont la disponibilité m'a permis de comprendre les achats au sein de la DGA, ainsi que monsieur HALGAND pour les missions qu'il m'a confiées, traduisant la confiance qu'il m'a accordée dès mon arrivée au sein de son service.

Je souhaitais aussi remercier M. PIEKARSKI de la DGA qui m'a inspirée pour ce sujet de mémoire, ainsi que le Commissaire BESSODES de la PFC-SO qui a partagé avec moi ses expériences de commissaire aux armées, m'orientant avec bienveillance dans mes choix de carrière.

Enfin je remercie chaleureusement ma famille qui me soutient depuis toujours dans tous les projets que je porte. C'est aujourd'hui grâce à eux que je peux entrer confiante dans le monde professionnel.

J'aimerais en dernier lieu remercier mes camarades de promotion pour leurs encouragements dans mes choix d'études. Plus particulièrement, merci à Romain H. et Pierre T. qui ont su me remotiver chaque fois que cela était nécessaire, ainsi qu'à Alexis D. avec qui j'ai pu partager mes interrogations et mes découvertes qui ont permis l'aboutissement de ce mémoire.

Sommaire

REMERCIEMENTS

SOMMAIRE

TABLE DES ABREVIATIONS

INTRODUCTION

CHAPITRE 1 : PRESENTATION DE DEUX STRUCTURES AU SEIN DU MINARM ACTRICES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

PARAGRAPHE 1 – LA DIRECTION GENERALE DE L'ARMEMENT : « CONSTRUIRE ENSEMBLE LA DEFENSE DE DEMAIN »

PARAGRAPHE 2 – LA PLATE-FORME COMMISSARIAT DU SUD-OUEST : « POUR UN SOUTIEN DYNAMIQUE DES FORCES DANS UNE APPLICATION RAISONNEE DE LA REGLE »

PARAGRAPHE 3 – DEUX ENTITES COMPLEMENTAIRES : UNE REPOSE GLOBALE AUX BESOINS DES FORCES ARMÉES EN MATIERE D'EQUIPEMENT

CHAPITRE 2 : METHODOLOGIE DES PRODUCTIONS DEMANDEES PENDANT LES STAGES AU SEIN DE DEUX ENTITES DU MINARM

PARAGRAPHE 1 – LA COMMANDE PUBLIQUE EN DROIT FRANÇAIS : UN PAN DU DROIT FRANÇAIS EXTREMEMENT REGLEMENTE

PARAGRAPHE 2 – LE DOCUMENT MULTICOLORE : UN DOCUMENT INTERNE A LA DGA PERMETTANT UNE CONNAISSANCE FINE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

PARAGRAPHE 3 – LA RESILIATION D'UN MARCHÉ PUBLIC AUX FRAIS ET RISQUES DU TITULAIRE : UN CAS D'EXCLUSION DE LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

CHAPITRE 3 : SURTRANSPOSITIONS DES ARTICLES RELATIFS AUX EXCLUSIONS DE LA PROCEDURE DE PASSATION

PARAGRAPHE 1 – LE PHENOMENE DE TRANSPOSITION DES DIRECTIVES : UNE METHODE D'UNIFORMISATION DES DROITS DES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE MANIERE SOUPLE D'HARMONISER LE DROIT DES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE

PARAGRAPHE 2 – LES SURTRANSPOSITIONS : UNE CONSEQUENCE DE LA MARGE DE MANŒUVRE ACCORDEE AUX ETATS MEMBRES

PARAGRAPHE 3 – LES EXCLUSIONS DE LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS : UNE ANALYSE GRACE AU DOCUMENT MULTICOLORE

CONCLUSION

ANNEXES

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

Table des abréviations

Aff.	Affaire
ALPHA	Application en Ligne de Pilotage des (H)Achat
BITD(E)	Base Industrielle et Technologique de Défense (Européenne)
c/	Contre
CAA	Cour Administrative d'Appel
CCAG (FCS)	Cahier des Clauses Administratives Générales (applicables aux marchés publics de Fournitures Courantes et Services)
CCAP	Cahiers des Clauses Administratives Particulières
CCP / Code	Code de la Commande Publique
CCTP	Cahiers des Clauses Techniques Particulières
CE	Conseil d'Etat
CEMA	Chef d'Etat-Major des Armées
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européenne
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
DAJ	Direction des Affaires Juridiques
DAP	Division Achats Publics
Décrets (de 2016)	Décrets n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité
DGA	Direction Générale de l'Armement
FRS	Fondation pour la Recherche Stratégique
GSBdD	Groupement de Soutien aux Base de Défense
IGI	Instruction Générale Interministérielle
JORF	Journal Officiel de la République Française
MCO	Maintien en Condition Opérationnelle
MINARM	MINistère des ARMées
Ordonnance (de 2015)	Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
PFC (SO)	Plate-Forme Commissariat (Sud-Ouest)
S2A	Service des Achats d'Armement
SCA	Service du Commissariat des Armées
SGA	Secrétaire Général pour l'Administration
SIPRI	Stockholm International Peace Research Institute (Institut international de recherche sur la paix de Stockholm)
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
L'UE L'Union	L'Union Européenne

Introduction

Paragraphe 1 – Les marchés de défense ou de sécurité en France : une évolution récente intrinsèquement liée à la construction européenne

« [Le Code de la Commande Publique] constitue une étape déterminante dans la démarche de rationalisation et de modernisation du droit de la commande publique, initiée avec la transposition des directives européennes de 2014. Il permet en effet de simplifier les règles de la commande publique et de renforcer la sécurité juridique des contrats, ce qui contribuera à limiter au maximum les contentieux ». Telle est la position du ministère de l'Action et des Comptes publics¹ au sujet du Code de la Commande publique (CCP), entré en vigueur au 1^{er} avril 2019. Partant, le ministère faisant lui-même référence aux directives européennes de 2014 relatives aux marchés publics², il est intéressant d'analyser la transposition des directives. Il s'agira non seulement de celles de 2014 évoquées par le ministère, mais également celle de 2009 qui intéresse tout particulièrement les marchés de défense et de sécurité³, qui font l'objet des développements suivants.

Il convient en avant-propos de rappeler que dès la création de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, « ancêtre » de l'Union européenne, l'objectif latent était le maintien de la paix en Europe, par la mutualisation des matériaux essentiels à la production d'armes. La volonté de l'Union européenne, telle que construite aujourd'hui, de s'investir dans le domaine de la sécurité s'explique donc aisément. Pourtant, pour les Etats membres, ce domaine reste difficilement transférable à l'Union européenne. De ce fait, bien qu'elle tente de réglementer de plus en plus cette matière, la défense reste du ressort du domaine régaliens des Etats membres. Cela se comprend dans la mesure où les « services régaliens font exister l'Etat ou lui permettent de fonctionner, comme l'armée, la justice, la diplomatie, les finances. Ils

¹ Réponse du ministère de l'Action et des Comptes publics, publiée dans le JO Sénat du 16/05/2019, p. 2607

² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

³ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE

*correspondent à des fonctions liées de souveraineté de l'Etat*⁴ ». Le rôle du ministère des Armées (MINARM) étant précisément d'assurer l'intégrité territoriale de l'Etat, il participe directement au maintien de sa souveraineté. Les dérogations aux principes de libre concurrence apparaissent donc comme des mesures nécessaires lorsqu'il s'agit d'équiper les forces armées françaises. Ces dérogations permettent aux Etats membres de conserver une marge d'appréciation en ce qui concerne les mesures qu'ils estiment nécessaires pour préserver leur sécurité publique, tant qu'ils respectent le principe de proportionnalité⁵. Le domaine de la défense a donc toujours été un domaine sensible, exclu de la construction européenne du fait de l'échec de la Communauté européenne de défense de 1953⁶. De ce fait, il a très tôt fait l'objet de dérogations quant à la circulation des matériaux nécessaires à la sauvegarde des intérêts sécuritaires de la Nation. A ce titre, les Etats membres considèrent que l'armement ne fait pas partie du domaine économique classique⁷. Ainsi, dès 1958 le Conseil a établi une liste de produits⁸, mise à jour régulièrement, auxquels ne sont pas appliquées les règles de l'Union. Cette liste indique les produits pour lesquels les Etats membres peuvent faire jouer l'exemption aux règles de concurrence, prévue par l'article 346 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). L'objectif de cet article est ainsi de préserver les « *intérêts essentiels* » de la sécurité nationale en permettant à un Etat membre de « *prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre* »⁹.

Bien que la Cour de Justice ait eu l'occasion de préciser que ces dispositions « *ne se prêtent pas à une interprétation extensive* »¹⁰, l'exception est devenue la règle¹¹. Une pratique à tendance protectionniste fréquente a été mise en place par les Etats membres : les compensations industrielles. Cette pratique consiste pour les Etats achetant des équipements en matière militaire à des entreprises non nationales à leur imposer le paiement d'une compensation, c'est-à-dire un « *ensemble de pratiques commerciales dont le but est de rétablir*

⁴ GULIELMI G.J, KOUBI G., *Droit du service public*, Ed. Montchrestien, Coll. DOMAT, 2000, pp. 585, p. 167

⁵ Article 36 TFUE

⁶ IRONDELLE B., « L'Europe de la défense à la croisée des chemins ? », *Critique internationale*, 2005, n° 26, p. 180

⁷ CHARDIGNY C, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruxelles, ed. Bruylant, 2013, p 65

⁸ Décision du Conseil 255/58 du 15 avril 1958

⁹ Article 346 §1 b) TFUE

¹⁰ CJCE 16 septembre 1999, Commission des Communautés européennes c/ Espagne C-414/97

¹¹ CHARDIGNY C, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruxelles, ed. Bruylant, 2013, p 66

l'équilibre des termes de l'échange au profit du pays acheteur »¹². Concrètement, cela signifie que l'entreprise productrice à qui achète l'Etat s'engage en retour de l'importante commande passée à investir dans la production nationale. Un tel mécanisme constitue une violation du principe de non-discrimination¹³. En effet, l'intervention étatique dans l'industrie nationale, grâce aux clauses compensatoires introduites dans les marchés passés, crée une mesure restrictive¹⁴ au sens du droit de l'UE puisqu'elle pénalise les opérateurs économiques non-nationaux en leur imposant d'autres obligations que celles de production ou fourniture du matériau objet du contrat. Ces obligations supplémentaires se matérialisant au travers de contreparties économiques à l'obtention du marché¹⁵ sont dès lors considérées comme incompatibles avec les Traités¹⁶.

Paragraphe 2 – La directive défense¹⁷ : une conciliation entre européenisation et impératifs de sécurité

Il est ainsi intéressant de s'interroger sur la manière dont s'effectue la conciliation des impératifs de sécurité et les principes essentiels du droit de la concurrence, issus du droit l'Union européenne. En effet, l'Union tend en permanence à ouvrir le marché intérieur et à garantir l'exercice d'une concurrence loyale. C'est à ce titre qu'elle cherche à inclure les marchés de la défense dans le droit commun du marché intérieur. Dans la mesure où la défense est un domaine extrêmement sensible, longtemps resté sans encadrement législatif, les marchés publics de la défense restaient soumis au droit commun de l'UE. Toutefois, les Etats s'y soustrayaient en invoquant systématiquement l'article 346 TFUE. Ce constat a abouti à l'élaboration de ce que qui est communément appelé le « paquet défense », composé d'une

¹² Archives du Centre d'Etudes Stratégiques de la Marine, « La gestion des compensations dans l'industrie d'armement : enjeux et perspectives », 2009, pp. 13, p1, disponible sur : <http://cesm.marine.defense.gouv.fr/index.php/publications/archives> [Consulté le 12/07/2019]

¹³ Voir Annexe 1

¹⁴ Communiqué de presse de la Commission européenne du 25 janvier 2018, relatif aux marchés publics de la défense et à l'ouverture de procédures d'infraction à l'encontre de cinq Etats membres

¹⁵ Archives du Centre d'Etudes Stratégiques de la Marine, « La gestion des compensations dans l'industrie d'armement : enjeux et perspectives », 2009, pp. 13, p1, disponible sur : <http://cesm.marine.defense.gouv.fr/index.php/publications/archives> [Consulté le 12/07/2019]

¹⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil COM (2016) 762 final du 30 novembre 2016 sur la mise en oeuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, conformément à l'article 73, paragraphe 2, de ladite directive

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

communication de la Commission datant de 2007¹⁸, ainsi que de deux directives de 2009¹⁹, dont l'une s'intéresse spécialement à la question des marchés de défense et de sécurité. L'objectif de ces textes est de limiter le recours à l'article 346 TFUE en établissant un « *marché européen des équipements de défense* »²⁰, où seraient effectivement appliquées les règles de concurrence, de transparence et de non-discrimination. Cependant la directive 2009/81/CE ne réglementait que partiellement la passation des marchés de défense et de sécurité. Ceci explique que certains articles du Code de la Commande Publique relatifs aux marchés de défense et de sécurité ne se retrouvent qu'en droit français.

Cette évolution s'est faite notamment grâce au Traité de Maastricht²¹ qui a marqué la volonté des Etats d'étendre la coopération à des questions sensibles pour la souveraineté, comme la diplomatie, la sécurité, la politique étrangère. Cependant, le modèle d'intégration apparaissait trop contraignant. Les Etats membres ont donc préféré revenir au modèle classique de la coopération intergouvernementale, plus respectueux de la souveraineté étatique. Cette méthode se traduit par un refus par principe de tout transfert de souveraineté, les Etats cherchant simplement à rapprocher leur politique et dégager des positions communes. Ceci a donc abouti à l'élaboration de directives, règles liant « *tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* »²².

L'édiction de cette directive 2009/81/CE relative aux marchés de défense a créé l'obligation pour les Etats membres de la transposer dans leur droit national, et ce avant le 21 août 2011²³. La transposition d'une directive européenne implique que tout Etat membre destinataire d'une directive communautaire doit procéder à l'adoption des mesures nécessaires

¹⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive », 5 décembre 2007

¹⁹ Directive 2009/43/CE du Parlement et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE

²⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil COM (2016) 762 final du 30 novembre 2016 sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, conformément à l'article 73, paragraphe 2, de ladite directive

²¹ Traité instituant l'Union européenne et modifiant les traités instituant les Communautés européennes, signé le 7 février 1992 à Maastricht et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993

²² Article 288 TFUE

²³ Article 72 « Transposition », Directive 2009/81/CE

à sa mise en œuvre²⁴. En France, la transposition complète a été réalisée au de plusieurs textes, à commencer par la loi du 21 juin 2011²⁵, complétée quelques mois plus tard par un décret du 14 septembre 2011²⁶ et un arrêté en date du 3 octobre 2011²⁷. Ces textes sont restés en vigueur jusqu'en 2016, date à laquelle a été pris le décret n°2016-361 relatif à la passation des marchés publics de défense ou de sécurité²⁸. Ce décret est ainsi venu compléter l'ordonnance de 2015²⁹ transposant les directives européennes relatives aux marchés publics de 2014³⁰.

Les très nombreuses surtranspositions de directives européennes présentes dans le droit français ont rapidement conduit le Conseil d'Etat à qualifier la situation d' « urgence démocratique »³¹ compte tenu de leur impact négatif sur la qualité du droit. La surtransposition est un mécanisme d'adoption ou maintien de mesures aussi bien législatives que réglementaires allant au-delà des exigences minimales d'une directive de l'UE. Par conséquent, un tel mécanisme tend à causer des distorsions de concurrence dans un marché aussi européenisé que celui de la France.

Conscient des problèmes que cela représente, le législateur a voté une loi d'habilitation pour une simplification et une clarification du droit de la commande publique dès le mois de décembre 2016³². A partir de cette date, le Gouvernement disposait alors d'un délai de vingt-quatre mois pour élaborer et promulguer la partie législative du futur code. Faisant suite à cela, une circulaire a été émise³³, identifiant notamment les surtranspositions comme une des causes de l'inflation législative.

²⁴ Fiche d'orientation Dalloz, « Directive de l'Union européenne », octobre 2018, disponible sur : <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/000329> [consulté le 24/07/2019]

²⁵ Loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité

²⁶ Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité

²⁷ Arrêté du 3 octobre 2011 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres

²⁸ Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

²⁹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

³⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

³¹ CE, « Etude annuelle 2016, simplification et qualité du droit », La documentation Française, septembre 2016

³² Loi « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 38

³³ Circulaire du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact, JORF n°0175, texte n°3, 28 juillet 2017

La loi de programmation militaire pour 2019-2022³⁴ prend également en compte ce constat généralisé à l'ensemble de la commande publique en l'appliquant plus spécifiquement aux marchés de défense. Il y a en effet la volonté de supprimer certaines surtranspositions qui se trouvaient dans l'ordonnance de 2015. L'ensemble de ces actions a abouti sur la promulgation, fin 2018, d'une ordonnance – portant partie législative³⁵ du désormais Code de la Commande Publique – et d'un décret – portant partie réglementaire³⁶ - entrés en vigueur au 1^{er} avril 2019.

Paragraphe 3 – Le régime des exclusions des procédures de passation d'un marché public : des surtranspositions questionnables

Malgré cette refonte du droit de la commande publique et les objectifs affichés, certaines surtranspositions demeurent dans le Code actuel. Dès lors, à la lueur de deux stages réalisés au sein du service juridique et contentieux de la Direction Générale de l'Armement (DGA) et de la division achats publics de la Plate-Forme Commissariat Sud-Ouest (PFC-SO), il apparaît vital de se pencher sur ces surtranspositions au travers du régime des exclusions des procédures de passation, qui en comporte encore quelques-unes.

Alors même que la tendance actuelle est à la suppression des surtranspositions dans le domaine des achats publics³⁷, quels éléments peuvent encore justifier le maintien de telles dispositions plus restrictives que le droit de l'Union européenne ? Plus encore, quelles peuvent être les conséquences du maintien de ces dispositions dans le processus achat du ministère des Armées (MINARM) ?

Le MINARM représente 267 604 personnels, dont 206 317 militaires qui travaillent de concert avec les 61 287 civils pour servir l'Etat français³⁸. Ce sont autant de militaires qui doivent être soutenus, notamment par la DGA et les PFC. Ainsi, les achats publics représentent 1 866 personnels civils quand les juristes ne représentent que 468 personnels civils.

³⁴ LOI n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense

³⁵ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique

³⁶ Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique

³⁷ Voir notamment le projet de loi portant suppression de surtranspositions de directives européennes en droit français dont le texte a été adopté en première lecture par le Sénat le 7 novembre 2018

³⁸ Bilan social 2018 du ministère des Armées publié par le SGA

Le présent mémoire de stage se décomposera ainsi en trois parties permettant de comprendre l'imbrication des deux structures dans lesquelles les stages ont été effectués (Chapitre 1) et d'en illustrer la réalisation grâce à des exemples tirés des documents produits durant ce stage (Chapitre 2). Enfin il s'agira d'approfondir un point qui se révèle problématique en ce qui concerne les marchés de défense, à savoir une transposition divergente de la directive 2009/81/CE dans les articles relatifs aux interdictions de soumissionner (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Présentation de deux structures au sein du MINARM actrices de la commande publique

Diverses entités ont pour mission d'effectuer les achats de travaux, fournitures et services au profit des personnels du MINARM. Dans le cadre de ce Master, et pour la réalisation de ce mémoire, deux stages distincts ont été effectués. Une telle immersion au sein de deux structures du ministère des Armées mettant en œuvre les achats publics, la DGA (paragraphe 1) et la PFC-SO (paragraphe 2) a permis d'observer, de mettre en pratique et de questionner les règles relatives à la commande publique, mais surtout d'observer leur complémentarité (paragraphe 3).

Paragraphe 1 – La Direction Générale de l'Armement : « Construire ensemble la défense de demain »

La DGA est une entité multi-facette (A), chargée notamment de la passation de marchés de défense (B) afin d'équiper les forces armées française. La réalisation d'un stage au sein du département juridique de son service achat d'armement s'est avérée être une expérience enrichissante sur de nombreux points (C).

A) La DGA, une entité plurielle promouvant l'image de la France en matière de défense

La DGA est l'une des trois branches du MINARM, également constitué par le Chef d'Etat-Major des Armées (CEMA) et du Secrétaire Général pour l'Administration (SGA). Au cœur de l'industrie de défense française, la DGA a pour mission d'assurer la souveraineté de la France dans ce domaine. Créée en 1961 par le Général de Gaulle³⁹, la DGA est en charge de l'équipement des forces armées françaises en matière d'armement. Outre cette fonction essentielle, elle cherche également à renforcer l'innovation en matière de défense, à promouvoir la coopération européenne en la matière et à soutenir les exportations⁴⁰.

³⁹ Fiche profil de la DGA, « DGA Construisons ensemble la défense de demain », avril 2019

⁴⁰ Document de présentation de la DGA, avril 2019

Du fait de ces missions extrêmement variées quant à leurs perspectives et objectifs, la DGA se compose de près de 10 000 collaborateurs⁴¹, répartis en différentes directions et pôles⁴². Plus particulièrement, du fait d'une ambition politique forte d'inscrire la défense dans une démarche européenne, la direction de la stratégie, dirigée depuis 2014 par l'Ingénieure générale hors classe de l'armement Caroline LAURENT, a en charge la gestion des bases industrielles et technologiques de défense (BITD) française et européenne. Une BITD forte permettant d'être compétitif sur le marché de l'armement, une BITD européenne développée permettrait *a fortiori* à l'Union européenne de s'imposer face à des géants de l'armement comme les Etats-Unis. De la même manière, sur la volonté de la ministre des Armées Mme Florence PARLY, l'Agence de l'innovation de défense a été créée le 1^{er} septembre 2018⁴³ et directement rattachée au directeur général pour l'armement, M. Joël BARRE⁴⁴. Bien que rattachée directement à la DGA, l'Agence de l'innovation de défense, dirigée par un civil, M. Emmanuel CHIVA, apparaît comme un segment isolé. Cette spécificité permet aux personnels de ce pôle de favoriser l'innovation, en effectuant des recherches – il s'agit alors d'innovation planifiée – ou en effectuant des captations d'innovations civiles dans une optique d'innovation ouverte.

De manière plus concrète, pour mener à bien ses missions, l'organisation de la DGA s'articule autour de trois volets. Le premier volet, relatif à l'architecture capacitaire vise à penser un système donné de manière globale, et ce dès la phase de conception. Il y a ainsi un double aspect d'intégration au niveau européen et d'approche collaborative avec les armées. L'objectif est ainsi d'améliorer les systèmes de combat en adaptant les processus d'élaboration aux besoins.

Le second volet, stratégie de souveraineté, vise à permettre à la France de devenir leader au sein des différents programmes européens ayant attrait à la défense comme le programme européen de développement industriel de défense en renforçant notamment la compétitivité industrielle et en soutenant et en incluant les PME. De ce fait, la DGA soutient pleinement une BITD forte, ce qui permet notamment de soutenir les PME stratégiques. Par cette implication, les différents industriels acquièrent une meilleure visibilité, permettant d'accroître les exportations et de

⁴¹ « Le recrutement à la DGA », 8 février 2019, disponible sur : <https://www.defense.gouv.fr/dga/recrutement2/le-recrutement-a-la-dga> [consulté le 30/07/2019]

⁴² Voir Annexe 2

⁴³ « Présentation de l'agence », disponible sur : <https://www.defense.gouv.fr/aid/l-agence/presentation> [consulté le 30/07/2019]

⁴⁴ Voir Annexe 2

renforcer l'autonomie française en la matière. La DGA accompagne à ce titre les industriels dans leurs exportations pour permettre une adaptation à la demande de l'Etat client. Elle exerce pour ce faire un contrôle a priori mais également un contrôle a posteriori.

Enfin, le troisième volet vise à simplifier et accélérer le cycle d'acquisition des équipements. Dès lors, il s'agit du volet le plus pertinent pour le présent mémoire puisqu'il vise à simplifier et accélérer le cycle d'acquisition des équipements. La DGA mène ainsi de grands programmes d'armement dits complexes, mais également des opérations connexes, ce qui permet de répondre à tous les besoins en équipement émis par les armées. Les achats d'équipement à destination des forces s'effectuent au sein de la direction des opérations, et plus particulièrement au service des achats d'armement (S2A) où travaillent conjointement depuis 2016, date de création du service⁴⁵, 450 experts : acheteurs, juristes, experts techniques. A ce titre, le Code de la Commande Publique récemment entré en vigueur devrait permettre une simplification dans la passation des marchés de défense et de sécurité.

B) Les marchés de défense ou de sécurité, un enjeu économique certain

Les marchés de défense et de sécurité visent à satisfaire les besoins de l'Etat en matière de travaux, fournitures et services dans le domaine de la défense et de la sécurité⁴⁶. Par définition, ces marchés ne s'ancrent pas dans le droit commun, du fait de leur objet particulier. L'objet du marché, critère déterminant pour qualifier un marché public de défense ou de sécurité, doit être militaire ou destiné à la sécurité⁴⁷, sans qu'il n'y ait de définition plus précise dans le Code. Selon la directive 2009/81/CE, la notion d'« équipement militaire » renvoie à la liste de matériels de 1958⁴⁸ évoquée précédemment, devant être entendue au sens large selon les différentes évolutions, technologiques, politiques et des besoins. Cette notion peut en outre être utilisée pour désigner du matériel initialement civil mais utilisés pour des fins militaires⁴⁹. Néanmoins, sur ce dernier point, la Cour de Justice est intervenue afin de limiter l'application

⁴⁵ « Présentation » du S2A, 21 mars 2018, disponible sur *IXARM, le portail de l'armement* : <https://www.ixarm.com/fr/connaitre-le-service-des-achats-s2a> [Consulté le 19/04/2019]

⁴⁶ Code de la Commande Publique, Article L. 1113-1

⁴⁷ Code de la Commande Publique, Article L. 1113-1, 1° et 2°

⁴⁸ Décision du Conseil 255/58 du 15 avril 1958

⁴⁹ Directive 2009/81/CE, considérant 10

des règles spécifiques aux marchés de défense aux biens à double usage en estimant que la finalité militaire ne peut pas être simplement éventuelle mais doit être certaine⁵⁰. De plus, la Cour a également indiqué que la fin spécifiquement militaire s'observait au regard non seulement de l'application du bien mais également au regard de ses propriétés, initiales ou relevant de modifications substantielles⁵¹. Les précisions ainsi apportées par la directive 2009/81/CE et le juge européen concernant le champ d'application de la directive, donc de l'article L. 1113-1 1° du Code de la Commande Publique, permettent de saisir l'étendue des marchés de défense ou de sécurité, pour le volet défense objet du présent mémoire, sans pour autant permettre de les définir de manière claire et synthétique.

Cette notion de marché de défense apparaît donc incertaine, ce qui permet une flexibilité lors de leur passation. En effet, grâce au caractère vague des dispositions permettant la qualification d'un marché de défense, l'Etat acheteur peut largement négocier avec les différents opérateurs économiques avec lesquels il souhaite contracter⁵². Cet aménagement permet dans un premier temps d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix, mais également de s'assurer, lors de réunions pouvant être organisées, que le besoin a bien été compris, dans tous ses aspects. Ceci permet ainsi d'avoir une livraison en conformité totale avec la demande, ce qui est une nécessité absolue compte tenu de l'enjeu économique, politique et surtout de sécurité que cela représente pour l'Etat. Enfin, ces dispositions permettent une gestion optimale des deniers publics. Ceci reste une contrainte à prendre en considération compte tenu de l'importance financière que représentent ces marchés. La fonction de régulation du droit de la commande publique apparaît donc pleinement ici. En effet, les dispositions relatives aux marchés de défense ou de sécurité s'appliquent de la conception à l'élimination⁵³ des produits entrant dans la catégorie des équipements militaires ou de sécurité, l'article L. 1113-1 3° du Code de la Commande Publique faisant référence au cycle de vie de l'équipement.

Par ailleurs, ce point 3° de l'article L. 1113-1 du Code évoque les « *travaux, fournitures et services directement liés à un équipement mentionné au 1°* », permettant d'inclure, en tant que marché de défense, des prestations de toute nature, y compris purement civiles, dès lors qu'elles se rattachent directement à un marché de défense. Cette extension des marchés de

⁵⁰ CJCE, 2 octobre 2008, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, aff. C-157/06

⁵¹ CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10

⁵² Code de la Commande Publique, Titre II du Livre III de la Partie II

⁵³ Code de la Commande Publique, Article L. 1113-1, 3°

défense aux prestations directement rattachables à un équipement militaire rejoint la théorie de l'accessoire. Cette théorie, applicable à la disposition mentionnée veut que l'accessoire, en l'espèce la prestation qui peut être de nature civile et dont l'acheteur a démontré le lien direct avec l'équipement militaire, suive le principal, en l'espèce le marché de défense ayant permis l'acquisition dudit équipement militaire. Pour reformuler, l'accessoire se verra appliquer le même régime que le principal, i.e. la prestation de nature civile se verra appliquer le même régime que le marché de défense s'ils ont tous deux traits à un seul et même équipement militaire. Cette disposition peut notamment être mobilisée pour le maintien en condition opérationnelle (MCO).

Cette flexibilité particulière aux marchés de défense amène ainsi l'Etat à se trouver en situation de monopsonne⁵⁴. En effet, il n'y a qu'un seul acheteur d'armement possible en France : l'Etat. Il y a donc un acheteur pour de nombreux opérateurs économiques. C'est dans l'objectif de gérer l'ensemble de ces achats particuliers qu'une seule et même entité a été créée : la DGA. Cette dernière, pour son volet achat, se constitue notamment d'un département juridique et contentieux, dont la mission est de s'assurer du respect des règles de la commande publique lors de la passation des marchés de défense. Ceci conditionne notamment la crédibilité de l'Etat lors de l'acquisition, parfois controversée, de ces biens.

C) Le département juridique et contentieux, pierre angulaire du processus d'achat

Le stage effectué à la DGA s'inscrit dans ce cadre de l'entrée en vigueur du Code de la Commande Publique le 1^{er} avril 2019, date du début du stage. Effectué pendant une durée de trois mois au sein du service juridique et contentieux du S2A, ce stage a permis la réalisation de diverses missions qui sont au cœur du métier de juriste à la DGA. Ainsi, un travail tant théorique que pratique a pu être réalisé. Des fiches répondant à des questions juridiques ont été réalisées, permettant de revoir la rédaction de certains articles de marché pourtant issus des CCAG, qui se sont avérés peu clairs et source de risque en matière de sécurité juridique. A titre d'illustration, il peut être évoqué une question posée par un acheteur au juriste travaillant avec lui sur son marché au sujet des compétences des tribunaux⁵⁵. Après analyse de la clause

⁵⁴ MASSON H., PAULIN C., « Le Marché de défense : concept et réalité », *Notes de la FRS*, 29 novembre 2005

⁵⁵ Voir Annexe 3

litigieuse, il a pu en être déduit que la formulation ne permettait pas d'inclure tous les cas de figure possibles pour la production des matériels commandés. Dès lors, ce point a été remonté afin d'envisager une mise à jour du clausier, document négocié avec les différents industriels et la DGA.

Outre ce travail se rapprochant de la méthode universitaire, le stage a permis une immersion complète dans le travail de juriste au sein de la DGA avec la participation à différentes commissions internes contrats, ayant pour objectif la concertation des différents acteurs de la DGA de la chaîne d'achat au sujet du marché en cours de préparation. Par ailleurs, la participation à la refonte de l'Instruction 29⁵⁶ a été particulièrement enrichissante permettant ainsi une compréhension des mécanismes de délégation de compétence pour la passation des marchés publics. Par ailleurs, la mise à jour de différents modèles de rapports de présentation existants, et plus encore l'élaboration d'un modèle d'avenant⁵⁷ et de son rapport de présentation⁵⁸ a aidé à saisir l'ensemble des enjeux liés à ces documents. Tout d'abord, la production de tels modèles permet aux acheteurs de tous les sites de la DGA d'uniformiser l'ensemble des documents, permettant ainsi une plus grande clarté pour tous leurs interlocuteurs, et de fait une efficacité accrue. En outre, les acheteurs, n'ayant pas nécessairement de formation juridique, acquièrent une base juridiquement solide, adaptable aux spécificités du marché concerné grâce aux conseils indiqués. Il en résulte ainsi une plus grande sécurité juridique. A titre d'exemple, l'article 4 de l'avenant⁵⁹ relatif à la primauté juridique de l'avenant peut sembler non-nécessaire puisque son contenu relève de l'évidence. Ainsi, il a pu être constaté qu'il n'était pas systématiquement introduit dans les avenants, soit dans un objectif de simplification du document contractuel, soit simplement par oubli. Pourtant, en cas de litige l'absence d'une telle clause peut se révéler dangereuse. Il a ainsi été décidé d'inclure systématiquement cette clause dans le modèle afin d'éviter toute instabilité juridique.

4. Primauté juridique de l'avenant n°X

Les autres clauses et conditions du marché n° 20XX XX XXXX *modifié (le cas échéant)* demeurent applicables en tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions du présent avenant, lesquelles prévalent en cas de contradiction.

⁵⁶ Instruction S-ACH n°0029, « Principes de délégation pour les marchés publics (actes initiaux et actes d'exécution) du service des achats d'armement (S2A) de la direction des opérations », 3^{ème} édition, 2019

⁵⁷ Voir Annexe 4

⁵⁸ Voir Annexe 5

⁵⁹ Voir Annexe 4

Enfin, le fil rouge durant ces trois mois de stage a été la réalisation d'un Code de la Commande Publique consolidé, appelé « document multicolore », en collaboration avec le service Politique stratégie d'achat (PSA). Ce document, divisé en deux parties en respectant le découpage du code « partie législative » et « partie réglementaire », permet ainsi non seulement d'avoir les renvois directement insérés sous les articles, mais également de mettre en perspective la rédaction de la législation française et la rédaction des directives européennes desquelles elle s'inspire. Cela a donc abouti à deux documents conséquents, l'un faisant plus de 200 pages, le seconde plus de 500 pages. Les exemples illustratifs de la suite des présents développements seront tirés de la partie législative dudit code consolidé de 200 pages.

Paragraphe 2 – La Plate-Forme Commissariat du Sud-Ouest : « Pour un soutien dynamique des forces dans une application raisonnée de la règle »

Les Plates-Formes Commissariat (PFC) sont des organismes du MINARM en charge du soutien quotidien des unités stationnées en France (A). Pour réaliser cette mission, de nombreux marchés publics qui sont passés chaque année, dans le respect des règles de la commande publique malgré la spécificité des soutenus (B). Ainsi, le stage réalisé a permis de saisir l'entièreté du processus des achats publics (C).

A) La PFC-SO, une entité de soutien aux bases de défense du Sud-Ouest de la France

Les plates-formes commissariat, au nombre de huit, jusqu'à très récemment appelées plates-formes achat-finance⁶⁰, sont des organismes rattachés au Service du Commissariat des Armées (SCA) représentant l'échelon de déconcentration zonal⁶¹. Le SCA a pour mission d'assurer le soutien opérationnel des militaires. Pour être le plus efficace dans celle-ci, le SCA est divisé en plusieurs organismes s'articulant entre eux. Les PFC représentent l'échelon

⁶⁰ Les PFAF sont devenues des PFC par l'arrêté du MINARM du 28 février 2019 portant organisation du service du commissariat des armées (articles 1 et 15)

⁶¹ Note du SCA, n°1687/ARM/DCSCA/SDPS/NP, « Attribution des plates-formes commissariat en tant qu'échelon de synthèse et de déconcentration zonal », 7 mai 2019

intermédiaire entre la direction centrale et les Groupements de Soutien aux Base de Défense (GSBdD). Ces derniers transmettent leurs besoins à leur PFC de rattachement, d'où leur autre dénomination de « soutenus ». Les PFC suivent tout le processus du marché, de sa passation à son achèvement, en passant par son exécution. Ainsi, en cas de non ou de mauvaise exécution, les bénéficiaires du marché font remonter leurs constatations à la PFC qui, le cas échéant, aura la charge d'envoyer des mises en demeure ou d'appliquer des réfections ou des pénalités. Le dialogue entre soutenus et PFC est donc essentiel à la bonne exécution des marchés.

La PFC-SO située à Bordeaux est compétente pour toute la zone sud-ouest, et comprend les bases de défense de Bordeaux-Mérignac, Cazaux, Mont de Marsan, Pau-Bayonne-Tarbes, Toulouse-Castres, Montauban-Agen, Brive la Gaillarde, Angoulême, Rochefort-Saintes-Cognac et Saint Maixent-Poitiers. Toutes les unités sont ainsi rattachées à une seule base de défense. La PFC-SO assure le soutien en matière de restauration-hôtellerie-logement, de gestion base vie et en matière de gestion logistique des biens. Cela recouvre ainsi notamment le gardiennage et le nettoyage des locaux ou encore l'entretien des espaces verts ou la collecte des déchets, en plus des équipements hors armement pour les unités présentes sur sa zone de compétence. Ces segments représentent pour la division achats publics (DAP) de la PFC-SO 327 marchés passés en 2018 et 404 en cours d'exécution sur l'année 2019⁶².

En outre, la PFC-SO est également compétente au niveau national pour toutes les demandes d'intérim de la part des GSBdD⁶³. Ces contrats nouvellement utilisés par le ministère des Armées permettent, compte tenu des politiques ministérielles actuelles de rationalisation des effectifs, de répondre aux besoins ponctuels en effectifs des entités du ministère après qu'aient été épuisés le recours aux réservistes et aux CDD. Afin d'encadrer ce processus, un accord-cadre⁶⁴ a été élaboré pour permettre la passation de marchés subséquents d'intérim de manière sécurisée. Cet accord-cadre fait en réalité suite à un marché passé en 2015 pour une durée de trois ans ayant permis les premiers recours à l'intérim au sein du ministère des Armées. En cas de recours à une entreprise de travail temporaire, l'acheteur recourt aux règles de la commande publique puisqu'il ne procède pas à un recrutement mais achète une prestation de service⁶⁵.

⁶² Document de présentation du Commissariat des Armées aux nouveaux arrivant, septembre 2019

⁶³ Directive de politique de recours à l'intérim du SGA, 7 mai 2018, n° 0001D18010334/ARM/SGA/DRH-MD

⁶⁴ Accord-cadre n°2017.011.2018.048.00.00 relatif aux prestations de mise à disposition de personnels intérimaires au profit du ministère des Armées en France métropolitaine (hors Corse), 13 mars 2018

⁶⁵ Circulaire relative aux modalités de recours à l'intérim dans la fonction publique, 3 août 2010, Ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique

Ainsi, les demandes d'intérim sont traitées par la PFC-SO et non pas des directions des ressources humaines. La PFC-SO conclut, à la réception d'une demande de satisfaction de besoin, un marché subséquent avec la société de travail temporaire, en l'espèce la société Synergie qui est titulaire de l'accord-cadre précité⁶⁶. Sur la base de ce marché subséquent seront ensuite conclus des contrats de mise à disposition d'un personnel intérimaire, avec un contrat par intérimaire. La structure d'accueil, émettrice du besoin, peut, si elle le souhaite, proposer un agent identifié. Si tel n'est toutefois pas le cas, la recherche du personnel intérimaire remplissant les conditions de poste est laissée à la société d'intérim.

B) Les marchés publics passés par une PFC, le droit commun de la commande publique adaptée au contexte

Les marchés publics constituent une branche de la commande publique, au même titre que les concessions, qui constituent la seconde grande catégorie de contrats publics. La dernière réforme a conduit à revoir les compétences en matière de marchés publics. Le pouvoir réglementaire n'est désormais compétent que pour préciser par décret⁶⁷ les règles fixées par voie générale dans l'ordonnance⁶⁸ prise sur habilitation du législateur⁶⁹. Le Code de la Commande Publique définit en son article L. 2 les contrats de la commande publique comme étant des « *contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». Apparaissent dans cette définition trois critères : un critère organique, un critère matériel et un critère financier.

Le critère organique se matérialise en la personne de l'acheteur, qui dans le cas des achats au sein du MINARM, sera un organisme tel que la DGA ou les PFC. L'acheteur, qualifié plus précisément de pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice du marché selon les cas, est une personne de droit public, par nature ou par dépendance. Ainsi, une entité dépendant

⁶⁶ Accord-cadre n°2017.011.2018.048.00.00 relatif aux prestations de mise à disposition de personnels intérimaires au profit du ministère des Armées en France métropolitaine (hors Corse), 13 mars 2018

⁶⁷ Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018

⁶⁸ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018

⁶⁹ Loi « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Article 38

financièrement de l'Etat ou d'une collectivité territoriale et satisfaisant un besoin d'intérêt général devra respecter les règles de la commande publique. L'emploi du terme « acheteur » dans le Code de la Commande Publique pour faire référence tant au pouvoir adjudicateur qu'à l'entité adjudicatrice permet un allègement dans la rédaction des articles. La précision n'est faite que lorsqu'il existe des dispositions différentes pour les marchés se rapportant à un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

Le critère matériel renvoie, quant à lui, au fait qu'un marché public vise uniquement la satisfaction des besoins propres du pouvoir adjudicateur, qui dans les développements du présent mémoire se trouve être l'Etat. Contrairement aux directives européennes, qui n'en font pas un critère en soi du marché public⁷⁰, les textes français font du besoin de l'acheteur un critère de qualification d'un marché public⁷¹. Cette référence aux besoins de l'acheteur permet d'insister sur la fonction de l'achat public, en opposition à la logique de la concession. En effet, le système de la concession vise, en principe, la satisfaction des besoins des usagers d'un service public, et non pas la réalisation de prestations destinées exclusivement à la personne publique.

Cette fonction de l'achat public explique aussi le lien avec le mode de rémunération qui s'effectue par paiement public pour un marché, et principalement par redevance des usagers pour la concession. Le marché public s'est toujours caractérisé en droit français par le critère du financement. Etant un acte d'achat opéré par un pouvoir adjudicateur, il repose sur un paiement public, c'est-à-dire le versement d'un prix. Les marchés publics sont donc des contrats dans lesquels la contrepartie de la prestation résulte dans le paiement d'un prix par la personne publique bénéficiaire qui versant une somme déterminée. Sans rentrer dans les détails et les nuances des différents paiements et contrats administratifs, le caractère onéreux du contrat suppose une équivalence entre les prestations fournies et le montant dû par la personne publique. Ce critère de qualification en droit interne permet donc de distinguer le marché public d'autres types de contrats, notamment de la concession. Ainsi, les PFC, comme la DGA, ne passent pas de concessions car les bénéficiaires de leurs achats, appelés les soutenus, ne sont pas des particuliers payant une redevance, mais bien les bases de défense, c'est-à-dire l'Etat.

⁷⁰Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, Article 2, point 5

⁷¹Code de la Commande Publique, Article L. 2

Malgré la liberté contractuelle reconnue à l'administration⁷², il y a une obligation de mise en concurrence pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le respect des obligations de mise en concurrence permet une meilleure utilisation des deniers publics, prescription générale des règles de la commande publique⁷³. En effet, la mise en concurrence permet, d'une part, d'inciter les candidats à proposer des offres plus attractives et *a fortiori* des prix attractifs, et, d'autre part, au pouvoir adjudicateur de sélectionner l'offre qui apparaît la plus adéquate au regard des critères déterminés en amont lors de la phase de passation.

Par ailleurs, cela contribue également à la moralisation des politiques publiques par l'obligation légale des règles de publicité. Cela permet ainsi de s'assurer que tout opérateur économique puisse, sous réserve du respect des règles relatives aux exclusions des procédures de passation, se porter candidat et que son dossier sera examiné de manière égale à celui des autres candidats. Enfin, le respect des règles de mise en concurrence permet d'élargir le marché unique et d'offrir aux opérateurs économiques un cadre protecteur, que la contractualisation se fasse entre deux opérateurs de droit privé ou avec un acteur de droit public.

Néanmoins, les marchés passés par les PFC, bien que relevant du droit commun de la commande publique, visent à satisfaire les besoins aussi bien des personnels militaires, des groupes d'élites tels que les forces spéciales que ceux des civils de la défense. Il existe donc un cadre de travail particulier, nécessitant des mesures spécifiques relatives à la préservation des informations sensibles pouvant se trouver sur les lieux d'exécution des marchés. Des clauses et des exigences particulières liées à ce contexte sont donc incluses dans les contrats, comme par exemple l'obtention d'une habilitation à entrer sur une base ou des clauses de confidentialité. Ces dispositions peuvent donc s'avérer contraignantes pour les candidats, ce qui *de facto* tend à réduire le nombre d'offres faites au pouvoir adjudicateur.

10.3.3 Obligations de confidentialité

Le titulaire doit se conformer aux dispositions de l'article 5 du CCAG/FCS.

Il s'engage à ne pas divulguer le nom et l'origine des stagiaires, conformément aux pénalités prévues à l'article 10.11 du CCAP. De même, si des stagiaires provenant d'un autre organisme sont présents sur le site, il s'engage à organiser une répartition des pistes afin que chacun puisse réaliser des exercices sur des zones différentes sans se croiser.

⁷² Voir notamment CC, 30 novembre 2006, n°2006-543 DC et CE Section, 28 janvier 1998, Borg Warner, n° 138650

⁷³ Code de la Commande Publique, article L. 6

Il met en œuvre les moyens appropriés afin de garder confidentiels les informations, les documents et les objets auxquels il a accès lors de l'exécution du marché, sans qu'il soit besoin d'en expliciter systématiquement le caractère confidentiel.

Ces informations, documents ou objets ne peuvent être, sans autorisation expresse de l'acheteur, divulgués, publiés, communiqués à des tiers ou être utilisés directement par le titulaire, hors du marché ou à l'issue de son exécution.

Il s'engage à faire respecter ces obligations à l'ensemble de son personnel, le cas échéant à ses sous-traitants et fournisseurs.

L'acheteur peut demander, à tout moment, au titulaire, de lui retourner les éléments ou supports d'informations confidentielles qui lui auraient été fournis.

La violation de l'obligation de confidentialité par le titulaire peut entraîner la résiliation du marché aux torts du titulaire.

A titre d'illustration, la présente clause est issue du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) d'un marché visant à louer un terrain pour des entraînements militaires. Ainsi, outre les conditions très spécifiques relatives à l'objet du marché, telles qu'une superficie relativement importante, des obligations de confidentialités importantes peuvent être imposées.

C) Les achats au profit des bases de défense, de la réception des besoins au règlement des contentieux

Au cours de ce second stage, réalisé à l'issue du premier à la DGA, toutes les étapes de la chaîne d'achat ont pu être observées. Ainsi, lorsqu'un besoin est exprimé par une entité rattachée à la PFC-SO, il est transféré au Bureau Programmation Clients, qui fait partie de la DAP de Bordeaux. La section programmation, qui se doit de connaître les stratégies d'achat, recense et analyse ces besoins afin de pouvoir attribuer les dossiers aux acheteurs via un système informatique « ALPHA », outil de pilotage des achats. Afin de faciliter cette démarche de compréhension des besoins et d'adaptation de la réponse au besoin en fonction des différents accords-cadres, des fiches-synthèse ont été réalisées. Ces dernières reprennent et font ressortir les éléments essentiels des accords-cadres, principalement les grands axes, les intitulés, les modes opératoires, la durée, les montants, le caractère obligatoire ou non, le service exécutant – engagement des fonds et paiement – et le bénéficiaire⁷⁴. Par ailleurs, pour donner suite à une visite sur site pour un suivi de contrats et durant laquelle le bénéficiaire a exprimé son

⁷⁴ Voir Annexe 6

mécontentement vis-à-vis des prestations contractuelles demandées et effectuées par le prestataire, plusieurs rapports de situation ont été dressés, reprenant les actions menées et celles envisagées pour les sites problématiques. Il s'agit grâce à cela d'avoir un document dressant l'ensemble de la situation, les solutions souhaitables, celles envisageables et les difficultés quant à leur mise en œuvre.

Parallèlement à ce travail de fond aboutissant à des productions concrètes, ce stage a également été l'occasion de participer concrètement et activement au travail quotidien de la PFC-SO. Ceci s'est notamment traduit par la participation à différentes commissions internes marchés pour apporter un conseil juridique nouveau sur la passation des marchés. De même, ce stage a permis de mettre en application les connaissances acquises durant tout le cursus universitaire dont le point final est la réalisation du présent mémoire. En effet, outre la correction de nombreux projets de marchés, des marchés d'intérim ont été rédigés, validés par la hiérarchie et envoyés pour signature.

Paragraphe 3 – Deux entités complémentaires : une réponse globale aux besoins des forces armées en matière d'équipement

Les stages réalisés au sein de deux structures distinctes du MINARM ont été l'occasion de comprendre la complémentarité de ces structures (A). De plus, durant les deux stages, des missions bien différentes ont été réalisées, permettant grâce à cela de comprendre l'ensemble du processus d'achat du ministère (B). Enfin, cela a été une opportunité de mettre à profit les connaissances acquises pendant les cinq années universitaires (C).

A) Deux structures d'achat, pour des besoins distincts

Les marchés publics sont au cœur de la politique de défense de la France. En effet, l'achat d'armes, d'équipement et de services au profit du ministère des Armées doit se faire dans le respect des règles de la commande publique, mais également des finances publiques. Les deux entités, la DGA et le SCA, ont ainsi des missions voisines mais bien distinctes et surtout complémentaires.

La DGA a ainsi en charge l'achat de l'armement, c'est-à-dire de de l'ensemble de l'équipement⁷⁵ comprenant les armes, les systèmes d'armes, les matériels et munitions au profit des forces armées pour l'accomplissement de leur mission⁷⁶. A ce titre, elle passe pour l'essentiel des marchés de défense et de sécurité, définis à l'article L. 1113-1 du Code de la Commande Publique, et bénéficiant d'un régime particulier concernant les marchés publics.

Parallèlement aux achats d'armement, le ministère des Armées doit également apporter un soutien et fournir des conditions de préparation suffisantes aux troupes. Ainsi, le SCA est compétent pour ce qui concerne tous les achats hors-armement, ce qui comprend notamment les services au profit des entités du ministère et le matériel hors-armement à destination des forces. Dans cette organisation, les PFC assurent le soutien de proximité au quotidien pour les besoins courants – fournitures et prestations – au profit des militaires casernés dans leur zone.

Le travail complémentaire de ces deux entités permet aux forces de bénéficier de toutes les conditions nécessaires à leur entraînement et à la réalisation de leurs missions. L'aspect interarmées de ces structures permet de soutenir de manière similaire les trois armées, en répondant au plus près à leurs attentes grâce aux personnels issus de tous les horizons. A ceci s'ajoute un aspect « civilo-militaire » qui permet de mettre à profit des compétences et des expertises de civils spécialisés dans un domaine donné, comme l'achat ou le droit.

Cette démarche va de pair avec la politique de mutualisation et de contraction des moyens initiée en 2008⁷⁷, notamment au niveau du SCA. Ainsi, chaque base de défense est rattachée à un groupement de soutien de base de défense, qui dépend d'une plate-forme commissariat selon la zone où il se trouve. Ce système permet une couverture et un traitement zonal des besoins quotidiens au plus près des soutenus, tout en garantissant une certaine harmonisation entre les différentes plate-forme commissariat grâce au logiciel unique pour les achats hors armement, SI ALPHA, outil commun à toutes. Le soutien n'est donc pas local, à l'échelle d'une caserne ou d'une ville dans un souci de rationalisation et donc de mutualisation et de recherche de la performance économique, mais il n'est pas non plus totalement centralisé compte tenu de

⁷⁵ Définition « armement », Dictionnaire Universalis, disponible sur : <https://www.universalis.fr/dictionnaire/armement/> [Consulté le 31/07/2019]

⁷⁶ Définition « armement », Dictionnaire Larousse, disponible sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/armement/5286> [Consulté le 31/07/2019]

⁷⁷ « Histoire récente du SCA, disponible sur le site du SCA : <http://portail-commissariat.intradef.gouv.fr/page-espace/pr%C3%A9sentation-du-commissariat-des-arm%C3%A9es/historique> [Consulté le 31/07/2019]

l'ampleur de la demande de la part des soutenus. L'échelon intermédiaire zonal apparaît donc comme étant le plus adapté en ce qu'il permet une meilleure gestion des budgets tout en garantissant une certaine proximité, nécessaire à un soutien de qualité.

Pour ce qui concerne la DGA, organisation en charge de l'équipement des forces armées, depuis la conception des systèmes d'arme jusqu'à leur évaluation durant l'utilisation⁷⁸, l'organisation est totalement différente. En effet, les achats représentent des contrats d'importance, passés de manière ponctuelle. Il s'agit le plus souvent d'un contrat particulier, avec des budgets et investissements conséquents, attribués selon les programmes définis. La centralisation est donc possible, voire nécessaire pour s'assurer de la bonne utilisation des deniers publics et assurer une cohérence entre les trois armées.

B) Deux stages successifs, pour comprendre l'ensemble de la chaîne de l'achat au sein du MINARM

Les deux stages réalisés apparaissent ainsi complémentaires. A la DGA, les compétences juridiques ont été mises à profit et développées. En effet, le travail de juriste au sein de la DGA se traduit notamment par la relecture des contrats, la concordance entre les documents contractuels et du conseil aux acheteurs concernant la rédaction des contrats afin d'en garantir la sécurité juridique. Néanmoins, la structure reste d'une taille importante et les contrats conséquents avec un processus de passation qui s'avérant être relativement long et protégé compte tenu de l'objet du contrat, des enjeux et des délais de contractualisation. Il a donc été difficile en trois mois d'assister à l'ensemble du processus et donc de saisir dans sa globalité processus, les services étant séparés les uns des autres, notamment géographiquement. A contrario, la structure de la PFC-SO est de taille beaucoup plus réduite, ce qui permet de connaître tous les intervenants de la chaîne. Un passage prolongé au service des achats avec pour mission notamment la rédaction de marchés d'intérim, de la réception du besoin jusqu'à la notification du marché, a ainsi permis de compléter ce qui a pu être expérimenté au sein de la DGA. La multiplicité des marchés et la vitesse à laquelle les étapes se sont succédées ont permis d'enrichir la connaissance juridique et des achats au sein du MINARM.

⁷⁸ « Présentation de la Direction Générale de l'Armement », 6 mai 2019, disponible sur : <https://www.defense.gouv.fr/dga/la-dga2/missions/presentation-de-la-direction-generale-de-l-armement> [Consulté le 14/08/2019]

Le passage au sein de ces deux structures, et les différentes tâches réalisées durant ces six mois permettent ainsi d'avoir une vision complète et consolidée du processus d'achat public. La DGA a permis de saisir l'étendu du travail du juriste en marchés publics, tandis que la PFC a permis de comprendre toute la responsabilité inhérente à cette fonction de juriste. En effet, l'observation du travail de l'acheteur et les questions contentieuses traitées ont aidé à mieux appréhender le travail de juriste en marchés publics en ce qu'il a permis de prendre pleinement conscience des clauses pouvant s'avérer être litigieuses.

C) La mise en pratique des savoirs acquis durant le cycle universitaire, l'achèvement d'un parcours

L'immersion dans ces deux structures au cours des six derniers mois a été un moyen de mettre en perspective différents modules universitaires et la réalité du terrain. Les cours de marchés publics et de droit de l'Union européenne, de la Licence au Master 1, ont été le moyen de saisir les enjeux du monde qui nous entoure. Le Master 2 dans le cadre duquel ont été réalisés les deux stages, a permis de comprendre l'ensemble des problématiques liées à la défense et à la sécurité nationale. Ces deux aspects ont été pleinement retrouvés dans le cadre du stage à la DGA.

Le stage dans cette structure a été notamment la concrétisation des points abordés pendant le cours de marchés de défense. En effet, il en est ressorti la certitude que les marchés de défense sont aujourd'hui grandement inclus dans les processus communs d'achats publics afin d'éviter les dérives. Le stage a ainsi offert l'opportunité de voir les moyens mis en œuvre pour répondre aux impératifs de légalité mais également d'efficacité et de rapidité. Le juriste au service achat de la DGA semble donc au cœur du processus d'achat, en travaillant de concert avec l'acheteur. Ce constat peut également, malgré les échelles totalement différentes, être dressé pour le fonctionnement de la PFC. Dans ces deux structures, le juriste suit les différentes étapes du processus de passation d'un marché public.

Par ailleurs, ce stage a permis de visualiser le fonctionnement des mégas acquisitions, c'est-à-dire des marchés à fort investissement, sur le plan financier mais également sur le plan de l'innovation et des moyens de recherches mis en œuvre pour acquérir du matériel performant et résistant. Ces marchés sont souvent structurés autour du MCO des matériels acquis. Ainsi,

certaines marchés passés sous l'égide du Code des Marchés Publics de 2006 sont encore aujourd'hui en cours d'exécution ou « avenantés ». Actuellement, la France travaille sur de nouveaux systèmes d'armes, et de même, il s'agit d'un processus long dû aux enjeux importants. Il est ainsi intéressant de suivre, au travers des marchés passés et à venir, l'évolution de la législation et de la jurisprudence en matière de commande publique, étudiée de manière théorique à l'Université.

L'expérience acquise pendant les stages mise en perspective avec les connaissances accumulées au cours du cursus universitaire permet de voir de quelle manière cette question de la passation des marchés de défense aide à une large indépendance, à laquelle est attachée la France. En effet, il s'agit essentiellement de doter l'Armée des meilleurs équipements au moment voulu, sans dépendre d'acteurs extérieurs, ce qui pourrait remettre en cause l'indépendance nationale.

Chapitre 2 : Méthodologie des productions demandées pendant les stages au sein de deux entités du MINARM

Au cours du premier stage effectué au sein de la DGA, le travail de fond demandé a porté sur le Code de la Commande Publique. Ceci a permis d'approfondir le droit de la commande publique (paragraphe 1) en suivant une méthodologie rigoureuse pour élaborer le document consolidé demandé (paragraphe 2). Enfin, au cours du second stage, une question de nature juridique a été soulevée et a été étudiée de manière approfondie, se rapportant au sujet du présent mémoire : les motifs d'exclusion de la procédure de passation (paragraphe 3).

Paragraphe 1 – La commande publique en droit français : un pan du droit français extrêmement réglementé

L'élaboration d'un nouveau Code de la Commande Publique a été l'occasion pour le législateur français de réorganiser l'ensemble des règles applicables aux achats publics et de les regrouper dans un code unique (A). Une certaine liberté a été prise au regard du droit de l'Union européenne (B), pour autant, le régime spécifique des marchés de défense tend à se rapprocher du régime de droit commun de la commande publique (C).

A) Le Code de la Commande Publique, une réorganisation logique du droit français de la commande publique

Le Code de la Commande Publique, composé de 1 747 articles, a été publié le 5 décembre 2018⁷⁹ et est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019⁸⁰. Reprenant une structure similaire à celle du code du travail, ce code se structure en deux grandes parties, une première partie législative et une seconde réglementaire. Ces dernières, construites selon un parallélisme certain, se divisent comme suit :

⁷⁹ JORF n°0281 du 5 décembre 2018, textes n° 20 (partie législative) et n°21 (partie réglementaire)

⁸⁰ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, Article 20

- Parties
 - Livres
 - Titres
 - Chapitres
 - Sections
 - Sous-sections
 - Paragraphes

Grâce à cette structure, la simple lecture du numéro de l'article permet de déterminer son positionnement dans le Code, et ainsi d'identifier à quel type de contrat de la commande publique il se rattache. Les exemples suivants sont emblématiques du numérotage choisi pour les articles.

Article R. 3131-3

Le rapport comprend, notamment :

1° Les données comptables suivantes :

- a) Le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure ;
- b) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée ;
- c) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ;
- d) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles ;

2° Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle.

Cet article R. 3131-3 appartient à la Partie réglementaire, Troisième Partie sur les contrats de concession, Livre I sur les dispositions générales, Titre III intitulé Exécution du contrat de concession, Chapitre 1 portant sur la transparence et le rapport d'information de l'autorité concédante, 3^e article. Utiliser cet article en premier exemple permet de saisir la

structuration du Code. Tout d'abord, il s'agit d'un article en 3000, faisant partie de la Partie III relative aux concessions, que ce soit dans la partie législative ou réglementaire. Il ne sera donc dès lors pas applicable aux marchés de défense, objet du présent mémoire. De plus, cet article est tiré du Livre I^{er}, ce qui permet de savoir qu'il va concerner une disposition générale. En effet, tous les Livre I^{er} du Code traite des généralités qui seront applicable à la partie à laquelle il se rattache. Enfin, en mettant en perspective cet article et la table des matières du Code de la Commande Publique, il est possible de constater que les subdivisions inférieures au chapitre n'apparaissent pas dans le numéro de l'article alors qu'elles sont bien présentes et visibles dans le Code. En l'espèce, cet article R. 3131-3 se rattache à une Section 2 : Rapport d'information à l'autorité concédante.

Article L. 2324-1

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe au présent code, l'acheteur passe le marché de défense ou de sécurité selon l'une des procédures formalisées définies par le présent chapitre, dans les conditions et selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Deuxième et dernier exemple, l'article L. 2324-1. La lecture du numéro de l'article permet de savoir qu'il est issu de la Partie législative du Code, Deuxième Partie relative aux marchés publics, Livre III relatif aux dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité, Titre II sur le choix de la procédure de passation, Chapitre 4 concernant les marchés passés selon une procédure formalisée, 1^{er} article. Le Livre III renvoie, dans la partie législative comme réglementaire, aux marchés de défense ou de sécurité, qui sont des marchés publics puisqu'inclus dans la Deuxième Partie. Ces deux exemples permettent de constater par ailleurs que le Code de la Commande Publique reprend la distinction opérée en droit de l'UE sur les catégories de contrats publics⁸¹. Enfin, dernier constat sur l'organisation du Code, les Livres, dédiés chacun à un type de marché en suivant la vie du marché. Ainsi, en prenant l'exemple du Livre III de la Partie II dédié aux marchés de défense, les subdivisions, du Titre Ier au Titre VIII, sont les suivantes : Préparation du marché ; Choix de la procédure de passation ; Engagement de la procédure de passation ; Phase de candidature ; Phase d'offre ; Règles

⁸¹ D'AUZON S., « Le Code de la commande publique enfin publié : ce qu'il faut en retenir », 23 janvier 2018, *Le Moniteur*, 5 décembre 2018, disponible sur : <https://www.lemoniteur.fr/article/le-code-de-la-commande-publique-enfin-publie-ce-qu-il-faut-en-retenir.2009024> [Consulté le 04/08/2019]

applicables aux procédures de passation et aux techniques d'achat ; Règles applicables à certains MDS ; Achèvement de la procédure ; Exécution du marché.

Ce Code de la Commande Publique est une codification à droit constant, initiée par la loi Sapin II de 2016⁸². Cela signifie par conséquent que cette codification a consisté en une reprise quasi intégrale de l'ordonnance et des décrets, mais également les autres textes utilisés dans les marchés publics, soit une trentaine de textes⁸³. Les modifications apportées visent en effet uniquement à harmoniser le droit en matière de commande publique.

B) Le droit français de la commande publique, des particularismes au regard des directives européennes

Le Code consolidé, dit « document multicolore », réalisé pendant le passage à la DGA est un document interne, qui n'a donc pas vocation à être diffusé au-delà du service. C'est un document de travail permettant de mettre en perspective les articles du code, les concordances avec l'ordonnance et les décrets et leurs sources européennes. Son élaboration sera détaillée dans le paragraphe suivant.

Si, comme évoqué précédemment, cette codification s'est faite à droit constant, cela n'empêche pas de constater que de manière générale, la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics⁸⁴ s'est faite de manière très hétérogène au sein du Code de la Commande Publique. La suite de cette sous-division présente des extraits du document multicolore permettant de constater les libertés qui ont pu être prises ou non par rapport à la lettre des directives.

Article L. 2152-8

(II de l'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

⁸² Loi « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 38

⁸³ Fiche DAJ, « Présentation du code de la commande publique », 8 janvier 2019

⁸⁴ Directive 2014/24 et 2009/81

Article 67 point 4 directive 2014/24

4. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur.

Le Code de la Commande Publique est donc une codification à droit constant, reprenant notamment l'ordonnance de 2015 et les décrets de 2016. Ces textes transposant les dernières directives de l'Union européenne relatives aux marchés publics⁸⁵, certains articles reprennent à la lettre de la directive. Les directives européennes ont donc été transposées, au moins pour partie, de manière totalement conforme, comme par exemple l'article L. 2152-8 reprenant la première phrase de l'article 67 point 4 de la directive 2014/24. La lecture des deux dispositions permet de constater que les modifications de la lettre de la directive consistent en la simple adaptation du texte pour garantir une uniformité de vocabulaire utilisé en France et dans l'ensemble des articles du Code.

Article L. 2312-2

(I, alinéa 3 de l'article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

(3°, 2e phrase de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Pour l'application du premier alinéa de l'article L. 2112-3, le cycle de vie de l'équipement s'entend comme l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, y compris la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination.

Article 1 « Définitions » point 26 directive 2009/81/CE

Aux fins de la présente directive, les présentes définitions s'appliquent:

26. «cycle de vie»: l'ensemble des états successifs que peut connaître un produit, c'est-à-dire la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait et l'élimination;

Dans le Code de la Commande Publique, certains articles, sans reprendre mot à mot la directive, font une transposition conforme de la directive en conservant l'essence de la disposition européenne. C'est notamment le cas pour les articles de définition, qui reprennent

⁸⁵ Notamment Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

les définitions européennes, non plus sous forme de liste mais dans des articles indépendants les uns des autres. Dans de tels cas, l'esprit de la directive est conservé, seule la forme est modifiée lors de la transposition.

Article 57 « Motifs d'exclusions » point 4 a) directive 2014/24

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants:

a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2;

[Article 18 « Principes de la passation de marchés » point 2 directive 2014/24/UE

2. Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X.

Annexe X « Liste des conventions internationales dans le domaine social et environnemental visées à l'article 18, paragraphe 2 » directive 2014/24/UE

—Convention no 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical,

—Convention no 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective,

—Convention no 29 de l'OIT sur le travail forcé,

—Convention no 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé,

—Convention no 138 de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi,

—Convention no 111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession),

—Convention no 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération,

- Convention no 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants,
- Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone,
- Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (convention de Bâle),
- Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants,
- Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (PNUE/FAO) (Convention PIC), et ses trois protocoles régionaux.]

Article L. 2141-4

(alinéa 1 4° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui :

1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal ;

2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché, n'ont pas mis en oeuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail ;

3° Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent article s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

Cette exclusion n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation

du 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail et enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.

Cette exclusion n'est pas non plus applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

Article L. 2152-2

(I al. 2 de l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics)

Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

Article R. 2152-4

(II de l'article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics)

L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse dans les cas suivants :

1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ;

2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient en matière de droit de l'environnement, de droit social et de droit du travail aux obligations imposées par le droit français, y compris la ou les conventions collectives applicables, par le droit de l'Union européenne ou par les stipulations des accords ou traités internationaux mentionnées dans un avis qui figure en annexe du présent code.

Certains articles, tout en restant une transposition conforme, viennent modifier la structure initiale découlant de la directive. Ainsi, à titre d'illustration, l'idée véhiculée disposition a) du point 4 de l'article 57 de la directive 2014/24, très succincte dans sa rédaction, se retrouve dans trois articles distincts du Code de la Commande Publique. En effet, l'article 18 paragraphe 2 mentionné dans la disposition européenne traite du droit environnemental, social et du travail établi par le droit de l'UE, les droits nationaux et le droit international, dont les textes sont mentionnés en annexe X de la directive.

Article L. 2141-6

(I de l'article 49 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat de la procédure de passation du marché pour ce motif.

Par ailleurs, il est également possible de constater que certaines dispositions du Code apparaissent comme étant des dispositions purement nationales, non issues des directives. C'est, par exemple, le cas lorsqu'un opérateur économique voit sa situation évoluée, le plaçant ainsi dans un cas d'exclusion de la procédure de passation. Les candidats aux marchés publics français ont donc une obligation d'informer le pouvoir adjudicateur des évolutions de sa situation personnelle.

Article 57 « Motifs d'exclusions » point 4 a) directive 2014/24

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants:

c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité;

Enfin, il apparaît que le législateur français a fait le choix de ne pas transposer certaines dispositions préconisées par l'Union européenne. C'est le cas notamment pour le c) du point 4 de l'article 57 de la directive 2014/24/UE qui offre la possibilité au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure contradictoire relative aux exclusions à l'appréciation de l'acheteur, de démontrer que le candidat ne présente pas les garanties suffisantes pour devenir cocontractant de l'administration. Le législateur français semble avoir fait le choix de ne pas retenir cette disposition, ce qui pour autant ne renvoie pas à une lacune dans la transposition puisque la directive est d'harmonisation minimale.

C) Les marchés de défense ou de sécurité, un régime partiellement dérogatoire au droit commun de la commande publique

La directive 2009/81/CE apparaît comme un régime intermédiaire entre les directives civiles de 2014, remplaçant celles de 2004, et le régime dérogatoire de l'article 346 TFUE⁸⁶ longtemps utilisé pour acquérir du matériel militaire, qui reste maintenu. Avec les directives de 2014, la Commission européenne a cherché à inclure les marchés de défense dans le droit commun des marchés publics. Malgré cela, la transposition de la directive 2014/24/UE, qui s'est traduite par l'ordonnance de 2015 et les décrets de 2016 en droit français, maintient la spécificité puisqu'un décret spécifique aux marchés de défense ou de sécurité a été pris⁸⁷.

Cette séparation des textes se retrouve également dans le nouveau Code de la Commande Publique puisqu'un Livre III est spécifiquement dédié à ces marchés de défense ou de sécurité, ce qui confirme le caractère singulier de ces marchés. Cette spécificité de forme justifie sur le fond, puisque les singularités des marchés de défense ou de sécurité ont nécessité la présence des particularités juridiques. Ces particularités constituent un corpus juridique spécifique à ces marchés qui permet de réduire les exigences de mise en concurrence des opérateurs économiques.

C'est ainsi que seuls des opérateurs européens sont autorisés à candidater à des marchés de défense⁸⁸, sauf cas particuliers. A cela s'ajoute également la possibilité pour la DGA de conclure des marchés dits « spécial France », pour lesquels seules des entreprises françaises peuvent candidater⁸⁹. Plusieurs spécificités, qui se retrouvaient déjà dans l'ancien système de l'ordonnance et des décrets, sont toujours présentes. En outre, la rédaction actuelle du Code de la Commande Publique permet de constater que de nombreuses dispositions civiles sont désormais applicables aux marchés de défense. Ainsi, grâce au travail réalisé sur le document multicolore pendant le stage à la DGA, il a été possible de constater que la banalisation de la passation des marchés de défense progresse. En effet, même s'il existe un Livre⁹⁰ spécifique aux marchés de défense ou de sécurité, les nombreux renvois conduisent à ce que de nombreux

⁸⁶ MARTIN K., « Directive Marchés publics de défense et de sécurité : bilan et tendances », *Défense & Industries*, n°1, juin 2014, p. 5

⁸⁷ Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

⁸⁸ Code de la Commande Publique, Article L. 2353-1

⁸⁹ Instruction Générale Interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale, 30 novembre 2011, Article 65

⁹⁰ Code de la Commande Publique, Partie II, Livre III

articles de droit commun s'appliquent aux marchés de défense ou de sécurité, comme peut en témoigner le tableau ci-dessous. Ainsi, en prenant l'exemple des exclusions de la procédure de passation, toile de fond des présents écrits, plusieurs constats peuvent être faits.

Partie Civile		Partie Défense
Section 1 Exclusions de plein droit		
<p>Article L. 2141-1</p> <p>Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, <u>225-4-1, 225-4-7</u>, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.</p> <p>[...]</p>		<p>Article L. 2341-1</p> <p>Sont exclues de la procédure de passation des marchés de défense ou de sécurité les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.</p> <p>[...]</p>
Article L. 2141-2	Article L. 2141-3	<p>Article L. 2341-2</p> <p>Les dispositions des articles L. 2141-2 à L. 2141-5 s'appliquent.</p>
Article L. 2141-4	Article L. 2141-5	
		<p>Article L. 2341-3</p> <p>Sont exclues des marchés de défense ou de sécurité :</p> <p>1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13, 222-52 à 222-59 et 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure.</p> <p>L'exclusion de la procédure de passation des marchés s'applique pour une durée de cinq ans à</p>

	<p>compter du prononcé de la décision du juge sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente ;</p> <p>2° Les personnes qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur intégrité professionnelle ne peut plus être remise en cause ;</p> <p>3° Les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat.</p>	
<p>Article L. 2141-6</p> <p>L'acheteur peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion prévu à la présente section à participer à la procédure de passation d'un marché, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés.</p>	<p>Article L. 2341-4</p> <p>Les acheteurs peuvent autoriser un opérateur économique qui est dans un cas d'exclusion prévu à la présente section à participer à un marché pour des raisons impérieuses d'intérêt général.</p>	
<p>Section 2 Exclusions à l'appréciation de l'acheteur</p>		
<p>Article L. 2141-7</p>	<p>Article L. 2141-8</p>	<p>Article L. 2341-5</p> <p>Les dispositions de l'article L. 2141-7 à L. 2141-11 s'appliquent.</p>
<p>Article L. 2141-9</p>	<p>Article L. 2141-10</p>	
<p>Article L. 2141-11</p>		

Section 3 Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion	
Article L. 2141-12 Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat de la procédure de passation du marché pour ce motif.	Article L. 2341-6 Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat ou le soumissionnaire de la procédure de passation du marché pour ce motif.

Le présent tableau ne retranscrit que les articles, ou alinéas d'articles, permettant d'identifier les divergences qui existent dans les exclusions de la procédure de passation pour les marchés civils et les marchés de défense. Le premier constat pouvant être établi est que les exclusions dites facultatives – à l'appréciation de l'acheteur – sont identiques, qu'il s'agisse d'un marché civil ou d'un marché de défense. L'article L. 2341-5 Code, pourtant spécifique aux marchés de défense renvoie en effet directement aux dispositions civiles, ce qui montre les convergences entre les deux régimes juridiques. De même, quatre articles relatifs aux exclusions de plein droit sont repris du régime civil, via le renvoi effectué par l'article L. 2341-2 aux articles L. 2141-2 à L. 2141-5. Ces derniers concernent le respect de règles fiscales ou sociales de la part du candidat⁹¹, sa bonne santé financière⁹², et le respect de sa part du droit du travail⁹³.

Deuxièmement, il apparaît que certaines dispositions civiles sont plus strictes que leur équivalent défense. A titre d'exemple, la comparaison du premier alinéa des articles L. 2141-1 et L. 2341-1 CCP, dressant une liste d'infractions entraînant l'exclusion obligatoire du candidat de la procédure de passation respectivement pour les marchés civils et les marchés de défense, permet de constater une différence dans ces listes. Deux infractions ne se retrouvent pas dans le régime des marchés de défense, qui reste une exception aux règles de la commande publique. Les deux articles auxquels relatifs à ces infractions sont les articles 225-4-1 et 225-4-7 du Code

⁹¹ Code de la Commande publique, Article L. 2141-2

⁹² Code de la Commande publique, Article L. 2141-3

⁹³ Code de la Commande publique, Article L. 2141-4 et L. 2141-5

Pénal, incriminant respectivement la traite des êtres humains et sa tentative⁹⁴. Erreur du législateur ou non, cette divergence interroge néanmoins au regard de la gravité de l'infraction en cause. Il est à noter que cette différence de régime n'est pas nouvelle puisqu'elle existait déjà sous le régime de l'ordonnance de 2015, dont l'article 45 1° prévoyait que « *Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues [...] pour les marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal* ». Il ne semble pas y avoir de justifications officielles sur ce point, ce qui amène des raisonnements hypothétiques. Le législateur a-t-il voulu être plus souple pour les marchés de défense, dont l'objet spécifique restreint les candidats potentiels ? Des considérations morales semblent écartées au profit de la défense nationale et de la protection des intérêts de la Nation.

Les articles L. 2141-7 et L. 2341-4 CCP apparaissent également très semblables, bien que le premier article, relatif aux marchés publics classiques, semble plus restrictif. En effet, cela n'est qu'« *à titre exceptionnel* » que l'acheteur peut recourir à l'intérêt général pour passer outre une exclusion de plein droit. Ceci se comprend dans la mesure où il s'agit d'un article utilisé dans le domaine civil, dans lequel il y a bien souvent un nombre plus important d'opérateurs économiques, l'Etat pouvant ainsi sélectionner un autre candidat assez facilement. La divergence ne s'arrête pas ici puisque pour que cet article L. 2141-7 soit applicable, la réunion de trois conditions est nécessaire, contre une seule condition pour appliquer l'article L. 2341-4 à un marché de défense. Ce dernier article, relatif aux marchés de défense, apparaît donc plus souple, tout en étant une transposition conforme à sa directive de référence, la directive 2009/81/CE⁹⁵, tandis que le premier est plus contraignant et fait à ce titre l'objet d'une surtransposition par rapport aux prescriptions de la directive 2014/24/UE⁹⁶.

Troisième point pouvant être soulevé, les articles L. 2141-12 et L. 2341-6 CCP sont similaires. Le législateur aurait donc pu procéder à un renvoi aux dispositions civiles, comme dans beaucoup d'article du Livre III relatif aux marchés de défense ou de sécurité. Néanmoins, le législateur a, à juste titre, recopié cet article, car en cas de renvoi à l'article L. 2141-12, les sections 1 et 2 mentionnées auraient été celles non pas du Livre III spécifiques aux marchés de défense, mais bien celles du Livre I. Or comme cela a été présenté précédemment, si les sections 2 ainsi que certaines dispositions de la section 1 sont identiques, cela n'est pas le cas

⁹⁴ Voir Annexe 7

⁹⁵ Directive 2009/81/CE, Article 39, 1°

⁹⁶ Directive 2014/24/UE, Article 57 3° al.1 et 6° al.4

pour l'ensemble des articles visés. Même si la raison n'est donc pas évidente à la première lecture, une reproduction de l'article a donc été nécessaire dans le Livre III pour que l'article renvoie aux sections applicables au marché concerné.

Enfin, la mise en tableau des articles relatifs aux exclusions des procédures de passation permet de constater que l'article L. 2341-3 du Code n'a pas d'équivalent civil. Cet article renvoie en effet aux infractions propres à la sécurité nationale⁹⁷ et au regard de la sensibilité de l'objet des marchés de défense, une telle sécurité supplémentaire n'apparaît pas comme étant particulièrement étonnante

Paragraphe 2 – Le document multicolore : un document interne à la DGA permettant une connaissance fine du Code de la Commande Publique

Lors du stage à la DGA, un travail de fond a été demandé pour permettre l'identification des origines des dispositions, notamment de celles relatives aux marchés de défense ou de sécurité, au sein du nouveau Code de la Commande Publique. Pour ce faire, une méthodologie en trois temps a été appliquée afin de mettre à jour un document rassemblant le Code de la Commande Publique, les articles renvoyés et les articles des directives européennes. Ainsi, dans un premier temps, le document multicolore a été mis à jour des derniers décrets d'application (A). Suite à cette mise à jour, tous les renvois ont été insérés sous les articles (B), avant que ne soient ajoutés les articles des directives correspondants, ce qui a permis d'identifier les différences de rédaction entre les textes européens et les textes français (C).

⁹⁷ Voir Annexe 7

A) La mise à jour du document multicolore, un moyen d'observer les évolutions du droit de la commande publique

Le document multicolore est un document reprenant l'ensemble des articles du Code de la Commande Publique. Il a été élaboré à la suite de la publication de l'ordonnance et du décret, portant partie législative⁹⁸ et partie réglementaire⁹⁹ de ce nouveau Code. Il a donc été nécessaire de le mettre à jour des différents décrets d'application promulgués entre ces publications et l'entrée en vigueur du Code le 1^{er} avril 2019. Ce travail de fond a ainsi permis d'avoir une lecture globale des 1 747 articles, et ainsi de constater les évolutions entre les anciens textes en vigueur, l'ordonnance de 2015¹⁰⁰ et les deux décrets de 2016¹⁰¹. Il a ainsi pu être mis en évidence les créations d'articles et les reprises d'articles. Il a été fait le choix de faire apparaître les concordances entre ancienne et nouvelle réglementation dans ce document consolidé car les anciens textes, et notamment l'ordonnance et les décrets, demeurent encore applicables, pour les marchés passés avant l'entrée en vigueur du Code. Cela permet ainsi aux acheteurs de mieux appréhender les concordances et la nouvelle numérotation, entraînant par la même occasion un gain sur l'efficacité au travail et une minimisation des risques d'erreurs.

Article L. 2152-5

(création d'article)

Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

Article L. 2152-6

(article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses.

Lorsque une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

⁹⁸ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique

⁹⁹ Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique

¹⁰⁰ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

¹⁰¹ Décrets n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

Au travers de cet exemple, il est également possible de constater que le Code de la Commande Publique, effectuant une codification à droit constant des règles de la commande publique, est également venu consacrer des règles antérieurement jurisprudentielles au sein même des articles du Code¹⁰². L'article L. 2152-5, applicable aux marchés de défense ou de sécurité¹⁰³, est ainsi issu d'une jurisprudence constante¹⁰⁴ selon laquelle « *si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre* ».

Au total, le Code reprend 1 587 articles de l'ordonnance de 2015 et des décrets de 2016 et procède à 145 « créations » d'articles, c'est-à-dire des articles venant codifier des jurisprudences constantes ou d'autres articles relatifs à la commande publique mais non issus de l'ordonnance ou des décrets. Inversement, 38 articles n'ont pas été repris ou ont été abrogés et ne figurent donc pas dans ce nouveau Code de la Commande Publique¹⁰⁵.

Les articles relatifs aux exclusions des procédures de passation des marchés publics sont principalement législatifs, les articles réglementaires ne portant que sur les moyens de preuves de l'absence de motifs d'exclusion¹⁰⁶, et sont issus de l'ordonnance de 2015, des articles 42 et 45 à 49. Les articles réglementaires sont issus de l'article 43 du décret 2016-361 de 2016. Les dispositions du Code reprennent à l'identique les dispositions antérieures, hormis des ajustements ponctuels permettant d'ajuster le phrasé à la nouvelle numérotation des articles. Quelques différences de vocabulaires sont également à noter. Concernant plus précisément ces dernières, une différence majeure réside dans le fait que le Code de la Commande Publique parle non plus d'interdiction de soumissionner aux marchés publics mais d'exclusion de la procédure de passation. Cette nouvelle formulation est moins généralisante, permettant de comprendre que cette exclusion n'est pas définitive. Il n'y a pas d'interdiction pure et simple de manière générale, mais bien une impossibilité pour l'opérateur économique de se présenter à une procédure de passation à laquelle il envisageait de candidater. Par ailleurs, si la

¹⁰² Discours de Laure BEDIER, 30 novembre 2018, Conférence annuelle des achats publics, disponible sur : <https://www.lemoniteur.fr/article/le-code-de-la-commande-publique-enfin-publie-ce-qu-il-faut-en-retenir.2009024> [Consulté le 04/08/19]

¹⁰³ Code de la Commande Publique, Article L. 2352-1

¹⁰⁴ Voir par exemple CE, 29 mai 2013, Société Artéis, n°366606 ou CE, 30 mars 2017, Région Réunion, n°406224 (sous l'égide de l'ordonnance et des décrets)

¹⁰⁵ Voir tables de concordances proposées par la DAJ

¹⁰⁶ Code de la Commande Publique, Articles R. 2343-8 et R. 2343-9, reprenant les articles R. 2143-7 à R. 2143-9

catégorisation des cas d'exclusion demeure semblable, les intitulés des sections ont également évolué. Ainsi, l'ordonnance de 2015 évoquait des « interdictions de soumissionner obligatoires et générales », par opposition aux « interdictions facultatives », quand le Code préfère les termes « exclusions de plein droit » et « exclusion à l'appréciation de l'acheteur ». La nouvelle formulation pour désigner les exclusions « facultatives » apparaît plus juste dans la mesure où il ne s'agit pas réellement d'une faculté laissée à la main de l'acheteur qui déciderait de manière arbitraire. En effet, dès lors que l'opérateur économique se trouve dans l'un de ces cas d'exclusion mais qu'il est en mesure de prouver sa fiabilité dans le cadre de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 2141-11, alors l'acheteur se voit dans l'obligation de l'autoriser à candidater à la procédure de passation. Enfin, variation minime mais qui se retrouve dans l'ensemble des articles du Code, il n'est désormais plus question des « marchés publics » mais simplement des « marchés ». Afin d'éviter toute confusion entre les contrats publics et les outils de contractualisation, le législateur a décidé de modifier son vocabulaire. C'est ainsi qu'il différencie, d'une part, les « marchés publics » des « concessions » qui sont deux types de contrats différents, et, d'autre part, les « marchés » des « accords-cadres » qui sont deux outils permettant de contractualiser un marché public selon des modalités différentes.

B) Les renvois du document multicolore, un moyen d'explicitier le Code de la Commande Publique

Article R. 2343-9

(II, III, IV de l'article 43 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité)

Les dispositions des articles R. 2143-7 à R. 2143-9 s'appliquent.

[Article R. 2143-7

(II de l'article 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics)

L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-2, les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents. La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Le candidat établi à l'étranger produit un certificat établi par les administrations et organismes de son pays d'origine ou d'établissement.

Article L. 2141-2

(alinéa 1 2° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, ont conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes.

Article R. 2143-8

(III de l'article 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics)

Le candidat produit, le cas échéant, les pièces prévues aux articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail.

Article R. 2143-9

(IV de l'article 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics)

L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-3, la production d'un extrait du registre pertinent, tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement du candidat, attestant de l'absence de cas d'exclusion.

Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, il produit la copie du ou des jugements prononcés.

Article L. 2141-3

(alinéa 1 3° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes :

1° Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;

2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8

du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;

3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, et qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.]

Après avoir mis à jour le document multicolore avec les derniers ajustements réalisés par voie de décrets passés juste avant l'entrée en vigueur du Code de la Commande Publique le 1^{er} avril 2019, les renvois au sein du Code ont été insérés. Cela signifie concrètement que, dès qu'un article du Code est cité par un autre article, il est inséré sous cet article. Le fait d'avoir tous les articles mentionnés dans une disposition à la suite de celle-ci permet une plus grande lisibilité en ce qu'il n'y a pas besoin de retourner chercher les différents articles cités. C'est en ce sens que le document multicolore apparaît réellement comme étant un outil de travail à l'usage des juristes du S2A de la DGA.

L'utilisation des renvois peut s'avérer nécessaire notamment pour déterminer avec exactitude un champ d'application ou encore limiter la juxtaposition de textes reprenant les exactes mêmes dispositions. Cela peut notamment être le cas dans la commande publique où, si l'on souhaite qu'une disposition s'applique aux seuls marchés publics, il est possible de renvoyer directement à l'article L. 1111-1 CCP qui les définit.

Néanmoins, et ainsi que le note le Guide de légistique mis à jour en 2017, « *le renvoi à d'autres textes, utilisé à mauvais escient ou de manière trop systématique, peut comporter des risques pour l'intelligibilité et la clarté de la règle du droit* »¹⁰⁷. L'objectif de cet exercice était donc de rétablir la lisibilité de la norme contenue dans le Code de la Commande Publique, en apposant directement les renvois sous les articles en question.

Cependant, si l'objectif premier de cette méthodologie est donc d'offrir une plus grande lisibilité du Code de la Commande Publique, il a été constaté que ce système alourdisait considérablement le document. Partant de ce constat, le document multicolore se divise désormais en deux documents distincts, le premier portant sur la partie législative du Code de la Commande Publique, le second sur la partie réglementaire.

¹⁰⁷ CE, Premier Ministre, « Guide de légistique », *La Documentation Française*, 3^{ème} édition, 2017, disponible sur <http://www.guide-legistique.fr/guide.pdf> [Consulté le 01/09/2019]

Une version abrégée a également été réalisée, afin de regrouper en un document unique les dispositions, législatives et réglementaires, applicables aux marchés de défense. Cette dernière version est la plus usitée par les juristes de la DGA car ne s'encombrant pas de dispositions inutiles ou peu utilisées pour les marchés de la DGA. Les nombreux renvois du Livre III relatif aux marchés de défense témoignent également du rapprochement des deux régimes de passation des marchés publics.

C) Les directives européennes, un moyen de montrer les origines du droit français de la commande publique

Outre le fait que le document multicolore a vocation à être un outil de travail utilisé quotidiennement par les juristes du S2A, notamment grâce à l'insertion des renvois, il a aussi une utilité sur le plan de la théorie et de l'analyse juridique. En effet, ce document, en plus d'être mis à jour régulièrement et d'insérer les renvois entre les articles, indique les sources européennes de chaque disposition. Afin d'avoir les articles des directives dans leur intégralité, sans encombrer inutilement le document multicolore, il a été fait le choix de ne mettre les dispositions européennes en entière que pour la directive défense, et uniquement pour le premier des articles venant la transposer en partie.

Article L. 3

(article 1 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

(article 1 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession)

Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en oeuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Article 4 « principes de passation des marchés » directive 2009/81/CE

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

Article 18 « Principes de la passation de marchés » point 1 directive 2014/024/UE

1. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

Article 36 « Principes de la passation de marchés » point 1 al 1 directive 2014/025/UE

1. Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

Trois directives ont été prises comme références. La DGA ne passant pas de contrats de concession, la directive relative à la passation des contrats de concession¹⁰⁸ n'a pas été prise en compte pour la réalisation du document multicolore. La mise en forme de ce travail permet par ailleurs de constater les divergences de rédaction entre les différentes directives, et, dans une moindre mesure, comparer les régimes.

La directive 2009/81/CE¹⁰⁹ est celle qui concerne l'essentiel du présent mémoire puisqu'elle s'applique à la passation des marchés de défense ou de sécurité. Elle apparaît comme étant un régime spécifique permettant l'élaboration de procédures adaptées à l'objet spécifique des marchés de défense.

La directive 2014/24/UE¹¹⁰ est celle posant le cadre du régime commun des marchés publics. Pour autant, elle reste en partie applicable aux marchés de défense et de sécurité, notamment du fait des renvois opérés par le Code de la Commande Publique des articles de défense aux articles civils.

Enfin, la directive 2014/25/UE¹¹¹ applicable aux entités adjudicatrices a également été introduite dans le document multicolore, afin de pouvoir effectuer, quand cela est nécessaire, une comparaison entre la directive 2014/24/UE. En effet, les dispositions évoquant « l'acheteur » se réfèrent à la fois au pouvoir adjudicateur et aux entités adjudicatrices.

Grâce à cette méthodologie, l'étude des transpositions est rendue plus aisée, ce qui permet notamment de voir les points d'améliorations possibles et les éventuels écarts de transposition, comme les surtranspositions étudiées dans le chapitre suivant.

¹⁰⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

¹⁰⁹ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE

¹¹⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

¹¹¹ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

Un constat général a néanmoins pu être tiré de ce travail méthodique de transposition des directives. Concernant les critères d'exclusion de la passation des marchés publics, définis à l'article 39 de la directive 2009/81/CE, une disposition européenne ne semble pas avoir été transposée dans le Code de la Commande Publique. Le point 1 c) de cet article, relatif à la fraude aux intérêts financiers de l'UE, en fait un motif d'exclusion de plein droit qui n'est curieusement pas repris dans le Code de la Commande Publique. La raison de cette absence est particulièrement incompréhensible que cette infraction est pourtant sanctionnée dans le droit français à l'article 113-14 du Code Pénal.

Paragraphe 3 – La résiliation d'un marché public aux frais et risques du titulaire : un cas d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics

Les présents développements sont issus d'un cas litigieux rencontré à la PFC-SO. Il s'agit d'un marché de nettoyage pour lequel les règles de la commande publique de droit commun sont utilisées (A). Néanmoins, ce dossier a été formateur, et au regard de l'évolution du contentieux (B), la résiliation est envisagée. Cela permettrait à terme une éventuelle exclusion de la procédure de passation à venir pour remplir ce besoin, grâce à l'article L. 2141-7 du Code de la Commande Publique, également applicable aux marchés de défense (C).

Il est à noter que le cas d'espèce a été volontairement anonymisé, de ce fait, les lieux, dates et montants donnent des ordres d'idée mais ne rentrent pas dans les détails.

A) Un marché présentant des difficultés importantes, présentation du contexte local

Le marché public étudié, relatif au nettoyage de différentes entités militaires, a été notifié à la société titulaire X en décembre 2018. Il a été établi pour un montant maximum annuel HT de 1 250 000€. Les mensualités sont calculées pour chaque entité et la mensualité pour base aérienne pour laquelle l'exécution du marché est problématique s'élève à 35 000€ HT. Le marché a été conclu pour une durée de 12 mois démarrant à compter de sa notification, reconductible tacitement 2 fois pour une durée de 12 mois. La durée globale du marché ne peut

donc excéder 36 mois consécutifs. Une reconduction de moins de 12 mois est possible, auquel cas cette reconduction sera la dernière. La date de fin de marché est donc estimée, en premier lieu, à décembre 2019. Il a été indiqué dans le CCTP que les prestations doivent être exécutées en tenant compte de la nature et de l'usage des locaux. Ceci est assorti d'une obligation de résultat. Dès lors, le titulaire doit mettre en œuvre tous les moyens humains et matériels nécessaires à la bonne réalisation des tâches qui lui sont confiées pour le maintien de l'hygiène et de la propreté. Il s'engage donc à mettre en œuvre tous les procédés et moyens nécessaires à la réalisation des prestations demandées. Pour ce faire, il se doit ainsi de respecter les délais, coûts et niveaux de qualité prévus au marché. Tout manquement persistant pourra donner lieu à des pénalités, applicables de plein droit et sans mise en demeure préalable. De telles pénalités ne présentent pas de caractère libératoire. Le titulaire reste dès lors redevable de ses obligations contractuelles, notamment de la réalisation des prestations non exécutées ayant donné lieu à des pénalités.

Malgré cette obligation de résultat, plusieurs manquements de la part du titulaire dans l'exécution du contrat ont été à signaler. Premièrement, certains manquements ont été identifiés concernant la réalisation de certaines missions demandant l'utilisation d'un outillage spécifique. La réponse à l'appel d'offre de la société X a notamment fait ressortir une absence de nacelle pour le nettoyage vitres en hauteur difficilement accessibles de la base aérienne. Or en raison de son obligation de résultat, le titulaire doit fournir le matériel et le personnel nécessaires à la bonne réalisation des prestations commandées. Ainsi, quand bien même le titulaire ne disposerait pas du matériel nécessaire, il se doit de trouver une solution envisageable pour réalisées toutes les prestations demandées. Cela aurait pu par exemple être la location de nacelle ou tout autre moyen permettant d'atteindre les hautes vitres, ou encore la sous-traitance de cette tâche. Pourtant, aucun sous-traitant n'avait été déclaré lors de la présentation de l'offre. La question se pose donc d'un éventuel problème de compréhension, volontaire ou non, des spécificités des sites en amont de la conclusion du marché. Deuxièmement, certains manquements ont été identifiés concernant la qualité des prestations en elles-mêmes. Suite aux problèmes d'effectifs qui ont pu être rencontrés, entraînant ladite dégradation de la qualité des prestations, le prestataire a indiqué avoir augmenté le volume horaire des agents de nettoyage, sans qu'aucune amélioration n'ait été constatée.

B) L'application de pénalités, unique levier d'action

Pour ces raisons, et alors que le marché a été notifié courant décembre 2018, une mise en demeure a été envoyée en avril 2019 suite à un contrôle sur site au mois de mars 2019 attestant d'un niveau de propreté insatisfaisant. La réponse à cette mise en demeure, lacunaire et ne présentant pas le plan d'action demandé, n'est parvenue à la PFC-SO qu'en mai 2019, après relance téléphonique par l'acheteur en charge du dossier. En outre, suite aux manquements ayant durés 10 jours, en février 2019, des pénalités à hauteur de 200€ ont été appliquées. Les dysfonctionnements perdurant et la mauvaise foi des interlocuteurs ayant été soulignée à plusieurs reprises (retards pour les visites, absence de réponse à la mise en demeure nécessitant des relances, dégradation des prestations), la PFC-SO a pris la décision d'appliquer les pénalités s'élevant à près de 100 000€, correspondant au cumul des prestations non effectuées. Une demande de plan d'action a été émise par un courrier faisant suite à une réunion de cadrage qui s'est tenue dans les locaux de la PFC-SO à Bordeaux en mai 2019. Il a été décidé de surseoir les pénalités du mois de février, mars et avril 2019 dans l'attente de ce plan d'action. Ledit plan d'action a été communiqué par la société X à la date prévue. Ayant été jugé insatisfaisant de la part de la part de la PFC-SO, les pénalités du mois de février 2019, d'un montant de près de 100 000€ ont été affermies et notifiées par courrier de juin 2019.

Ces pénalités représentent un montant trois fois supérieurs à la mensualité, ce qui n'est pas sans poser de soucis eu égard au CCAP. En effet, le CCAP ne permet pas d'appliquer des pénalités aussi élevées, même si le total de l'ensemble de ces dernières s'élève à un montant de 100 000€. Le montant des pénalités est en effet plafonné à « 100% de la valeur des prestations », ce qui vraisemblablement s'entend de la mensualité, soit 35 000€ HT. En effet, les prestations sont évaluées sur le mois, et non sur l'année. La lecture de l'annexe à l'acte d'engagement de la société X pour le présent marché décompose les prix en montants forfaitaires mensuels et non annuels. Dès lors, « 100% de la valeur des prestations » s'entendrait du montant global au mois puisque la valeur des prestations est estimée mensuellement. Cette question a été soulevée au sein de la PFC-SO en juillet 2019.

En outre, les pénalités doivent avoir une fonction dissuasive et réparatrice¹¹². Ainsi, le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de moduler leur montant « si ces pénalités atteignent un

¹¹² Fiche DAJ, « Les pénalités dans les marchés publics », 1^{er} avril 2019

montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations »¹¹³. Un mémoire de réclamation contestant le montant et l'application des pénalités pour le mois de février a été envoyé par la société X en juillet 2019 à la PFC-SO et cet argument était avancé. Ce courrier fait savoir que la société X considère les pénalités comme étant disproportionnées au regard de la mensualité, sans pour autant mentionner le CCAP. Si ces dernières sont certes disproportionnées par rapport à la mensualité, elles correspondent aux manquements constatés (fiches de passage et d'entrées non signées indiquant l'entrée de 3 agents sur 9, fiches « incident » non signées par le représentant du prestataire sur place lorsqu'elles démontrent la mauvaise ou non-exécution des prestations, etc...). Les pénalités sont en effet appliquées de manière unitaire, le cumul de pénalités est donc à la hauteur de l'inexécution des prestations. Cependant, au regard de la clause plafond du CCAP, il a été convenu d'accéder à leur demande et de diminuer le montant des pénalités, pour les ramener à la mensualité.

Cette décision, notifiée au prestataire dans un courrier en date de fin juillet 2019, s'applique ainsi rétroactivement aux pénalités de février, mars et avril. Ainsi, de nombreuses pénalités, plafonnées à la mensualité, alors que le chiffrage des retards excédait largement ce montant, ont été appliquées. A terme, il conviendrait d'envisager une résiliation du marché aux frais et risques du titulaire puisque le prestataire ne donne pas satisfaction mais continue de contester l'application de telles pénalités dans son courrier de juillet 2019, estimant remplir sa mission convenablement. Cette éventualité a d'ailleurs été évoquée dans un échange de mails entre les différentes directions en juillet 2019, mais également rappelée à la société X dans de nombreux courriers.

C) L'application de l'article L. 2141-7 CCP au cas d'espèce, un regard juridique porté sur les marchés à venir

D'après le Code de la Commande Publique, reprenant les directives, la résiliation d'un marché précédent peut être utilisé comme motif d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur. L'article 48 I 1° de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, sous laquelle le marché a été passé, prévoit en effet que « I. - Les acheteurs peuvent exclure de

¹¹³ CE 29 décembre 2008 OPHLM de Puteaux, n° 296930 et CE, 19 juillet 2017 Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707

la procédure de passation du marché public : 1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur ; ». Il faut souligner que la réalisation d'un avenant négatif ne pourrait pas permettre l'activation de cet article, correspondant désormais à l'article L. 2141-7 du Code de la Commande Publique.

Ainsi, si les procédures de résiliation aboutissent, il serait possible d'exclure la société X des prochains appels d'offres. Seules peuvent être prises en compte les sanctions qui ont effectivement été prononcées. En l'espèce la résiliation se ferait au titre de l'article 32 point 1 c) du CCAG FCS, c'est-à-dire pour inexécution des obligations contractuelles. Une telle sanction de résiliation témoignerait bien « *d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles* ». Dans la mesure où il s'agit d'un motif d'exclusion dit « facultatif », le constat de la résiliation devra être fait par l'acheteur, sachant qu'une mauvaise exécution de contrat sur un site ne signifie pas que le prestataire en lui-même est défaillant. La décision d'exclusion n'est pas arbitraire et dépendra donc des éléments d'appréciation à la disposition de l'acheteur. Il faudra un degré de preuve suffisant pour justifier de l'exclusion du candidat, en l'espèce la société X. Il faut garder à l'esprit que la décision d'exclure ou non un candidat est prise à l'issue d'une procédure contradictoire et que donc la société X présentera des éléments pour établir sa fiabilité et son professionnalisme. L'acheteur devra donc s'assurer que les nouveaux éléments présentés par la société X pour pallier les défaillances passées, constatées et sanctionnées par la résiliation ne sont pas probants. La difficulté repose ici sur le régime déclaratif des éléments avancés. Ainsi, si le candidat présente des mesures internes de contrôle, des audits ou autres éléments démontrant un changement dans l'organisation de l'entreprise pour éviter que de tels manquement ne se reproduisent, alors l'exclusion du candidat devient difficilement possible. Pour autant, les problèmes rencontrés sur la base aérienne ont également été constatées sur d'autres sites. A cela s'ajoute les nombreuses relances, indications de changement d'organisation et plans d'action non-suivis d'effets qui pourraient permettre de justifier une exclusion.

Enfin, il a été montré que les critères d'évaluation de l'offre sont sans incidence sur la qualité des prestations fournies par cette société X. Pour la base aérienne, l'offre a été évaluée avec un ratio prix/technique de 90 pour 10, contre 60 pour 40 sur un autre site. Pourtant, les prestations

sont de qualité équivalente sur ces deux sites. Dans de telles situations, il convient donc de rester vigilant et de s'assurer, si la société est autorisée à candidater sur de nouveaux appels d'offres, qu'elle dispose effectivement des moyens humains et matériels pour réaliser les prestations demandées sur le site. En effet, chaque site présente des singularités qui nécessitent des moyens adaptés à celles-ci.

Pour autant, la bonne foi exige que soit également relevée la bonne exécution du marché sur plusieurs autres sites que la base aérienne. En effet, la société X est titulaire de la quasi-totalité des marchés de nettoyage sur la zone de compétence de la PFC-SO, cependant seuls certains sites se révèlent être problématiques. Il est donc raisonnablement possible d'en déduire que les problèmes sont liés à la spécificité de ces sites litigieux, que le prestataire n'avait pas intégrée. Cependant, les visites sur site ne sont pas obligatoires, elles ne doivent servir qu'à illustrer et compléter ce qui est inscrit dans le CCTP, qui doit se suffire à lui-même. Ainsi, les CCTP pour les marchés de nettoyage gagneraient à être plus détaillés, ce qui éviterait les litiges et les situations de blocage tels que ceux rencontrés sur la base aérienne. Ainsi, tout en respectant les besoins en sécurité impliquant de ne pas divulguer certaines informations dans les appels d'offres, rendus publics, il serait judicieux d'indiquer notamment la distance entre les bâtiments du site, le nombre de bâtiments avec leurs étages, indiquer également si ces bâtiments sont dotés d'ascenseurs ou non etc. En l'espèce, le site est une base aérienne, ce qui implique une grande distance entre chaque bâtiment, qui sont anciens et donc sans ascenseur et avec des escaliers étroits. Sans ces informations, les candidats ne pouvaient pas fournir de plan cohérent au regard de la mission à remplir. Et inversement, ces critères n'étant pas mentionnés dans le CCTP, une offre ne pourrait pas être écartée au seul motif que le planning semblait difficilement tenable au regard du temps nécessaire pour passer d'un bâtiment à un autre. Ainsi, plus le CCTP sera précis, plus les candidats pourront ajuster leur offre, afin qu'elle corresponde davantage à la réalité et aux contraintes du terrain et plus les prestations auront des chances d'être correctement réalisées.

Chapitre 3 : Surtranspositions des articles relatifs aux exclusions de la procédure de passation

Durant le stage à la DGA, les cas de surtranspositions du Code ont régulièrement été évoqués. Dès lors, pour comprendre ce phénomène, il convient de revenir sur la définition de la transposition des directives (A), avant d'expliquer les surtranspositions (B), et de démontrer les conséquences que cela peut avoir sur les exclusions des procédures de passation (C).

Paragraphe 1 – Le phénomène de transposition des directives : une méthode d'uniformisation des droits des Etats membres de l'Union européenne manière souple d'harmoniser le droit des Etats membres de l'Union européenne

Une définition succincte de la transposition a été donnée dans l'introduction du présent mémoire. A partir de cette définition, il est possible d'identifier des avantages à la directive (A), mais également des inconvénients (B). Sera ensuite abordé un cas spécifique de mauvaise transposition : la sous-transposition (C).

A) La souplesse liée à l'utilisation d'une directive dans le domaine de la commande publique, un avantage pour les Etats membres

L'émission d'une directive par l'Union européenne entraîne pour les Etats membres une obligation de résultat en ce qu'ils se doivent d'achever la transposition de ladite directive dans les délais impartis. Néanmoins, les Etats restent libres des moyens mis en œuvre afin d'atteindre cet objectif¹¹⁴. La seule obligation pesant sur les Etats membres, outre la transposition de la directive, est de recourir à des textes juridiques contraignants¹¹⁵ afin de retranscrire la volonté de l'Union européenne de voir la règle de droit édictée effectivement appliquée par tous les Etats membres. Les contraintes pesant sur eux sont donc relativement légères, les seuls

¹¹⁴ TFUE, Article 288

¹¹⁵ CLERGERIE J.-L., GRUBER A., RAMBAUD P., *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 11^e éd. 2016, p. 1160, p. 270

impératifs procédant du caractère contraignant de la directive, qui « lie » les Etats membres¹¹⁶. En effet, la directive s'avère être un instrument juridique contraignant pour les Etats membres uniquement puisque c'est un acte qui est dépourvu de tout effet direct – pour les ressortissants de ces Etats membres –. Dès lors, les Etats membres doivent tenir compte de cette nature contraignante à leur égard et la transposition d'une directive permet à un Etat de la rendre contraignante dans son droit national, et donc pour les particuliers, grâce au mécanisme de la transposition. Les directives peuvent toutefois être ponctuellement pourvues d'effet direct dans certains cas exceptionnels de non ou mauvaise transposition de la directive grâce aux positionnements du juge européen¹¹⁷.

Cette liberté laissée aux Etats membres quant aux moyens mis en œuvre pour la transposition des directives permet d'harmoniser et d'unifier les règles au sein de l'UE tout en laissant de la souplesse, et partant, de l'autonomie, aux Etats membres dans un domaine ciblé. Dans le cas plus particulier des marchés publics, le recours à la directive peut se justifier par le fait qu'il ne s'agit pas de règles qui s'appliqueront à des opérateurs économiques privés dans leurs relations commerciales, mais bien de règles que les Etats s'imposeront dans leurs relations avec les opérateurs économiques. Dès lors, il est aisé de comprendre que le recours à un règlement, s'imposant de fait à l'Etat acheteur, à tous les Etats membres acheteurs, tel que rédigé par les instances européennes, serait vu comme une ingérence de la part de l'Union européenne dans la manière dont les Etats devraient gérer leur organisation. Pour sa part, la France a très souvent eu recours aux ordonnances¹¹⁸ pour la transposition des directives, instrument juridique rapide à établir et précis grâce à l'inclusion de nombreux experts au processus d'élaboration.

¹¹⁶ TFUE, Article 288

¹¹⁷ CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, Aff. 41-74

¹¹⁸ CLERGERIE J.-L., GRUBER A., RAMBAUD P., *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 11^e édition. 2016, p. 1160, p. 270

B) La souplesse liée à l'utilisation d'une directive dans le domaine de la commande publique, un inconvénient pour l'harmonisation des droits des Etats membres

La souplesse laissée aux Etats membres quant à la transposition des directives européennes peut également apparaître comme la faiblesse de ce système en ce que l'Union européenne perd la main en ce qui concerne l'application effective de la norme dans le droit national. Ainsi, il a été constaté de nombreux retards dans les transpositions des directives. Pour ne citer que l'exemple de la directive 2009/81, celle-ci aurait dû, d'après son article 72, être transposée par tous les Etats membres avant le 21 août 2011. Or, dans les faits, elle n'a été transposée par tous les Etats membres qu'en 2013¹¹⁹. Si pour cette directive la France n'a pas enregistré de lourds retards, elle a cependant souvent rencontré des retards dans ses transpositions¹²⁰. Ce constat s'avère d'ailleurs être une des raisons justifiant la politique française en matière de transposition qui consiste, comme vu précédemment, à recourir au système des ordonnances.

Par ailleurs, cela peut entraîner des divergences dans les transpositions pouvant s'avérer extrêmement problématiques au regard de l'objectif d'uniformisation du droit de l'Union européenne. Ceci est amplifié dans les domaines sensibles tel que celui d'achat de l'armement. Domaine régalien par excellence, la défense fait en effet l'objet de réticence quant à l'eupéanisation des règles d'encadrement. Ainsi, les Etats auront tendance à profiter de la marge de manœuvre leur étant laissée pour protéger leurs intérêts ou leur économie de défense. Cela peut également se traduire par une transposition parcellaire de la directive compte tenu du caractère régalien du domaine mais également de sa technicité. S'il a été vu précédemment que le recours aux ordonnances en France permettait de répondre aux hautes exigences techniques, cela pose néanmoins certains problèmes démocratiques. Le Parlement, donnant une habilitation au Gouvernement, ne permet pas qu'il y ait de débats menés par les représentants du peuple. Pour autant, l'absence de débat n'est pas nécessairement un inconvénient au regard du droit de l'Union européenne. En effet, la directive a déjà été débattue en amont par des représentants

¹¹⁹ MARTIN K., « Directive Marchés publics de défense et de sécurité : bilan et tendances », Défense & Industries, n°1, juin 2014, p. 5

¹²⁰ CLERGERIE J.-L., GRUBER A., RAMBAUD P., *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, 2016, pp. 1160, p. 270

des citoyens européens, au sein du Conseil et du Parlement européens¹²¹ et a vocation à être transposée par les Etats membres pour atteindre les objectifs fixés par celle-ci. Les Etats membres ne peuvent donc pas transformer ces objectifs, sous peine de dénaturer la norme européenne, or les débats au sein du Parlement tendent souvent à discuter et des objectifs et des moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Ainsi, bien que le recours aux ordonnances puisse se comprendre au regard de la technicité de certains domaines et de la rapidité du processus d'adoption, le fait de recourir quasi-systématiquement aux ordonnances peut questionner du point de vue du rôle du Parlement et de la représentation populaire.

C) Le cas spécifique de l'article L. 2341-3 du Code de la Commande Publique, un exemple de transposition contestable de la directive 2009/81/CE

Article L. 2341-3

(article 46 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Sont exclues des marchés de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13, 222-52 à 222-59 et 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des marchés s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente ;

2° Les personnes qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur intégrité professionnelle ne peut plus être remise en cause ;

3° Les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat.

¹²¹ Lexique de l'Union européenne, « Directives de l'Union européenne », disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114527> [Consulté le 12/09/2019]

Article 39 « Situation personnelle du candidat ou soumissionnaire » point 2 c) et e) directive 2009/81/CE

2. Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique:

c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle, tel que, par exemple, la violation de la législation en matière d'exportation d'équipements de défense et/ou de sécurité;

(...)

e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre;

Le présent article, spécifique aux marchés de défense ou de sécurité, peut donner lieu à une double lecture. En effet, sa rédaction semble traduire une sous-transposition de la directive 2009/81/CE, en ne respectant pas ses objectifs. L'Union européenne a pris l'initiative de réglementer la passation des marchés de défense ou de sécurité afin d'établir autant que possible une concurrence pleine et entière également dans ce domaine pour tous les Etats membres de l'Union européenne. Or, cet article L. 2341-3 du Code n'évoque que des codes français, et donc uniquement la législation française. La conséquence d'une telle rédaction sera la pénalisation uniquement des entreprises françaises, et éventuellement et dans une moindre mesure, des entreprises étrangères qui auraient pu être condamnées par la justice française. Il en résulte une inégalité entre les entreprises. Une entreprise, française ou non, condamnée par un Etat européen pour des infractions similaires, mais en vertu de la loi de cet autre pays, se verrait la possibilité de candidater à un marché de défense en France, alors qu'une entreprise condamnée pour ces mêmes faits mais en vertu de la loi française serait exclue de la procédure de passation.

Cependant, la lecture de cet article avec une comparaison à l'article correspondant issu de la directive 2009/81/CE peut amener à penser que cette faille est également présente dans la directive, qui précise « selon les dispositions légales du pays » effectuant l'appel d'offre. Il est donc possible de penser que la directive européenne a bien été transposée, malgré la rupture d'égalité qui en découle. Si cette inégalité peut se justifier par le fait que chaque droit national vise à protéger les intérêts de l'Etat qui passe l'appel d'offre, elle reste questionnable. En effet, une entreprise ayant commis une infraction à l'étranger relative au trafic d'armes pour reprendre l'exemple de l'article L. 2341-3¹²², et sanctionnée pour cela en vertu du droit de cet Etat, reste

¹²² Voir Annexe 7

coupable de trafic illicite d'armes, quelle que soit la loi sous laquelle elle a été jugée. Les Etats membres ont en effet certes des législations différentes, mais néanmoins basées sur les mêmes principes puisqu'appartenant tous à l'Union européenne. Une entreprise ayant commis une faute grave doit être exclue des procédures de passation sur le territoire de l'Union européenne. C'est l'esprit général des directives relatives aux marchés publics et aux marchés de défense puisque l'objectif est l'harmonisation du droit des Etats membres.

Il apparaît donc que cette mention « selon les dispositions légales du pays » pose certaines difficultés en raison de sa position dans la phrase. La mention est placée directement après « autorité de la chose jugée ». Elle devrait donc s'y appliquer, ce qui ferait de l'article L. 2341-3 du Code une sous-transposition de cette disposition, puisque « les dispositions légales du pays » s'applique à la qualification du jugement et non à la qualification de l'infraction. Chaque Etat rend donc des jugements ayant autorité de la chose jugée sur son territoire, mais l'exclusion de la procédure de passation devrait être de rigueur quelle que soit la nationalité du jugement. En effet, si la mention « selon les dispositions légales du pays » s'appliquait à l'infraction, pourquoi ne pas la positionner après « constatant ». Il semble donc effectivement y avoir une sous-transposition de la directive européenne en ce que l'article français limite son application pour les infractions à législation française uniquement, et non « pour de telles infractions ou pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne » comme cela est précisé dans les autres articles relatifs aux exclusions¹²³.

La difficulté est donc posée par le fait que l'article de la directive précise, pour ce cas « selon les dispositions légales du pays » alors que la précision n'est pas forcément nécessaire. En effet, si la mention se rapporte au caractère d'autorité de la chose jugée du jugement, la précision peut paraître superflue dans la mesure où les Etats membres ont globalement la même définition pour ce point.

¹²³ Voir pour exemple l'article L. 2341-1 du Code de la Commande Publique

Paragraphe 2 – Les surtranspositions : une conséquence de la marge de manœuvre accordée aux Etats membres

Au regard des développements précédents, il apparaît que des enjeux sont nécessairement liés aux différences de transposition, a fortiori lorsqu'il s'agit de surtranspositions (A). Le Code de la Commande Publique est encore empli de ces surtranspositions (B), notamment dans le Livre relatif aux marchés de défense ou de sécurité (C).

A) Les enjeux liés à aux surtranspositions, explication au regard de la définition de l'expression

Les directives européennes déterminent le degré d'harmonisation souhaité des législations nationales des différents Etats membres¹²⁴. Ainsi, lorsque l'Union souhaite une harmonisation maximale sans pouvoir recourir à un règlement, la directive est rédigée de manière telle qu'elle ne laisse que très peu de marge de manœuvre aux Etats membres. La souplesse accordée ne réside alors bien souvent que dans le choix de la norme nationale de transposition tant la disposition est précise et inconditionnelle¹²⁵. *A contrario*, lorsque l'harmonisation est minimale, les facultés laissées aux Etats membres sont bien plus grandes.

Ainsi, si le législateur européen décide de laisser une large marge de manœuvre aux Etats membres, qui peuvent alors décider de surtransposer certaines dispositions, en allant au-delà des exigences minimales imposées par la directive. Le choix d'aller au-delà des préconisations européennes relève de la souveraineté des Etats membres et de la nature même de la directive, qui ont vocation à être transposées pour être applicables dans le droit national. La France a eu tendance à beaucoup surtransposer les directives européennes, ce qui a notamment donné lieu à l'élaboration d'un rapport parlementaire pour lutter contre ces surtranspositions, qui viennent alourdir le droit national¹²⁶. Au moment de la rédaction du présent mémoire, un projet de loi

¹²⁴ THOUROT A., WARSMANN J.-L., Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français, 21 décembre 2017, pp.55

¹²⁵ THOUROT A., WARSMANN J.-L., Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français, 21 décembre 2017, pp.55

¹²⁶ THOUROT A., WARSMANN J.-L., Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français, 21 décembre 2017, pp.55

portant suppression de surtranspositions de directives européennes en droit français était en cours au Parlement¹²⁷, le texte ayant été adopté en première lecture au Sénat le 7 novembre 2018¹²⁸.

Article L. 2512-5

(2° à 4° et 6° à 10° de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics suivants :

1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;

2° Les services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.

La recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;

3° Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges;

4° Les services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;

5° Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ;

6° Les contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 5° ;

7° Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif :

a) Les marchés publics de services d'incendie et de secours ;

b) Les marchés publics de services de protection civile ;

c) Les marchés publics de services de sécurité nucléaire ;

d) Les marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;

¹²⁷ « Projet de loi portant suppression de surtranspositions de directives européennes en droit français », disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pj118-010.html> [Consulté le 19/09/2019]

¹²⁸ Dossier législatif, référence EAEX1823939L, relatif au projet de loi portant suppression des surtranspositions de directives européennes en droit français disponible du Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000037460424&type=general> [Consulté le 10/09/2019]

8° Les services juridiques suivants :

- a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
- b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
- c) Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique.

Considérant 25 directive 2014/24/UE

(25) Un certain nombre de services juridiques sont fournis par des prestataires de services désignés par une cour ou un tribunal d'un État membre, impliquent la représentation de clients par des avocats dans le cadre de procédures judiciaires, doivent être prestés par un notaire ou sont associés à l'exercice de l'autorité publique. De tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics par exemple pour la désignation de procureurs publics dans certains États membres. Ces services juridiques devraient dès lors être exclus du champ d'application de la présente directive.

Les surtranspositions peuvent résulter de deux dynamiques distinctes. L'Etat membre peut en effet soit décider d'aller au-delà de la directive, c'est notamment le cas pour les exclusions des procédures de passation des marchés publics, soit décider d'étendre le champ d'application de ses dispositions nationales au-delà de ce que préconisait la directive¹²⁹. Ce fut notamment le cas pour les services juridiques, exclus en partie, de la directive 2014/24/UE mais soumis au Code de la Commande Publique, et anciennement à l'ordonnance de 2015, en droit national.

Dans le cas des exclusions de la procédure de passation des marchés publics, certaines sont obligatoires et d'autres facultatives selon la directive 2009/81/CE. Les Etats membres peuvent transformer des interdictions facultatives en interdictions obligatoires dans leur droit, comme ce qui a été fait dans le Code de la Commande Publique. Néanmoins, la résultante de ce choix est la création d'obligations plus strictes pour le destinataire de la norme, c'est-à-dire les candidats, et donc la possibilité d'une distorsion de la concurrence. Ce faisant, la France se prive de certains candidats du fait des surtranspositions encore présentes dans le Code de la Commande publique. Et le rapport parlementaire évoqué précédemment évoque de manière

¹²⁹ CE, 9 mars 2016, Conseil national des barreaux, n° 393589

plus générale une perte de compétitivité des entreprises françaises¹³⁰, qui trouve son origine dans l'obligation de respecter des normes plus contraignantes et par voie de conséquence, entraîne un surcoût. Dès lors, des charges financières plus importantes pour les marchés les plus à proximité, les entreprises françaises subissent une perte de compétitivité sur le marché européen.

B) Le Code de la Commande Publique, une surtransposition générale des directives européennes

En premier lieu, il convient de rappeler que le Code de la Commande Publique s'apparente à une surtransposition dans sa globalité. En effet, alors que les directives sont applicables à partir des seuils européens¹³¹, révisés tous les deux ans par la Commission, le Code pour sa part s'applique dès le premier euro. Cela ne signifie pas pour autant que le Code ne respecte pas les directives puisqu'il prévoit qu'une procédure formalisée doit être menée dès lors que les seuils européens sont atteints¹³². Néanmoins, contrairement aux directives, une procédure est également prévue pour les marchés publics qui ne dépassent pas ses seuils. Dans ce cas, les règles nationales de procédure adaptée peuvent être appliquées¹³³.

Article L. 2123-1

(2° de l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée :

- 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;
- 2° En raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;

¹³⁰ THOUROT A., WARSMANN J.-L., Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français, 21 décembre 2017, pp.55

¹³¹ Directive 2009/81/CE, Article 8 « Montant des seuils des marchés » et directive 2014/24/UE, Article 4 « Montants des seuils »

¹³² Code de la Commande Publique, Article L. 2324-1

¹³³ Code de la Commande Publique, Article L. 2323-1 renvoyant à l'article L. 2123-1

3° Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.

En second lieu, si les règles de procédure adaptée sont purement nationales, les principes de la commande publique, issus du droit de l'Union européenne restent néanmoins applicables, alors même que le marché est passé en dessous des seuils européens. Comme le montre l'article précité, le Code ne renvoie pas aux principes de manière individuelle, mais bien à l'ensemble des principes de la commande publique posés par les directives européennes. De même, les règles générales du Livre Ier de la Partie II sont applicables. Dès lors que l'article L. 2323-1 du Code, applicable aux marchés de défense renvoie à cet article L. 2123-1, les principes auxquels il est fait référence sont applicables aux marchés de défense, sauf dérogations explicites du Livre III applicable à ces marchés.

Article L. 2112-4

(II de l'article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

L'acheteur peut imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

Article 20 « Conditions d'exécution du marché » de la directive 2009/81/CE

Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires). Ces conditions peuvent notamment avoir pour objet la sous-traitance ou viser à assurer la sécurité des informations classifiées et la sécurité de l'approvisionnement que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exigent, conformément aux articles 21, 22 et 23, ou prendre en compte des considérations environnementales ou sociales.

Il résulte de ces renvois un ajustement des deux régimes, civil et de défense, et par voie de conséquence, une tendance à un alignement sur la directive la plus restrictive des deux. Par exemple, l'article 20 de la directive 2009/81/CE relative aux marchés de défense ne trouve pas d'équivalent dans la directive civile 2014/24/UE. Pour autant, il est possible de trouver dans le Code une disposition similaire, l'article L. 2112-4, applicable tant aux marchés de droit commun qu'aux marchés de défense. Cet article s'appuie donc exclusivement sur la directive 2009/81/CE, c'est-à-dire sur le régime dérogatoire des marchés publics, applicable *a priori*,

uniquement aux marchés de défense ou de sécurité. Comme évoqué ci-dessus, un alignement des deux régimes sur celui des deux qui est le plus restrictif est donc constaté.

Un tel alignement n'est pas sans poser de difficultés. En effet, l'article L. 2153-1, applicable aux seuls marchés civils, semble entrer directement en contradiction avec cet article L. 2112-4. L'article L. 2153-1 « *garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne* ». Alors que l'article L. 2112-4 prévoit la possibilité d'exclure la candidature des opérateurs économiques non-européens, l'article L. 2153-1 semble prévoir une très large exception. Il devient alors compliqué de comprendre pourquoi l'application des dispositions de l'article 20 de la directive 2009/81/CE a été étendue aux marchés civils lors de sa transposition alors que *de facto*, l'article ne pourra pas être effectivement appliqué à ces marchés civils. L'article L. 2123-1 devient alors sans objet pour les marchés civils, et reste uniquement applicable aux marchés de défense par le renvoi de l'article L. 2312-1 aux règles du Livre I portant sur les Dispositions générales applicables aux marchés publics, objets de la Deuxième partie.

C) Les surtranspositions dans le Livre III Deuxième Partie du Code de la Commande Publique, un régime protecteur des intérêts de l'Etat français

Le droit français de la commande publique relatif aux marchés de défense ou de sécurité apparaît comme étant de plus en plus européenisé. En effet, il a été vu que de nombreux renvois sont effectués vers des dispositions de droit commun, encadrées par le droit de l'Union européenne. Les règles applicables aux marchés de défense ou de sécurité s'inscrivent donc dans un cadre délimité, permettant de s'assurer du professionnalisme des opérateurs économiques, mais également de s'assurer que l'attribution des marchés ne se fait pas de manière arbitraire. Dès lors, de nombreuses surtranspositions se trouvent dans le Livre III

Deuxième Partie du Code de la Commande Publique résultent d'une extension du champ d'application de la directive 2014/24/UE aux marchés de défense¹³⁴.

Grâce à l'élaboration du document multicolore, qui porte sur l'ensemble du Code de la Commande Publique, y compris les dispositions peu ou pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité, il a été possible de déceler, sans rentrer dans le détail d'une analyse poussée, ces surtranspositions présentes dans le Livre III applicables aux marchés de défense. Afin de comprendre la portée que peuvent avoir de telles surtranspositions, le prochain paragraphe se focalise sur une partie des règles de passation pour lesquels les transpositions présentent de réels enjeux. Ainsi, en ce qui concerne les exclusions des procédures de passation des marchés de défense ou de sécurité, objet du prochain paragraphe, 4 des 11 dispositions se révèlent être des surtranspositions de la directive défense.

Il apparaît en effet que le régime applicable aux marchés de défense a vocation à protéger les intérêts de l'Etat. Dès lors, les divergences de transposition pouvant être mises en exergue favorisent l'Administration. Ainsi, les surtranspositions auront nécessairement des conséquences sur la passation d'un marché de défense.

Néanmoins, si ces dispositions semblent protectrices des intérêts de l'Etat, de nombreux opérateurs économiques se disent lésés par le droit français¹³⁵. Ces revendications ont ainsi donné lieu à des actions de la part du Parlement, que ce soit un rapport de l'Assemblée Nationale ou une consultation publique ouverte par le Sénat¹³⁶.

¹³⁴ THOUROT A., WARSMANN J.-L., Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français, 21 décembre 2017, pp.55

¹³⁵ THOUROT A., WARSMANN J.-L., Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français, 21 décembre 2017, pp.55

¹³⁶ D'AUZON S., « Directives européennes : et si on arrêta de surtransposer ? », *Le Moniteur*, disponible sur : <https://www.lemoniteur.fr/article/directives-europeennes-et-si-on-arretait-de-surtransposer.1945609> [Consulté le 31/09/2019]

Paragraphe 3 – Les exclusions de la procédure de passation des marchés publics : une analyse grâce au document multicolore

Le cas spécifique des exclusions des procédures de passation interroge la DGA. Dès lors il convient de revenir sur ce que sont ces exclusions (A), avant d'analyser ce qu'elles peuvent apporter à la France sur le plan stratégique (B) mais également les risques qui en découlent (C).

A) Une présentation des exclusions des procédures de passation, comprendre la présence de surtranspositions

Les exclusions des procédures de passation, appelées interdiction de soumissionner jusqu'à l'élaboration du Code de la Commande Publique, permettent de s'assurer de la fiabilité du futur titulaire du marché, tant sur le plan moral que professionnel. Il s'agit concrètement de vérifier que le candidat apporte les garanties techniques, financières et professionnelles suffisantes. Les candidats doivent ainsi prouver qu'ils satisfont à leurs obligations sociales, fiscales et pénales pour ne pas être exclus. Cette preuve est systématiquement apportée par simples déclarations et attestations sur l'honneur. Si le candidat ne présente pas ces garanties, il pourra ou sera exclu de la procédure de passation, dès lors, il est difficilement envisageable de trouver une candidature ne présentant pas ces éléments, sauf oubli involontaire. L'acheteur se trouve donc souvent dans une position inconfortable dans laquelle il ne peut que croire sur parole les candidats, sans pouvoir vérifier effectivement la véracité de ces déclarations. Comme cela a été montré pour le cas du cocontractant défaillant de la PFC-SO. Le caractère déclaratif de ces preuves peut donc s'avérer être une difficulté.

La catégorisation des interdictions de soumissionner en interdictions obligatoires ou facultatives, respectivement devenues exclusions de plein droit et à la discrétion de l'acheteur des procédures de passation depuis l'entrée en vigueur du Code de la Commande Publique comme vu précédemment, existe depuis l'ordonnance de 2015¹³⁷. Si la distinction entre les deux est clairement indiquée dans ledit Code grâce aux deux sections distinctes, la lecture des différents articles s'avère être fastidieuse. En outre, la différence de titrage entre la directive et

¹³⁷ « Note sur la réforme des marchés publics entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016, 14 avril 2016, disponible sur : <http://www.courrierdesmairies.fr/60878/note-sur-la-reforme-des-marches-publics-entree-en-vigueur-le-1er-avril-2016/> [consulté le 28/08/2019]

le Code fait perdre la précision de cette première qui énonçait que l'étude des différents cas d'exclusion est une étape de la phase de candidature¹³⁸.

Article 57 « Motifs d'exclusion » point 2 al. 1 directive 2014/24/UE

2. Un opérateur économique **est exclu** de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale lorsque celui-ci a été établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre du pouvoir adjudicateur.

Article 45 « Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire » point 2 e) et f) directive 2014/18/CE¹³⁹

2. **Peut être exclu** de la participation au marché, tout opérateur économique:

e) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur;

f) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur;

Article 39 « Situation personnelle du candidat ou soumissionnaire » point 2 g) directive 2009/81/CE

2. **Peut être exclu** de la participation à un marché, tout opérateur économique:

f) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;

g) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;

Article L. 2141-2

(alinéa 1 2° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

¹³⁸ Voir article 38 et 39 de la directive 2009/81/CE et 56 et 57 de la directive 2014/24/UE

¹³⁹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (abrogée par la directive 2014/24/UE)

Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, ont conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes.

La lecture parallèle des deux directives, 2014/24/UE et 2009/81/CE, sur le sujet des interdictions de soumissionner permet de constater les évolutions rédactionnelles. En effet, six années séparent ces deux directives. Ainsi, une disposition facultative pour les marchés de défense a été rendue obligatoire en droit commun, pour prendre les exemples ci-dessus. La directive civile apparaît ainsi plus restrictive et plus précise dans sa rédaction que la directive défense, notamment en précisant la nécessité d'une décision judiciaire ou administrative venant acter le manquement de l'opérateur économique candidat à ses obligations fiscales et sociales. S'il aurait pu être émis l'idée selon laquelle la souplesse résultant de la rédaction de la disposition applicable aux marchés de défense est liée à la spécificité de ce type de marché, en réalité, il s'agit essentiellement d'une évolution plus politique. En effet, la directive 2004/18/CE, précédant la directive 2014/24/UE, présente la même disposition et la même rédaction que la directive défense, qui semble donc reprendre et suivre les préconisations de l'époque sur ce point. Il ne s'agit donc pas d'une différence liée au domaine d'application et inscrivant les exclusions de candidater aux marchés de défense dans un cadre dérogatoire, mais bien d'une évolution de la politique de l'UE relative aux marchés publics.

Cette surtransposition, qui existait déjà sous l'ordonnance de 2015 traduit ainsi une réelle volonté législative de se conformer à la nouvelle directive 2014/24/UE, quand bien même elle ne s'applique qu'aux marchés publics de droit commun. En effet, la directive défense de 2009 n'entendait pas déroger au droit commun, ce qui s'est traduit par une disposition identique dans la directive de 2004 et dans celle de 2009. La législation européenne applicable aux marchés publics de droit commun ayant évolué, la disposition relative aux marchés de défense a ainsi évolué de la même manière, ce qui aboutit à une surtransposition volontaire, animée par la volonté d'aligner les régimes.

B) Les surtranspositions des exclusions des procédures de passation, un apport sur le plan de la stratégie et de l'autonomie de la France en matière de défense

L'Europe est sujette à une fragmentation à la fois économique, juridique et géopolitique en matière de défense. Cette fragmentation, qui complique considérablement la circulation de matériels militaires en Europe, a plusieurs conséquences : retard en matière d'innovation dans le domaine de la défense, difficulté pour les entreprises à atteindre une taille critique, perte d'influence économique et stratégique¹⁴⁰.

Dès lors, la France a tenté, malgré les disparités européennes, de maintenir son industrie de défense, par des exigences plus élevées. Ainsi, les surtranspositions présentes dans le droit français, bien que contraignantes pour les entreprises françaises, restreignent également les possibilités des entreprises européennes. En effet, si ces dernières souhaitent candidater à des appels d'offres français, elles doivent respecter des impératifs qu'elles n'auraient pas à respecter si l'appel d'offres était effectué par un autre Etat européen ou son Etat de nationalité. Pour reprendre l'exemple vu dans la sous-division précédente, de l'article L. 2341-2 renvoyant notamment à l'article L. 2141-2 du Code de la Commande Publique, une entreprise en situation irrégulière au regard de ses obligations fiscales se verra dans l'obligation de régulariser sa situation afin de pouvoir candidater à un appel d'offres, ce qui lui demandera d'engager des frais supplémentaires. Pourtant, la directive 2009/81/CE ne fait pas de cette irrégularité un motif d'exclusion de plein droit. Cette sévérité du droit français s'explique par le fait que le régime de passation des marchés de défense a été aligné sur celui des marchés publics de droit commun. Alors qu'à l'inverse, les entreprises françaises peuvent faire face à des règles moins restrictives pour candidater à des appels d'offres d'Etats européens, tout en étant nécessairement conforme au droit français puisque s'agissant de leur droit national. Dès lors, cette différence d'exigence permet à l'industrie de défense française de se développer tant en France qu'à l'étranger et ainsi de renforcer sa position de 3^{ème} vendeur mondial d'armes¹⁴¹.

La France peut ainsi, notamment grâce à l'action de la DGA, renforcer sa BITD nationale avec des opérateurs économiques performants. L'industrie de défense française est

¹⁴⁰ ACHILLEAS. P, MIKALEF. W, « Pratiques juridiques dans l'industrie aéronautique et spatiale », éditions Pedone, 2014, pp. 342

¹⁴¹ SIPRI, Yearbook 2019 Armaments, disarmament and international security

ainsi exemplaire, parmi les premières mondiales, ce qui permet à la France se renforcer son autonomie en matière d'équipement des forces¹⁴².

C) Les conséquences des surtranspositions sur la commande publique, les possibilités de contentieux lié à la différence de transposition

Les surtranspositions en matière d'exclusion des marchés de défense pose des difficultés en théorie du droit. En effet, de telles divergences dans les transpositions, bien que vraisemblablement conformes à la lettre de la directive, apparaissent contraire à l'objectif premier de la directive qui est l'eupéanisation du droit régissant la passation des marchés de défense ou de sécurité. Le durcissement des règles qui en découlent crée un marché restrictif en France, ce qui prive l'Etat français de potentiels opérateurs économiques candidats. Néanmoins, dans la pratique il ne semble pas y avoir de difficultés en ce qu'aucun contentieux n'est encore survenu au sujet de ces surtranspositions. Pour autant, il semble légitime de s'interroger sur les issues possibles d'un contentieux en la matière.

Article L. 2341-2

(2° à 5° de l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Les dispositions des articles L. 2141-2 à L. 2141-5 s'appliquent.

[Article L. 2141-3

(alinéa 1 3° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes :

- 1° Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;
- 2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;
- 3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, et qui ne

¹⁴² Ministère de la Défense, *Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale*, 2013, p. 140

justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Article 39 « Situation personnelle du candidat ou soumissionnaire » point 2 directive 2009/81/CE

2. **Peut être** exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique:

a) qui est en état de faillite, de liquidation, de règlement judiciaire, de concordat préventif ou de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;

b) qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de règlement judiciaire, de liquidation, de concordat préventif ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;

Article 57 « Motifs d'exclusion » point 4 b) directive 2014/24/UE

4. Les pouvoirs adjudicateurs **peuvent** exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants:

b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;]

Ceci pose également question sur la rupture d'égalité¹⁴³ que cela peut entraîner. En effet, la directive 2009/81/CE prévoit certaines interdictions de soumissionner de manière facultative, ce qui se comprend avec l'utilisation du verbe *pouvoir* : « Peut être exclu de la participation à un marché [...] ». Or le droit français transpose cela par une affirmation en utilisant le présent de l'indicatif : « sont exclues de la procédure de passation », pour prendre l'exemple de l'article L.2341-2. Il y a donc ici une surtransposition du droit de l'Union européenne, en raison de l'intensité plus forte de l'obligation. Dans la mesure où la directive 2009/81/CE pose certaines exclusions des procédures de passation à l'appréciation de l'Etat, d'autres Etats membres ont pu transposer ces dispositions de manière conforme, c'est-à-dire de manière plus littérale. Le cas échéant, l'exclusion à se porter candidat ne serait que facultative dans un autre Etat membre, tandis qu'elle serait systématique en France. Il est ainsi possible de se retrouver dans une situation dans laquelle un opérateur français, ou plus globalement européen, pourrait candidater dans un autre Etat mais pas en France. Et inversement, un opérateur européen peut être exclu des marchés publics français mais pas d'un autre marché public porté par un voisin européen.

¹⁴³ Code de la Commande Publique, Article 3

Cette situation particulière du droit français crée ainsi des disparités entre les États membres et la France qui a prévu des règles de la commande publique plus restrictives. *De facto*, moins d'opérateurs seront capables de se porter candidats aux marchés publics français, ce qui tend, par conséquent, à diminuer la concurrence. A cela s'ajoute le fait que le marché de l'équipement militaire est un marché sur lequel il y a déjà peu d'opérateurs potentiels du fait de la spécificité de son objet et des moyens à engager nécessaires à sa passation. Cela semble donc aller à l'encontre de l'esprit du droit de l'Union européenne qui cherche à établir une concurrence pleine et entière entre les entreprises.

Si la situation est susceptible d'être différente entre la France et d'autres États-membres, les entreprises qui candidatent en France sont toutes sur un pied d'égalité – hors le cas évoqué de la sous-transposition –. Par ailleurs, sur cet article L. 2341-2 du Code de la Commande Publique, qui renvoie à son équivalent civil, le constat peut être posé de la surtransposition de la directive de droit commun¹⁴⁴ mais également de la directive défense¹⁴⁵. Il est aisé de comprendre qu'une mesure applicable à un marché de défense puisse être plus stricte que celle applicable à un marché civil car il s'agit d'un domaine sensible nécessitant des opérateurs économiques fiables. Cependant, cet article utilisé en exemple, superposé aux articles des directives 2014/24/UE et 2009/81/CE, dont il est issu montre non seulement une surtransposition de la directive 2009/81/CE, mais également une surtransposition dans l'article de droit commun (L. 2141-3 CCP) de la directive 2014/24/UE. Les dispositions françaises sont donc, dans l'ensemble, plus restrictives que leur équivalent européen.

¹⁴⁴ Directive 2014/24/UE

¹⁴⁵ Directive 2009/81/CE

Conclusion

Paragraphe 1 – La réalisation de stages : une expérience enrichissante

Les deux stages réalisés ont été l'occasion de découvrir le monde concret des marchés publics, et mettre en perspective et surtout en pratique de nombreuses connaissances théoriques. Néanmoins, cela a également été l'opportunité d'apprendre, de compléter et d'enrichir ces connaissances. Au cœur des processus d'achat, les missions confiées ont permis de comprendre des mécanismes et des politiques ministérielles et interministérielles budgétaires. Premier interlocuteur des bases de défense, la PFC reçoit également des retours, ce qui permet de préciser le besoin pour la passation des marchés à venir. Cette démarche tranche avec les mécanismes de passation des marchés de la DGA qui s'inscrivent bien plus dans la durée. Les contraintes pesant sur les acheteurs des deux entités se sont donc avérées totalement différentes.

L'immersion dans le monde militaire a été une expérience enrichissante sur le plan personnel. Pouvoir assister à une passation de commandement a permis de mieux appréhender les traditions de ce milieu. Travailler au quotidien aux côtés de militaires offre une connaissance des conventions ayant cours dans les milieux militaires, sans que la relation entre civils et militaires n'apparaisse déséquilibrée. Si un vocabulaire et des codes spécifiques sont attachés à cet environnement, *a fortiori* en caserne comme à la PFC-SO, les relations de travail n'en restent pas moins très bonnes. Dans les relations entre militaires, il apparaît aujourd'hui encore que le grade a une très grande importance, y compris dans les fonctions techniques telles que celles de juriste ou d'acheteur. C'est, il semblerait, la raison pour laquelle les militaires de la DGA travaillent en civil. *A contrario*, la relation de travail entre personnels civils et personnels militaires apparaît comme très bonne et une confiance mutuelle peut très rapidement s'installer, dès lors que les compétences sont réciproquement reconnues. Le grade ou le statut ne semble avoir en effet aucune importance dans ces relations de travail.

Paragraphe 2 – Le travail de la DGA : une opportunité pour l’analyse des surtranspositions des directives européennes dans le Code de la Commande Publique

Le travail réalisé à la DGA a été l’occasion de s’interroger et de faire de la recherche sur un sujet sur lequel peu de personnes ont écrit, à savoir les surtranspositions des articles relatifs aux exclusions des procédures de passation. Les développements des surtranspositions en général, et plus encore de celles relatives aux exclusions des procédures des passations est l’œuvre d’une réflexion personnelle sur ce point.

Il conviendrait de suivre les recommandations inscrites dans le rapport d’information de 2017 sur les moyens de lutter contre les surtranspositions des directives européennes dans le droit français¹⁴⁶. Les rapporteurs préconisent en effet de travailler de concert avec les autres Etats membres de l’UE afin de parvenir à effacer les surtranspositions accidentelles et ainsi harmoniser au maximum les droits européens. Par ailleurs, cela peut également permettre à la France de prendre du recul sur des surtranspositions volontaires, afin d’en déterminer la pertinence et la nécessité au regard de la défense nationale.

Dans la mesure les directives sont transposées par le législateur, il apparaît que la DGA, à son échelle, et dans le cadre de ses compétences propres peut difficilement influencer directement sur le contenu de ces transpositions, et sur les surtranspositions le cas échéant. Le rapport précité invite à une réunion des différents acteurs impliqués sur ces questions. Dès lors, le travail réalisé par la DGA d’identification des sur et sous-transpositions des directives apparaît comme un outil particulièrement intéressant pour sensibiliser les acteurs sur ces problématiques. Ce travail sur l’identification de ces points reste toutefois incomplet si aucune interrogation n’est formulée sur leur pertinence. Il apparaît une nouvelle fois que le travail de la DGA apporte une réelle plus-value dans l’analyse concrète que souhaitent initier les rapporteurs.

¹⁴⁶ THOUROT A., WARSMANN J.-L., *Rapport d’information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français*, 21 décembre 2017, pp.55

Paragraphe 3 – Une possible résolution du contentieux : les difficultés d'une résiliation de marché

La possibilité de résiliation d'un marché tel que celui présenté au chapitre 2 paragraphe 3 est prévu par le droit de la commande publique. Le chapitre 6 du CCAG FCS¹⁴⁷ porte sur les différents cas de résiliation possibles, notamment celle pour faute du titulaire¹⁴⁸. Au regard des éléments disponibles, la situation la plus probable serait celle prévue à l'article 32.1 c) : « *Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants : c) Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels ;* ». En effet, de nombreux incidents ont été reportés sur l'inexécution ou l'exécution partielle des tâches commandées. Des mises en demeure, parfois restées sans réponse ont été envoyées et des pénalités sont également appliquées, en dépit des nombreuses actions menées, qui n'aboutissent à aucune amélioration. La résiliation aux frais et risques du titulaire ne pourrait avoir lieu qu'après notification d'une mise en demeure assortie d'un délai d'exécution, restée infructueuse¹⁴⁹. Cette mise en demeure doit indiquer la sanction envisagée, à savoir la résiliation du contrat pour faute du titulaire qui n'a pas respecté ses obligations contractuelles, développées précédemment, et à ses frais et risques. S'il n'est pas donné suite à cette mise en demeure, la résiliation sera actée unilatéralement par l'administration, qui devra alors motiver sa décision, en précisant le type de résiliation et sa date d'effet. La décision de résiliation devra être bien sûr notifiée au titulaire, qui disposera d'un délai de deux mois pour contester la validité de la résiliation devant le juge.

Cependant, plusieurs difficultés se posent. Tout d'abord, celle de la rupture de service, qui n'est pas envisageable. Une nouvelle procédure d'appel d'offre doit être considérée et conduite parallèlement à la résiliation du présent marché passé avec la société X. Le contrat de substitution qui devra être passé, et dont les surcoûts seront assumés par la société X en cas de résiliation aux frais et risques du titulaire, devra uniquement porter sur les prestations restantes, définies au marché initial¹⁵⁰. Le dossier de consultation ne pourra donc pas être modifié dans la nouvelle procédure. Or, au mois d'août, aucun remplaçant potentiel n'a pu être trouvé. Et en

¹⁴⁷ Arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du CCAG des marchés publics de fournitures courantes et de services

¹⁴⁸ CCAG FCS, Article 32

¹⁴⁹ CCAG FCS, Article 32 point 2

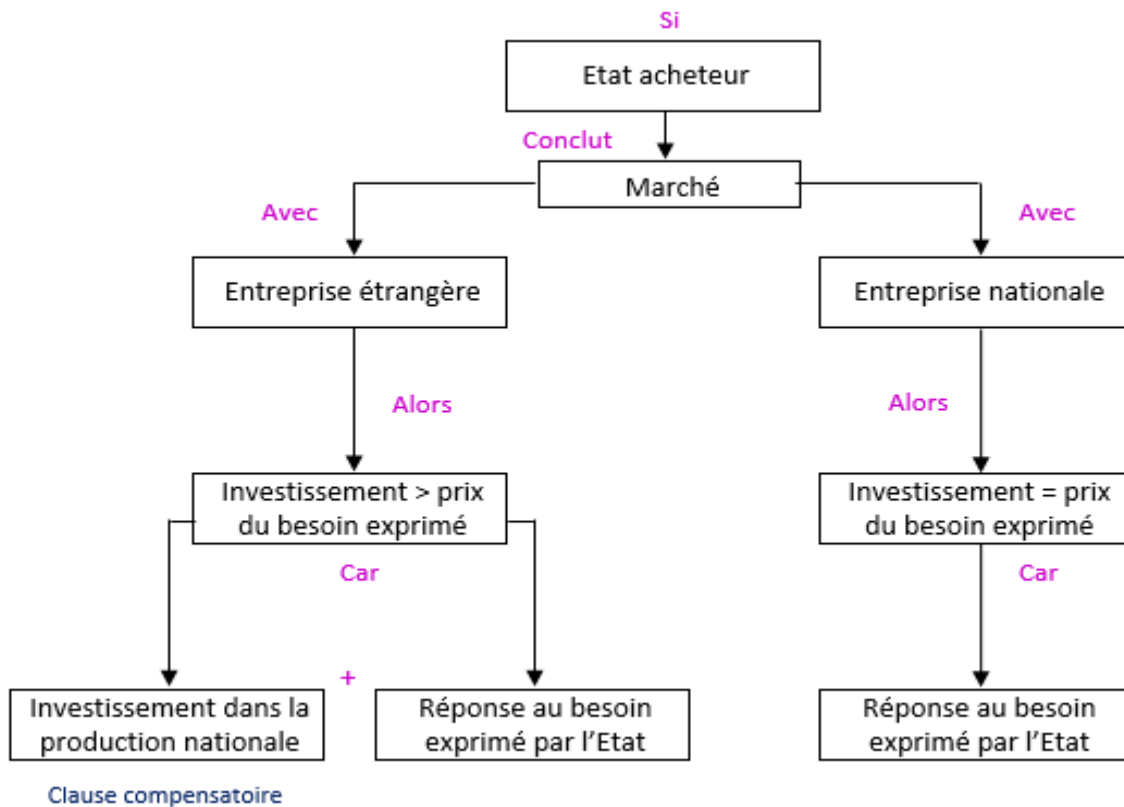
¹⁵⁰ Fiche DAJ, « La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et contrats de concession », 1^{er} avril 2019

prenant en compte la durée nécessaire à la passation d'un marché, soit environ six mois, et sachant que le présent marché avec la société X arrive à son terme au mois de décembre 2019, la reconduction du présent marché, même pour une durée inférieure à un an, semble inévitable. En effet, la résiliation aux frais et risques du titulaire ne peut intervenir qu'avant l'échéance, en l'espèce décembre 2019. Au-delà donc, les conséquences financières d'un marché de substitution passé pour remplacer la société X seraient aux frais de l'Administration. Ainsi, si le marché initial n'est pas reconduit, les prestations s'arrêtent à la date d'échéance initiale. En conséquence, soit le marché est résilié avant son terme ce qui entraînerait une rupture de service et la société X ne serait redevable que jusqu'en décembre 2019, soit la reconduction est envisagée pour permettre la recherche d'un prestataire de substitution. Et, le cas échéant, une résiliation aux frais et risques de la société X pourrait avoir lieu si la PFC-SO trouve un titulaire pour un marché de substitution. Ce dernier ne sera alors opposable à la société X que pour la durée de reconduction restant à courir.

De plus, une résiliation pour cause de mauvaise exécution sur la base aérienne entraînerait une résiliation du marché dans son ensemble, privant ainsi les autres soutenus pour lesquels l'exécution du marché se passe bien de leur prestataire. La solution de la résiliation aux frais et risques semble donc difficilement envisageable compte tenu des éléments évoqués précédemment mais également du caractère disproportionné que cela aurait. En effet, cela impliquerait une résiliation de l'ensemble du marché, qui a été mutualisé, quand bien même l'exécution du marché n'est litigieuse que sur certains sites déterminés. La reconduction apparaissant comme inéluctable, la piste de la reconduction en retirant le site litigieux pourrait également être envisagée, ce qui prendrait la forme d'un avenant négatif. Ce dernier pourrait alors survenir avant l'arrivée du terme et donc avant la nécessaire reconduction. Pour autant, réaliser un avenant négatif pour retirer le site litigieux n'apparaît pas non plus comme une solution idéale en ce qu'il ne résout pas la question de la rupture de service. En effet, il faudrait alors trouver un remplaçant pour la société X pour la fin de l'année et pour la période de reconduction. De plus, avenant ne valant pas résiliation, il ne serait pas possible d'exclure cette société X des marchés à venir.

Annexes

Annexe 1 : Schéma du mécanisme de la compensation industrielle



Le mécanisme de compensation industrielle implique une clause compensatoire introduite dans le contrat lorsque celui-ci est passé avec une entreprise étrangère. En échange de l'obtention du marché, d'une valeur importante, l'entreprise étrangère s'engage donc à investir dans la production nationale de l'Etat acheteur, ce qui permet notamment un transfert de savoir-faire. Cependant, cela nécessite de la part de l'industriel étranger, titulaire du marché, un investissement supérieur à celui qu'aurait eu à fournir un industriel national. Dès lors, certaines entreprises au chiffre d'affaires faible ne peuvent pas candidater du fait de cette obligation supplémentaire, qui augmente les exigences en termes financiers.

La violation du principe de non-discrimination qui découle de ce mécanisme favorise ainsi les entreprises nationales, qui *de facto*, investissent déjà dans la production nationale.

Annexe 2 : Organigramme de la DGA

Organigramme mis à jour le 2 octobre 2018, consulté le 19 avril 2019, disponible sur :

<https://www.defense.gouv.fr/dga/la-dga2/organisation/l-organigramme-de-la-dga>



Annexe 3 : Fiche de question juridique sur la compétence des tribunaux

Fiche élaborée au cours du stage à la DGA

Clause du cahier des clauses administratives contractuelles – armement

6.4 Lieux d'exécution

Les prestations seront exécutées dans les établissements du titulaire à Karlskoga en Suède ou dans ceux de ses sous-traitants, en Suède et en France métropolitaine.

12.5 Tribunaux compétents

Le présent marché est soumis au droit français et les juridictions françaises sont seules compétentes pour connaître des litiges.

En cas de lieu d'exécution unique, les litiges relevant du **tribunal administratif** seront portés devant celui du lieu d'exécution du marché. En cas de pluralité de lieux d'exécution du marché s'étendant au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ou si le lieu de cette exécution n'est pas désigné au marché, ces litiges seront portés devant le tribunal administratif dont relève l'autorité publique contractante du marché.

Question 1 : Quel tribunal sera compétent en cas d'exécution du contrat uniquement sur un territoire autre que le territoire de la France métropolitaine ?

Droit français

Article R 312-11 CJA

*En matière précontractuelle, contractuelle et quasi contractuelle le **tribunal administratif** compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le lieu prévu pour l'exécution du contrat.*

Si son exécution s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ou si le lieu de cette exécution n'est pas désigné dans le contrat ou quasi-contrat, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel l'autorité publique compétente pour signer le contrat ou la première des autorités publiques dénommées dans le contrat a son siège, sans que, dans ce cas, il y ait à tenir compte d'une approbation par l'autorité supérieure, si cette approbation est nécessaire.

Toutefois, si l'intérêt public ne s'y oppose pas, les parties peuvent, soit dans le contrat primitif, soit dans un avenant antérieur à la naissance du litige, convenir que leurs différends seront soumis à un tribunal administratif autre que celui qui serait compétent en vertu des dispositions de l'alinéa précédent.

⇒ **Article valable uniquement en cas d'exécution sur le sol français** (même partiellement) car si exécution hors du sol français, de facto, exécution effectuée hors du ressort d'un TA français. Donc quand là la question se pose pour une exécution exclusivement en Suède → il faut chercher d'autres règles juridiques

Article R 312-19 CJA

Les litiges qui ne relèvent de la compétence d'aucun tribunal administratif par application des dispositions des articles R. 312-1 et R. 312-6 à R. 312-18 sont attribués au tribunal administratif de Paris.

Droit européen

!/ Abs de dispositions spécifiques pour les marchés publics. Cependant NON application du règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) → article 1, 1° : « *Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Il ne s'applique pas, notamment, aux matières fiscales, douanières et administratives* »

Convention de Rome, 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (toujours en vigueur)

(Convention d'adhésion de la Suède à cette convention : 29 novembre 1997 = **applicable au cas d'espèce**)

- **Article 1^{er}** Champ d'application → **Convention applicable au cas d'espèce**
 1. *Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.*
 2. *Elles ne s'appliquent pas:*
 - a) *à l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11;*
 - b) *aux obligations contractuelles concernant:*
 - *les testaments et successions,*
 - *les régimes matrimoniaux,*

- les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes;
- c) aux obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable;
- d) aux conventions d'arbitrage et d'élection de for;
- e) aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale;
- f) à la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale;
- g) à la constitution des trusts, aux relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires;
- h) à la preuve et à la procédure, sous réserve de l'article 14.

3. Les dispositions de la présente convention ne s'appliquent pas aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans les territoires des États membres de la Communauté économique européenne. Pour déterminer si un risque est situé dans ces territoires, le juge applique sa loi interne.

– **Article 3** Liberté de choix

1. **Le contrat est régi par la loi choisie par les parties.** Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause.
(...)

– **Article 4** Loi applicable à défaut de choix

1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, **le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.** (...)

2. Sous réserve du paragraphe 5, **il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une**

société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

(...)

- ⇒ Donc a priori application du droit suédois → donc compétence du tribunal suédois et ensuite exequatur pour faire appliquer la décision en France ?
- ⇒ Mais l'article 3 de la convention de 1980 permet aux parties de choisir le droit applicable donc la clause 12.5 peut être conservée (CAC Article 86 : Juridiction compétente et législation applicable → *Le présent marché est soumis au droit français et les juridictions administratives françaises sont seules compétentes pour connaître des litiges*).
- ⇒ Afin d'éviter que le juge devant appliquer une loi étrangère l'ignore ou l'applique mal, il vaut mieux faire coïncider droit applicable et juge compétent (cependant non obligatoire)
- ⇒ Par contre la clause 12.5 reste valable, non pas en vertu de l'article R312-11 CJA mais bien en vertu du droit européen → donc l'alinéa de l'article 12.5 tel que rédigé actuellement n'est pas valable en cas d'exécution unique en Suède.
 - Ensuite, lorsqu'il sera acté que le juge français sera compétent, en vertu de l'article R 312-19, la compétence reviendra au TA de Paris, puisque le litige ne relève d'aucun TA au regard des articles R 312-1 et R312-6 à R312-18 (articles non applicables au cas d'espèce)

Règles de conflit de lois (DIPri)

- ⇒ A chaque fois c'est « à défaut de clause contractuelle » pour la détermination du droit applicable. Concernant le juge compétent, la liberté contractuelle prévaut (clause attributive de compétences)

Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels

- Article 2

La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes.

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat.

– **Article 3**

A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement.

Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur.

Question 2 : En cas d'exécution uniquement sur un territoire autre que le territoire de la France métropolitaine, la clause 12.5 trouve-t-elle encore une utilité ?

Si la Convention de Rome du 19 juin 1980 s'applique, la clause 12.5 reste utile afin d'établir la loi applicable et le tribunal compétent, dans la mesure où le choix est laissé libre aux parties contractantes en vertu du droit européen. La question n'étant pas explicitement et clairement tranchée, ni par le droit français, ni par le droit européen (rien trouvé niveau jp CJCE/CJUE sur l'application ou la non-application de cette convention aux marchés publics), conserver cette clause permet d'éviter les conflits pour déterminer le tribunal compétent (d'autant plus que lorsque la question du tribunal compétent se pose, cela signifie qu'il y a déjà litige)

En droit international privé, le juge français peut appliquer une loi étrangère → Dans le silence des textes, peut-on considérer que ce principe s'applique également en matière de marchés publics ? Si oui, alors cette clause est d'autant plus importante qu'elle permet de désigner le juge français comme compétent pour appliquer uniquement le droit français alors même que le droit suédois pourrait s'appliquer.

Annexe 4 : Modèle d'avenant

Modèle élaboré au cours du stage à la DGA, validé par la hiérarchie et diffusé au sein du S2A en juillet 2019



Les mentions en italique bleu sont des conseils, commentaires ou choix à effectuer. Ces informations (ou les choix non repris) devront être supprimés avant diffusion.

Niveau de classification	MD	MA	MS	NP
<i>A cocher</i>				



Direction Générale
de l'Armement
DIRECTION DES OPERATIONS
Service des achats d'armement

Avenant n°X au marché n° 20XX XX XXXX notifié le jour mois année
N° d'engagement juridique CHORUS :
N° de service exécutant :

Date de notification :

Objet du marché : *Identique à celui du marché initial*
Objet de l'avenant : *à compléter*
Montant total du marché avant avenant n°X : *à compléter* € TTC
Montant de l'avenant : *à compléter* € TTC
Plus-value / Moins-value résultant de l'avenant n°X : *à compléter* € TTC
Montant total du marché après avenant n°X : *à compléter* € TTC

Entre l'autorité signataire, agissant au nom et pour le compte de l'Etat, d'une part,

Et la société : *à compléter*
Forme : *à compléter*
Capital : *à compléter*
Siège social : *à compléter*
N° SIRET : *à compléter*
Représentée par : *à compléter*

Dénommée si après « le titulaire » d'autre part.

Le titulaire, après avoir pris connaissance de toutes les pièces du présent avenant n°X et après avoir apprécié la nature et l'importance des modifications apportées par ledit avenant, s'engage envers le pouvoir adjudicateur, qui accepte, à les prendre en considération dans le cadre de l'exécution des prestations du marché initial modifié par l'avenant n°X-1 (*le cas échéant*) ainsi que par le présent avenant n°X.

SOMMAIRE

0.	Liminaire.....	3
1.	Objet de l'avenant n°X.....	3
2.	Modifications introduites par l'avenant.....	3
3.	Modification du CCTP.....	4
4.	Primauté juridique de l'avenant n°X.....	4
5.	Notification de l'avenant n°X.....	4
6.	Nantissement.....	4

0. Liminaire

Les modifications apportées au marché initial *modifié par l'avenant n° x-1 (le cas échéant)* par le présent avenant n° X apparaissent en **gras italique surligné gris**. Les éléments supprimés apparaissent en ~~gras italique surligné gris~~.

Tout ce qui n'est pas en caractère **gras italique surligné gris** demeure inchangé à l'acte initial *modifié par l'avenant n° x-1 (le cas échéant)*.

1. Objet de l'avenant n° X

Le présent avenant a pour objet : *à compléter, à compléter, etc...*

En conséquence, les clauses du marché initial sont modifiées comme suit :

2. Modifications introduites au CCAP

- L'article X du marché initial « *à compléter* » du CCAP est modifié comme suit :

«

Reprendre la clause du marché initial en faisant apparaître les modifications apportées en gras italique surligné gris

»

Et/ou

- L'article Y du marché initial « *à compléter* » du CCAP est annulé et remplacé comme suit :

«

Inscrire la nouvelle clause du marché

»

Et/ou

- L'annexe A « *Titre de l'annexe à compléter* » *infra* est ajoutée au CCAP :

3. Modifications introduites au CCTP

Le cas échéant

- L'article X « *à compléter* » du CCTP est modifié comme suit :

«

Reprendre la clause initiale du CCTP en faisant apparaître les modifications apportée en gras italique surligné gris

»

Et/ou

➤ Les références suivantes sont ajoutées à l'article **Y** du CCTP :

«

A compléter

»

Ces modifications entraine une modification de la version du cahier des clauses techniques particulières *insérer la référence du CCTP* qui évolue de la version **Y-1** à la version **Y**.

4. Primauté juridique de l'avenant n°X

Les autres clauses et conditions du marché n° *20XX XX XXXX modifié par ses avenants x et y (le cas échéant)* demeurent applicables en tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions du présent avenant, lesquelles prévalent en cas de contradiction.

5. Notification de l'avenant n°X

~~Le présent avenant prendra effet à sa date de notification au titulaire du marché.~~

6. Nantissement

Article à insérer en cas de modification du montant du marché

Il est délivré au titulaire, en vue de la notification éventuelle d'une cession ou d'un nantissement de créance :

- Soit la copie de l'original du marché initial revêtue de la mention signée par l'autorité signataire au nom de l'Etat indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire, annotée de la modification induite par le présent avenant n°X
- Soit une copie de l'original du présent avenant n°X revêtue de la mention signée par l'autorité signataire au nom de l'Etat indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire.

**AVENANT N°X AU MARCHÉ N° 20XX XX XXXX
ETABLI EN UN SEUL ORIGINAL**

LE TITULAIRE

*Dater et signer après avoir écrit à la main la mention : "Lu et accepté".
Indiquer également les nom, prénom et qualité du signataire et apposer le cachet de la société.*

SERVICE DU CONTRÔLE BUDGÉTAIRE ET COMPTABLE MINISTERIEL (Le cas échéant)

Se référer à l'arrêté du 28 décembre 2018 portant suspension partielle du contrôle budgétaire a priori, au ministère des armées, en application de l'article 106 du décret no 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique
Si le marché initial n'a pas été au CBCM (car < 7M€ HT) et que l'avenant lui fait dépasser l'ancien seuil (7 M€) sans dépasser le nouveau (10 M€ TTC pour le P144) alors pas de passage CBCM pour cet avenant.
Si le marché initial a été au CBCM, alors l'avenant va au CBCM même si on est en dessous du nouveau seuil.

AUTORITÉ SIGNATAIRE AU NOM DE L'ETAT

Annexe 5 : Modèle de rapport de présentation d'avenant

Modèle élaboré au cours du stage à la DGA, validé par la hiérarchie et diffusé au sein du S2A en juillet 2019



Les mentions en italique bleu sont des conseils, commentaires ou choix à effectuer. Ces informations (ou les choix non repris) devront être supprimés avant diffusion.

DIRECTION GÉNÉRALE
DE L'ARMEMENT

DIRECTION DES OPÉRATIONS
Service des achats d'armement

RAPPORT DE PRESENTATION

DE L'AVENANT N° X

AU MARCHÉ N° 20XX XX XXXX

Pouvoir adjudicateur : DGA/DO/S2A
Centre / unité de management : *A compléter*
Objet du marché : *A compléter identique au CCAP*
Titulaire du marché : *A compléter identique au CCAP*
Mode de passation du marché : *A compléter identique au CCAP (article à compléter avec le numéro d'article et la référence du texte)*
Objet de l'avenant n° X : *A compléter identique à l'avenant*
Montant du marché initial : *A compléter* € TTC (montant maximum)
Montant du marché après l'avenant n° X-1 : *A compléter* € TTC
Plus-value (ou moins-value) de l'avenant n° X : *A compléter* € TTC
Montant du marché après l'avenant n° X : *A compléter* € TTC
Montant à engager au titre de l'avenant n° X (hors HE) : *A compléter* € TTC

Acheteur	Manager/Prescripteur	Autorité signataire de marché (dénommée ci-après ASM)
Prénom NOM	Prénom NOM	Prénom NOM

Les noms prénoms des signataires seront mentionnés de manière lisible par ces derniers au moment de la signature. L'architecte ou tout membre de l'EPDP ayant eu un rôle important dans la procédure peut être ajouté.

SOMMAIRE

REFERENCES	3
GLOSSAIRE.....	4
1. RAPPEL CONCERNANT LE MARCHÉ	5
1.1 Rappel du contexte et l'objet du marché	5
1.2 Rappel de la structure du marché	5
1.3 Principaux actes additionnels depuis la notification du marché (<i>le cas échéant</i>).....	5
2. ETAT D'AVANCEMENT DU MARCHÉ	7
3. CIRCONSTANCES AYANT CONDUIT A LA PASSATION DE L'AVENANT	9
4. OBJET ET JUSTIFICATION DE L'AVENANT	10
4.1 Contexte de passation de l'avenant au marché	10
4.2 Objet de l'avenant au marché.....	10
4.3 Evolutions induites par l'avenant.....	10
4.4 Justification de l'avenant.....	11
4.5 Incidence calendaire de l'avenant.....	12
5. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE D'AVENANT – NEGOCIATION.....	14
5.1 Historique.....	14
5.2 Consultation et réception de l'offre initiale	14
5.3 Conduite et bilan de la négociation.....	14
5.3.1 Conduite de la négociation	14
5.3.2 Bilan de la négociation	15
6. CONVENANCE DES PRIX	16

REFERENCES

N° de référence	Désignation
[Réf. 1]	Marché n° 20XX XX XXXX (préciser la date et l'objet)
[Réf. 2]	
[Réf. 3]	

Indiquer ici les références citées relatives à l'avenant :

- les courriers indiquant les évolutions des besoins
- les courriers relatifs à la demande de proposition technique ou financière/demande d'offre/consultation
- les courriers relatifs à l'offre et aux mises à jour,
- la référence des prix.

GLOSSAIRE

Indiquer toutes les abréviations utilisées dans le rapport de présentation.

Abréviation	Désignation complète
ASM	Autorité Signataire du Marché
CCTP	Cahier des Clauses Techniques Particulières
DGA	Direction Générale de l'Armement

Consignes générales :

- *s'assurer de la parfaite cohérence du rapport de présentation avec l'ensemble des documents attenants (CCAP, CCTP, STB,...), et des documents justificatifs (FEB...),*
- *pour mentionner une même notion, utiliser toujours la même expression (a contrario, s'il y a 2 expressions différentes c'est qu'il a 2 notions différentes),*
- *rédiger dans un style écrit non télégraphique,*
- *mettre entre guillemets et en italique quand on cite un texte « ~~XXXXXXXX~~ »,*
- *mettre toutes les dates dans le même format (xx/xx/xx ou xx mois xx),*
- *passer systématiquement le correcteur orthographique,*
- *pour les articles 4 et 5, faire figurer les montants soit en HT soit en TTC mais ne pas mélanger les deux types de prix.*

1. RAPPEL CONCERNANT LE MARCHÉ

1.1 Rappel du contexte et l'objet du marché

Indiquer l'objet du marché (reprendre le contexte du RP du marché initial).

Exemples de rédaction :

Le marché initial (n° 20XX XX XXXX) a été notifié le *à compléter* à la société *à compléter* selon la procédure *à compléter*, en vertu des articles *à compléter*.

Ce marché, passé dans le cadre du programme *à compléter*, a pour objet « *à compléter* » (*identique au CCCAP*).

1.2 Rappel de la structure du marché

Indiquer les principaux éléments de structure du marché (postes/tranches), plus particulièrement ceux en lien avec l'avenant. Il s'agit ici de « faire comprendre » la structure du marché et la nature des prestations achetées.

Exemples de rédaction :

Le marché initial est composé de xx postes dont xx postes à bons de commande et xx postes provision, tels que répartis et exécutés comme suit :

Tranche	Poste	Objet	Montant	Dates / délais (en mois)
TF	1	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>	<i>T0 + xx mois</i>
	2	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>
TOp1	3	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>
TOpx	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>	<i>TX + xx mois</i>
TOpv	<i>à compléter</i>	<i>Poste à bons de commande</i>	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>
TOpz	<i>à compléter</i>	<i>Poste à provision</i>	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>

T0 : date de notification du marché

TX : *à compléter*

1.3 Principaux actes additionnels depuis la notification du marché (le cas échéant)

Se limiter à rappeler ici l'ensemble des avenants antérieurs (avec date et montant) et les actes ayant un lien avec l'avenant. Mettre un historique de l'ensemble des actes en annexe (si utile pour le suivi interne du marché).

Exemple de rédaction :

Depuis la notification du marché, les actes additionnels présentés dans le tableau ci-après ont été notifiés :

Acte	Date de notification	Objet	Montant (€ TTC)
Avenant n°x [Réf. x]	<i>A compléter avec le jour mois année</i>	<i>A compléter</i>	<i>A compléter</i>
Ordre de service n°x	<i>A compléter avec le jour mois année</i>	<i>A compléter</i>	<i>A compléter</i>
Bon de commande n°x	<i>A compléter avec le jour mois année</i>	<i>A compléter</i>	<i>A compléter</i>
Décision n° à compléter du à compléter	<i>A compléter avec le jour mois année</i>	<i>A compléter</i>	<i>A compléter</i>
...	<i>A compléter avec le jour mois année</i>	<i>A compléter</i>	<i>A compléter</i>

2. ETAT D'AVANCEMENT DU MARCHÉ

Indiquer la situation actuelle (postes soldées, avancement nominal ou difficultés d'exécution,..). Pour les postes soldés, inutile de s'étendre sur le déroulement passé.

Privilégier un tableau qui synthétisera l'ensemble.

Veiller à indiquer au moins les postes en lien avec l'objet de l'avenant : (exemples) postes modifiés par l'avenant, postes concernés pour un avenant de fixation des prix définitifs, postes dont les délais sont modifiés suite à des retards de mise à disposition étatique, etc.

Exemples de rédaction :

Rédaction 1 : L'avancement du marché, détaillé dans le tableau ci-après, est / n'est pas nominal.

Tranche	Poste	Date de début d'exécution	Etat	Commentaires
TF	1 : <i>libellé court</i>	T0 (<i>à compléter</i>)	Réceptionné (<i>par exemple</i>)	Avec un retard de x jours (<i>par exemple</i>)
T0p1	2 : <i>libellé court</i>	T1 (<i>à compléter</i>)	En cours d'exécution (<i>par exemple</i>)	Ce poste a fait l'objet d'une réception partielle (<i>par exemple</i>)
	3 : <i>libellé court</i>	T1 (<i>à compléter</i>)	<i>à compléter</i>	Le retard du poste est estimé à xx mois (<i>par exemple</i>)
T0nX	x : <i>libellé court</i>	T2 (<i>à compléter</i>)	Présenté aux opérations de vérification (<i>par exemple</i>)	<i>à compléter</i>
	y : <i>libellé court</i>	T2 (<i>à compléter</i>)	en cours d'exécution (<i>par exemple</i>)	<i>à compléter</i>

Rédaction 2 : Aucun poste n'a été présenté aux opérations de vérification à ce jour *conformément / contrairement* aux délais fixés à l'article *x* du CCAP.

Rédaction 3 : Les travaux commandés au titre de la tranche ferme et de la tranche conditionnelle n°*x* sont en cours d'exécution. L'avancement des travaux *est / n'est* pas nominal.

Rédaction 4 :

2.1 Postes forfaitaires

L'avancement du marché *est / n'est* pas nominal.

Les postes *à compléter* à *à compléter* sont en cours d'exécution.

Le retard du poste *x* est estimé à *xx* mois.

2.2 Poste *x* à bons de commande

Le bon de commande n° *à compléter* du poste à bons de commande *x* a été notifié le *à compléter avec le jour mois année*. Il a pour objet *à compléter / Aucun bon de commande* n'a été notifié au titre du poste *x*.

2.3 Poste *y* à provision

La commande sur provision n° *à compléter* du poste à provision *y* a été notifiée le *à compléter avec le jour mois année*. Elle a pour objet *à compléter / Aucune provision* au titre du poste *y* n'a été notifiée.

3. CIRCONSTANCES AYANT CONDUIT A LA PASSATION DE L'AVENANT

Expliquer le contexte dans lequel le besoin d'un avenant au marché initial est survenu.

Exemple de rédaction :

- Du fait de « *événement faisant évoluer le besoin* », une nouvelle demande a été formulée par *à compléter avec l'autorité à l'origine de la demande* [Réf. *X*].
Le présent avenant vise donc à remédier à **problème causé par l'évènement**.
- Depuis la passation du marché, « *telle référence* » a été modifiée par le titulaire du marché.
Le présent avenant vise à remplacer cette référence par la nouvelle afin de pouvoir poursuivre le marché initial ayant pour objet *à compléter*.

4. OBJET ET JUSTIFICATION DE L'AVENANT

4.1 Contexte de passation de l'avenant au marché

Expliquer le contexte conduisant à la modification du marché.

Exemple de rédaction :

Du fait de « évènement faisant évoluer le besoin », une nouvelle demande a été formulée par à compléter avec l'autorité à l'origine de la demande.

Depuis la passation du marché, « telle référence » a été modifiée par le titulaire du marché.

4.2 Objet de l'avenant au marché

Rappeler l'objet de l'avenant tel que mentionné dans l'article liminaire de l'avenant.

Exemple de rédaction :

Le présent avenant a pour objet « à compléter » (identique à l'avenant)

Il prend également en compte : (à détailler)

- à compléter
- à compléter
- ...

4.3 Evolutions induites par l'avenant

Pour chaque point de l'objet de l'avenant, préciser les articles impactés. Indiquer également une synthèse des évolutions du CCTP et de la STB si applicable.

Indiquer si nécessaire des détails en annexe : passage du plan d'acomptage avant/après avenant, vérification de seuils de paiement direct, etc...

Exemples de rédaction, à adapter selon l'avenant :

Exemple 1 : Les prestations supplémentaires relatives à à compléter ont pour conséquence :

4.3.1 Augmentation du montant maximum du marché initial

Les prestations et les prix des postes x et y des TOp_x et TOp_y sont modifiés, ce qui amène le montant du poste x à à compléter € TTC et le montant du poste y à à compléter € TTC. De ce fait, le montant maximum du marché initial est porté à à compléter € TTC.

L'article à compléter du marché est donc modifié afin de mettre à jour les montants.

4.3.2 Création d'un nouveau poste n°x, pour *objet du nouveau poste*

Afin de fournir à compléter, un nouveau poste est créé.

L'article à compléter du marché est donc modifié.

Exemple 2 : La modification du délai d'objectif d'affermissement de la tranche optionnelle ~~TOPX~~ concernant *à compléter* a pour conséquence la modification de l'article X du CCAP.

Exemple 3 : Les diverses mises à jour de clauses contractuelles concernent :

- la prise en compte du changement de dénomination du sous-traitant *à compléter*, devenu *à compléter*.
- la correction d'une erreur matérielle concernant le délai d'un acompte (*à compléter*).

Exemple 4 : Par ailleurs, diverses mises à jour du « clausier DGA » sont prises en compte :

- *à compléter*
- *à compléter*

4.4 Justification de l'avenant

Justifier l'avenant en montrant qu'il :

- *ne modifie pas l'objet du marché,*
- *relève obligatoirement du titulaire et ne peut être réalisé au titre d'un nouveau marché,*
- *ne modifie pas les conditions initiales d'attribution du marché,*
- *ne modifie pas l'équilibre économique du marché,*
- *ne modifie aucun poste réceptionné.*

Conformément aux articles R. 2394-1 et *selon le cas, inscrire l'article R. 2194-1 à R. 2194-9 correspondant* du Code de la commande publique (article 137 du décret 2016-361), le présent avenant se justifie par les raisons suivantes :

- **Non-modification de l'objet du marché initial :**

Cet avenant a pour objet de prendre en compte *à compléter*. Ces prestations ne peuvent être dissociées de celles commandées initialement au titre du marché initial.

Ces prestations ne modifient donc pas l'objet de ce dernier, à savoir « *à compléter* ».

- **Non-modification des conditions d'attribution du marché initial :**

Le présent avenant ne modifie pas les éléments ayant conduit au choix de la procédure initiale de passation du marché, « *inscrire le mode de passation* », en vertu de l'article *à compléter*.

- *Compléter le cas échéant avec les différentes justifications correspondant au cas d'espèce*

Exemple de rédaction (si mise en concurrence initiale) :

- o Rappel de la notation initiale des candidats :

Notation initiale	Pondération	Candidat XX	Candidat YY	Candidat ZZ	...
Note « Prix »	A %				
Note « Délai »	B %				
Note globale	A + B %				
Classement		1	2	3	...

- Incidence de l'avenant sur la notation des offres :

Les prestations du présent avenant ne modifient pas la notation technique, car sans incidence sur les exigences techniques. La notation « valeur technique » est par conséquent inchangée.

Rappel du critère de notation « Prix » utilisé :

Faire un copier/coller du système de notation mentionné dans le règlement de consultation.

Il faut refaire une estimation de la notation des soumissionnaires avec la prise en compte des prestations introduites par l'avenant pour le titulaire (si possible).

- Tableau du classement et notation globale des candidats après la prise en compte de l'avenant :

Notation après avenant n° X	Pondération	Candidat XX	Candidat YY	Candidat ZZ	...
Note « Prix »	A %				
Note « Délai »	B %				
Note globale	A + B %				
Classement		1	2	3	...

Le montant des prestations introduites par l'avenant est basé sur les conditions économiques du marché initial.

Le présent avenant ne modifie donc pas les conditions d'attribution du marché initial.

Exemple de rédaction (si gré-à-gré initial) :

La société *à compléter* est l'unique opérateur économique capable de réaliser *à compléter (mettre l'objet du marché initial)* pour les raisons suivantes : *à compléter (reprendre la motivation de la non-mise en concurrence dans le RP du marché initial)*. Compte tenu de la nature des prestations du présent avenant, le titulaire est seul en mesure de les réaliser pour les mêmes raisons.

Le présent avenant ne modifie donc pas les conditions d'attribution du marché initial.

- **Non-bouleversement de l'économie du marché initial :**

Le présent avenant entraîne une plus-value de *à compléter* € TTC. Le montant du marché après l'avenant n°X est ainsi de *à compléter* € TTC, correspondant à une augmentation de *à compléter* % par rapport au montant maximum du marché initial.

Le présent avenant ne bouleverse donc pas l'économie générale du marché.

4.5 Incidence calendaire de l'avenant

Expliciter l'impact calendaire éventuel résultant de l'avenant.

Exemples de rédaction :

- 1) L'avenant n'a pas d'impact sur les délais prévus au marché.
- 2) L'avenant reporte les dates limites d'affermissement de *xx jours/mois/années*.

L'avenant n'a aucune incidence calendaire globale puisque le délai maximum du marché est de *xx mois* : ce délai reste inchangé.

3) Le nouveau périmètre technique, objet du présent avenant, a pour conséquence une nouvelle planification calendaire. La durée d'exécution du marché est prolongée, dans la mesure où la nouvelle durée du poste n°x est de x mois à compter de la date de notification du présent avenant.

Dans l'hypothèse d'une notification en xx, le marché s'exécutera jusqu'en *année*, ainsi la durée totale du marché est de x mois.

Eventuellement faire un tableau en cas de modification de plusieurs délais pour rendre les nouveaux délais plus visibles

Poste	Désignation	Ancien délai	Nouveau délai	Commentaires

5. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE D'AVENANT – NEGOCIATION

5.1 Historique

Demande d'offre :	<i>A compléter avec le jour mois année</i>
Réception de l'offre initiale [Réf. x]:	<i>A compléter avec le jour mois année</i>
Négociation :	<i>Du jour mois année au jour mois année</i>
Réception de la deuxième offre [Réf. x] :	<i>A compléter avec le jour mois année</i>
Notification prévisionnelle :	<i>A compléter avec le jour mois année</i>

5.2 Consultation et réception de l'offre initiale

Indiquer la date de l'analyse relative au contenu/prix.

Exemple de rédaction :

Etablie, conformément à la demande de proposition technique et financière, aux conditions économiques de *mois année*, la somme des montants des postes forfaitaires est de *à compléter* € HT, soit *à compléter* € TTC. La somme des montants est répartie comme suit :

Tranche	Poste	Objet	Montant en € HT	Montant en € TTC
TF	Poste 1	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>
	Poste 2	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>
TOpx	...			
TOpy	...			
	...			
	Total		<i>à compléter</i>	<i>à compléter</i>

5.3 Conduite et bilan de la négociation

5.3.1 Conduite de la négociation

Indiquer la conduite de la négociation : date des réunions tenues et points de la négociation. Lister les différentes correspondances et l'évolution des prix des offres durant la négociation. Décrire la conduite de la négociation (description des offres successives reçues, évolutions du cahier des charges...) : on distingue la satisfaction du besoin, l'évolution du cahier des charges, l'optimisation de la solution, la négociation financière (coûts des approvisionnements, des unités d'œuvres et nombre d'unités d'œuvre révisés).

Exemple de rédaction :

L'EPDP / le service technique a organisé x réunions de négociation les compléter avec la date, et compléter avec la date. Ces réunions ont permis de préciser les exigences du CCTP et de s'assurer de la bonne compréhension du besoin technique par le titulaire.

L'étude A de la demande de PTF n'a pas été retenue dans le périmètre de l'avenant compte-tenu de compléter.

A l'issue de la négociation, le titulaire a transmis son offre finale décomposée comme suit : indiquez uniquement les postes renégociés durant les réunions

Offre	Tranche	Poste négocié	Montant en € HT	Montant en € TTC
Offre initiale	TF	Poste 1	<i>A compléter</i>	<i>A compléter</i>
		Poste 2		
	TOPX	...		
	TOPX	...		
Réunion 1	TOPX	Poste x	<i>A compléter avec le nouveau montant à l'issu de la réunion</i>	<i>A compléter avec le nouveau montant à l'issu de la réunion</i>
		<u>Poste y</u>		
Réunion 2		
Montant final			<i>A compléter</i>	<i>A compléter</i>

5.3.2 Bilan de la négociation

Faire une synthèse, si possible sous forme d'un tableau, précisant l'évolution des offres de l'industriel depuis la remise de sa première offre jusqu'au montant du marché en distinguant la baisse des prix due à l'évolution du périmètre technique, des gains dus à la négociation technico-financière. Les gains seront exprimés en montant et en % du montant total.

Une convenance des prix nécessite de connaître la façon dont sont réalisées les prestations ou établies les devis. En conséquence, ne pas hésiter à demander des explications à la société en cas de divergence entre l'estimation de CIC1 et les prix de l'offre (à la fois utile pour faire baisser les prix ou pour corriger l'estimation).

Exemple de rédaction :

Le bilan de la négociation sur les prestations de l'avenant est détaillé dans le tableau ci-après :

Tâche (poste)	Offre initiale (en €HT*)	Ajustement du périmètre technique	Optimisation financière	Offre finale	Ecart en € HT	Ecart en %
Offre initiale	<i>A compléter</i>					<i>-XX%</i>
Offre n°2						
...						
Offre finale						
TOTAL						<i>-XX%</i>

* Aux conditions économiques du marché

Le gain au global des négociations conduites est de *à compléter* %.

Le présent avenant ne modifie pas l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial. A titre indicatif, ne sera pas considérée comme une modification de l'équilibre économique du marché, et partant comme une modification substantielle du marché, l'augmentation n'excédant pas 10% du montant initial du marché (marché public de fournitures ou de services), ou n'excédant pas 15% du montant initial du marché (marché public de travaux).

6. Convenance des prix

Justifier l'ensemble des prix évoluant dans l'avenant :

- *Prestations complémentaires des postes (y compris moins-values le cas échéant),*
- *Postes nouveaux dans l'avenant,*
- *Modification de prix dans la table de prix,*
- *Modification indemnité, primes, intéressement...*

Pour le prix de référence : on cite le marché, la prestation, si possible la page du RP correspondant.

Les principes et consignes de rédaction sont identiques au RP de marché. S'agissant d'un avenant, la convenance peut s'appuyer sur les prestations du marché initial et ne doit justifier que les évolutions de prix.

Dans le cas, où il a fallu réexaminer la non remise en cause de l'attribution du marché, la méthode de ré-évaluation des prix utilisée pour les autres candidats soumissionnaires doit être cohérente de la démarche de convenance des prix.

Annexe 6 : Fiche synthèse de la convention-cadre de partenariat définissant les modalités du recours à l'UGAP par les entités du MINARM soutenues par le SCA pour la satisfaction de leurs besoins en équipement

Fiche élaborée au cours du stage à la PFC-SO, validée par la hiérarchie et diffusée au sein de la DAP en juillet 2019

Convention-cadre définissant les modalités du recours à l'UGAP par les entités du MINARM soutenues par le SCA pour la satisfaction de leurs besoins en équipement (N° 2019.009.2019.083.0000)

Présentation de la convention-cadre

La présente convention-cadre de partenariat définissant les modalités du recours à l'UGAP par les entités du MINARM soutenues par le SCA pour la satisfaction de leurs besoins en équipement (n° 2019.009.2019.083.0000) a été réceptionnée par l'UGAP le 28 juin 2019. Elle est établie pour une durée de 4 ans à compter de cette date de réception, avec une estimation du besoin pour toute cette durée à 6.9 ME TTC maximum.

Conformément à la rédaction de la convention, le recours à cette dernière n'est pas obligatoire. Cependant, la politique ministérielle veut que le recours à l'UGAP soit obligatoire pour les approvisionnements (message officiel n° 2019/214 MCA : ADMINFAN, du 2 juillet 2019). Dès lors, si durant la durée de la convention, la politique ministérielle venait à changer, la lettre de la convention-cadre ferait foi.

Elle se divise en 15 articles, selon le découpage suivant :

- | | |
|---|--|
| 1) Objet de la convention, | 9) Participation du SCA au renouvellement des marchés, |
| 2) Nature et étendue des besoins à satisfaire, | 10) Conditions tarifaires, |
| 3) Disponibilité de l'offre, | 11) Modalités de paiement, |
| 4) Documents régissant les relations entre les parties, | 12) Suivi de l'exécution des prestations, |
| 5) Commandes, | 13) Date d'effet et durée de la convention, |
| 6) Livraison, | 14) Informatique et libertés, |
| 7) Vérification et admission des prestations, | 15) Dénonciation. |
| 8) Résolution des litiges de premier niveau, | |

La présente convention a été portée par la PFC Brest, qui donne aux entités du MINARM bénéficiant d'une convention subséquente délégation de signature pour tout acte d'exécution de la présente convention-cadre (de l'émission des bons de commande au paiement des factures, y compris l'application des pénalités, le cas échéant). A ce titre, une convention subséquente au profit de la PFC SO (n° 2019.009.2019.090.0000) relative à la convention-cadre susmentionnée a été notifiée à l'UGAP le 28 juin 2019. Conformément à cette convention subséquente, le pouvoir adjudicateur qui en bénéficie désigne les personnes habilitées à passer commande. Par ailleurs, les besoins de la PFC SO sont estimés à 750 000€ TTC pour toute la durée de la convention-cadre initiale (4ans). Outre ces points, il ressort de cette convention subséquente que la PFC SO ne présente aucune spécificité pour ce qui concerne le segment « équipement ».

Objet de la convention

Cette convention a pour objet de définir les modalités générales selon lesquelles l'UGAP satisfait les besoins en équipement des entités du MINARM soutenues par le SCA (entités du ministère, cercles et mess des armées, services, directions). Elle prévoit également les modalités selon lesquelles l'UGAP intègre les besoins qualitatifs et quantitatifs du MINARM à ses procédures de manière à satisfaire leurs besoins communs.

Modalités des marchés passés en application de la convention

Les commandes sont passées par voie dématérialisée sauf en cas d'impossibilité technique, prioritairement via une carte achat, sans minimum imposé. Les commandes sont adressées à l'UGAP qui les transmet par la suite aux prestataires. Le choix des prestations se fait sur un catalogue privatif des offres « équipement général » proposées par l'UGAP, défini par le MINARM afin de satisfaire ses besoins. Cela recouvre notamment (liste non exhaustive pouvant être élargie à l'issue de l'extinction de conventions ou marchés actifs à la date de la notification de la convention) :

- | | |
|-------------------------------|--|
| - L'électroménager, | - La maintenance, |
| - La blanchisserie, | - Certains rayons du segment « restauration professionnelle ». |
| - Le nettoyage professionnel, | |

Pour les relations entre les bénéficiaires et l'UGAP dans le segment « équipement », la présente convention et ses annexes représente le texte de référence premier, suivie de la convention subséquente affiliée puis du catalogue privatif mentionné ci-dessus, ainsi que des bons de commande se référant au catalogue, devis ou offre de l'UGAP, des conditions générales d'exécution des marchés de l'UGAP portant sur le segment « équipement » et des CGV de l'UGAP. Les vérifications préalables à l'admission de la prestation reviennent au service bénéficiaire de la prestation, qui dispose ensuite d'un délai de 10 jours calendaires pour notifier à l'UGAP sa décision d'admission, d'ajournement ou de rejet total ou partiel des prestations. Passé ce délai, silence vaudra admission.

MINARM :  MINARM des Armées	SCA : Service du Commissariat des Armées	UGAP : Union des Groupements d'Achats Publics
--	--	---

Annexe 7 : Table de correspondance des articles cités dans l'article L. 2341-1 du Code de la Commande Publique

CCP	Code visé	Articles	Contenu
L. 2341-1	Code Pénal	222-34 à 222-40	Trafic de stupéfiant
		313-1	Définition de l'escroquerie
		313-3	Tentative d'escroquerie
		314-1	Abus de confiance
		324-1, 324-5 et 324-6	Blanchiment simple
		421-1 à 421-2-4, 421-5	Actes de terrorisme
		432-10	Concussion
		432-11	Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique
		432-12 et 432-13	Prise illégale d'intérêts
		432-14	Atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et concession
		432-15 et 432-16	Soustraction et détournement de biens
		433-1 et 433-2	Corruption active et trafic d'influence par les particuliers
		434-9 et 434-9-1	Entraves à l'exercice de la justice (corruption active et passive d'un personnel de justice)
		435-3 et 435-4	Atteintes à l'administration publique (corruption et trafic d'influence actifs)

Mémoire de stage présenté par Sarah BADOURALY
LES ACHATS PUBLICS AU SEIN DU MINISTÈRE DES ARMÉES

CCP	Code visé	Articles	Contenu	
		435-9 et 435-10	Atteintes à l'action de la justice (corruption et trafic d'influence actifs)	
		441-1 à 441-7 et 441-9	Atteintes à la confiance publique (usage de faux)	
		445-1 à 445-2-1	Corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique	
		450-1	Participation à une association de malfaiteurs	
	Code Général des Impôts	1741 à 1743	Sanctions pénales en cas de fraude volontaire ou non au paiement des impôts	
		1746	Entrave à l'exercice de la fonction des agents habilités à constater les infractions à la législation fiscale	
		1747	Organisation ou tentative du refus collectif de l'impôt	
	L. 2341-3	Code Pénal	222-52 à 222-59	Trafic d'armes
			226-13	Atteinte au secret professionnel
			413-10 à 413-12	Atteintes au secret de la défense nationale
Code de la Défense		L. 2339-2 à L. 2339-4	Sanctions pénales pour fabrication et commerce de matériels de guerre, armes et munitions	
		L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3	Sanctions pénales pour non-respect des dispositions relatives à l'importation, l'exportation et au transfert des matériels de guerre, armes et munitions	
Code de la Sécurité Intérieure		L. 317-8	Port ou transport d'armes, de munitions irréguliers	

Bibliographie

Droit interne

Codes

- Code de la Commande Publique
- Code Pénal

Textes à valeur législative

- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique
- Loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense
- Loi « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité

Textes à valeur réglementaire

- Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
- Décret n°2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité
- Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique
- Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité

Actes administratifs

- Note du SCA, n°1687/ARM/DCSCA/SDPS/NP, « Attribution des plates-formes commissariat en tant qu'échelon de synthèse et de déconcentration zonal », 7 mai 2019

- Arrêté du MINARM du 28 février 2019 portant organisation du service du commissariat des armées
- Accord-cadre n°2017.011.2018.048.00.00 relatif aux prestations de mise à disposition de personnels intérimaires au profit du ministère des Armées en France métropolitaine (hors Corse), 13 mars 2018
- Circulaire du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact
- Instruction Générale Interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale, 30 novembre 2011
- Arrêté du 3 octobre 2011 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres
- Circulaire relative aux modalités de recours à l'intérim dans la fonction publique, 3 août 2010, Ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique
- Arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du CCAG des marchés publics de fournitures courantes et de services

Rapports

- Dossier législatif, référence EAEX1823939L, relatif au projet de loi portant suppression de surtranspositions de directives européennes en droit français
- Bilan social 2018 du ministère des Armées publié par le SGA
- THOUROT A., WARSMANN J.-L., *Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français*, 21 décembre 2017, pp.55
- CE, « Etude annuelle 2016, simplification et qualité du droit », La documentation Française, septembre 2016

Guides officiels

- Directive de politique de recours à l'intérim du SGA, 7 mai 2018, n° 0001D18010334/ARM/SGA/DRH-MD
- CE, Premier Ministre, « Guide de légistique », *La Documentation Française*, 3^{ème} édition, 2017
- Ministère de la Défense, *Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale*, 2013, pp. 160

Jurisprudences

- CE, 19 juillet 2017 Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n°392707
- CE, 30 mars 2017, Région Réunion, n°406224
- CE, 29 mars 2013, Société Artéis n°366606
- CE, 9 mars 2016, Conseil national des barreaux, n° 393589
- CE 29 décembre 2008 OPHLM de Puteaux, n° 296930,
- CC, 30 novembre 2006, n°2006-543 DC
- CE Section, 28 janvier 1998, Borg Warner, n° 138650

Documents internes

- Document de présentation du Commissariat des Armées aux nouveaux arrivant, septembre 2019
- Fiche profil de la DGA, « DGA Construisons ensemble la défense de demain », avril 2019
- Document de présentation de la DGA, avril 2019
- Instruction S-ACH n°0029, « Principes de délégation pour les marchés publics (actes initiaux et actes d'exécution) du service des achats d'armement (S2A) de la direction des opérations », 3ème édition, 2019

Droit de l'Union européenne et international

Droit primaire

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
- Traité instituant l'Union européenne et modifiant les traités instituant les Communautés européennes, signé le 7 février 1992 à Maastricht et entré en vigueur le 1er novembre 1993

Droit dérivé

- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE
- Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE
- Directive 2009/43/CE du Parlement et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services
- Décision du Conseil 255/58 du 15 avril 1958

Jurisprudences

- CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10
- CJCE, 2 octobre 2008, *Commission des Communautés européennes c/ République italienne*, Aff. C-157/06
- CJCE 16 septembre 1999, *Commission des Communautés européennes c/ Espagne*, C-414/97
- CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Aff. 41-74

Rapports

- SIPRI, *Yearbook 2019 Armaments, disarmament and international security*
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil COM (2016) 762 final du 30 novembre 2016 sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité

Communications officielles

- Communiqué de presse de la Commission européenne du 25 janvier 2018, relatif aux marchés publics de la défense et à l'ouverture de procédures d'infraction à l'encontre de cinq Etats membres

- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive », 5 décembre 2007

Doctrines

Ouvrages

- ACHILLEAS. P, MIKALEF. W, « Pratiques juridiques dans l'industrie aéronautique et spatiale », éditions Pedone, 2014, pp. 342
- CHARDIGNY C, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruxelles, éditions. Bruylant, 2013
- CLERGERIE J.-L., GRUBER A., RAMBAUD P., *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, 2016, p. 1160
- GULIELMI G.J, KOUBI G., *Droit du service public*, éditions Montchrestien, Coll. DOMAT, 2000, pp. 585

Articles spécialisés

- D'AUZON S., « Le Code de la commande publique enfin publié : ce qu'il faut en retenir », *Le Moniteur*, 5 décembre 2018
- D'AUZON S., « Directives européennes : et si on arrêta de surtransposer ? », *Le Moniteur*, 23 janvier 2018
- CLAMOUR G., « Renforcement de la spécificité des marchés publics de défense et de sécurité », *Lexis 360 Contrats et marchés publics*, n°10, octobre 2018
- IRONDELLE B., « L'Europe de la défense à la croisée des chemins ? », *Critique internationale*, 2005, n° 26, p. 180
- LLORENS F., « Synthèse 10 : Sources et champ d'application », *Lexis 360 Jurisclasseur Contrats et marchés publics*, 1^{er} avril 2019
- MARTIN K., « Directive Marchés publics de défense et de sécurité : bilan et tendances », *Défense & Industries*, n°1, juin 2014, p. 5
- MASSON H., PAULIN C., « Le Marché de défense : concept et réalité », *Notes de la FRS*, 29 novembre 2005
- OLIVIER F., ALLIER L., « Fascicule 60-40 : Accès aux marchés publics », *Lexis 360 Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics*, 10 mai 2019
- Archives du Centre d'Etudes Stratégiques de la Marine, « La gestion des compensations dans l'industrie d'armement : enjeux et perspectives », 2009, pp. 13

Sites officiels

- Site de la DAJ : <https://www2.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>
- Site de Dalloz : <https://www.dalloz.fr/>
- Site de la DGA : <https://www.defense.gouv.fr/dga>
- Site du dictionnaire Larousse : <https://www.larousse.fr/portail/>
- Site de Universalis : <https://www.universalis.fr/>
- Site de Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/>
- Site du ministère des Armées : <https://www.defense.gouv.fr/>
- Site du SCA : <https://www.defense.gouv.fr/fre/commissariat>
- Site du Sénat : <http://www.senat.fr/>
- Site de Eur-Lex, équivalent européen de Légifrance : <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=fr>

Sources internet

- Discours de Laure BEDIER, 30 novembre 2018, Conférence annuelle des achats publics
- Ressource documentaire du Courrier des maires et des élus locaux, « Note sur la réforme des marchés publics entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016, 14 avril 2016

Table des matières

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
TABLE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	5
PARAGRAPHE 1 – LES MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE EN FRANCE : UNE EVOLUTION RECENTE INTRINSEQUEMENT LIEE A LA CONSTRUCTION EUROPEENNE	5
PARAGRAPHE 2 – LA DIRECTIVE DEFENSE : UNE CONCILIATION ENTRE EUROPEANISATION ET IMPERATIFS DE SECURITE	7
PARAGRAPHE 3 – LE REGIME DES EXCLUSIONS DES PROCEDURES DE PASSATION D’UN MARCHÉ PUBLIC : DES SURTRANSPOSITIONS QUESTIONNABLES	10
CHAPITRE 1 : PRESENTATION DE DEUX STRUCTURES AU SEIN DU MINARM ACTRICES DE LA COMMANDE PUBLIQUE	12
PARAGRAPHE 1 – LA DIRECTION GENERALE DE L’ARMEMENT : « CONSTRUIRE ENSEMBLE LA DEFENSE DE DEMAIN »	12
A) <i>La DGA, une entité plurielle promouvant l’image de la France en matière de défense</i>	12
B) <i>Les marchés de défense ou de sécurité, un enjeu économique certain</i>	14
C) <i>Le département juridique et contentieux, pierre angulaire du processus d’achat</i>	16
PARAGRAPHE 2 – LA PLATE-FORME COMMISSARIAT DU SUD-OUEST : « POUR UN SOUTIEN DYNAMIQUE DES FORCES DANS UNE APPLICATION RAISONNEE DE LA REGLE »	18
A) <i>La PFC-SO, une entité de soutien aux bases de défense du Sud-Ouest de la France</i>	18
B) <i>Les marchés publics passés par une PFC, le droit commun de la commande publique adaptée au contexte</i>	20
C) <i>Les achats au profit des bases de défense, de la réception des besoins au règlement des contentieux</i>	23
PARAGRAPHE 3 – DEUX ENTITES COMPLEMENTAIRES : UNE REPOSE GLOBALE AUX BESOINS DES FORCES ARMÉES EN MATIERE D’EQUIPEMENT	24
A) <i>Deux structures d’achat, pour des besoins distincts</i>	24
B) <i>Deux stages successifs, pour comprendre l’ensemble de la chaîne de l’achat au sein du MINARM</i>	26
C) <i>La mise en pratique des savoirs acquis durant le cycle universitaire, l’achèvement d’un parcours</i>	27
CHAPITRE 2 : METHODOLOGIE DES PRODUCTIONS DEMANDEES PENDANT LES STAGES AU SEIN DE DEUX ENTITES DU MINARM	29
PARAGRAPHE 1 – LA COMMANDE PUBLIQUE EN DROIT FRANÇAIS : UN PAN DU DROIT FRANÇAIS EXTREMEMENT REGLEMENTE	29
A) <i>Le Code de la Commande Publique, une réorganisation logique du droit français de la commande publique</i>	29
B) <i>Le droit français de la commande publique, des particularismes au regard des directives européennes</i>	

C) <i>Les marchés de défense ou de sécurité, un régime partiellement dérogatoire aux droit commun de la commande publique</i>	38
PARAGRAPHE 2 – LE DOCUMENT MULTICOLORE : UN DOCUMENT INTERNE A LA DGA PERMETTANT UNE CONNAISSANCE FINE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	43
A) <i>La mise à jour du document multicolore, un moyen d’observer les évolutions du droit de la commande publique</i>	44
B) <i>Les renvois du document multicolore, un moyen d’explicitier le Code de la Commande Publique</i>	46
C) <i>Les directives européennes, un moyen de montrer les origines du droit français de la commande publique</i>	49
PARAGRAPHE 3 – LA RESILIATION D’UN MARCHÉ PUBLIC AUX FRAIS ET RISQUES DU TITULAIRE : UN CAS D’EXCLUSION DE LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS	51
A) <i>Un marché présentant des difficultés importantes, présentation du contexte local</i>	51
B) <i>L’application de pénalités, unique levier d’action</i>	53
C) <i>L’application de l’article L. 2141-7 CCP au cas d’espèce, un regard juridique porté sur les marchés à venir</i>	54
CHAPITRE 3 : SURTRANSPOSITIONS DES ARTICLES RELATIFS AUX EXCLUSIONS DE LA PROCEDURE DE PASSATION	57
PARAGRAPHE 1 – LE PHENOMENE DE TRANSPOSITION DES DIRECTIVES : UNE METHODE D’UNIFORMISATION DES DROITS DES ETATS MEMBRES DE L’UNION EUROPEENNE MANIERE SOUPLE D’HARMONISER LE DROIT DES ETATS MEMBRES DE L’UNION EUROPEENNE	57
A) <i>La souplesse liée à l’utilisation d’une directive dans le domaine de la commande publique, un avantage pour les Etats membres</i>	57
B) <i>La souplesse liée à l’utilisation d’une directive dans le domaine de la commande publique, un inconvénient pour l’harmonisation des droits des Etats membres</i>	59
C) <i>Le cas spécifique de l’article L. 2341-3 du Code de la Commande Publique, un exemple de transposition contestable de la directive 2009/81/CE</i>	60
PARAGRAPHE 2 – LES SURTRANSPOSITIONS : UNE CONSEQUENCE DE LA MARGE DE MANŒUVRE ACCORDEE AUX ETATS MEMBRES	63
A) <i>Les enjeux liés à aux surtranspositions, explication au regard de la définition de l’expression</i>	63
B) <i>Le Code de la Commande Publique, une surtransposition générale des directives européennes</i>	66
C) <i>Les surtranspositions dans le Livre III Deuxième Partie du Code de la Commande Publique, un régime protecteur des intérêts de l’Etat français</i>	68
PARAGRAPHE 3 – LES EXCLUSIONS DE LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS : UNE ANALYSE GRACE AU DOCUMENT MULTICOLORE	70
A) <i>Une présentation des exclusions des procédures de passation, comprendre la présence de surtranspositions</i>	70
B) <i>Les surtranspositions des exclusions des procédures de passation, un apport sur le plan de la stratégie et de l’autonomie de la France en matière de défense</i>	73
C) <i>Les conséquences des surtranspositions sur la commande publique, les possibilités de contentieux lié à la différence de transposition</i>	74

CONCLUSION	77
PARAGRAPHE 1 – LA REALISATION DE STAGES : UNE EXPERIENCE ENRICHISSANTE	77
PARAGRAPHE 2 – LE TRAVAIL DE LA DGA : UNE OPPORTUNITE POUR L’ANALYSE DES SURTRANSPOSITIONS DES DIRECTIVES EUROPEENNES DANS LE CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	78
PARAGRAPHE 3 – UNE POSSIBLE RESOLUTION DU CONTENTIEUX : LES DIFFICULTES D’UNE RESILIATION DE MARCHE	79
ANNEXES	81
ANNEXE 1 : SCHEMA DU MECANISME DE LA COMPENSATION INDUSTRIELLE	81
ANNEXE 2 : ORGANIGRAMME DE LA DGA	82
ANNEXE 3 : FICHE DE QUESTION JURIDIQUE SUR LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX	82
ANNEXE 4 : MODELE D’AVENANT	88
ANNEXE 5 : MODELE DE RAPPORT DE PRESENTATION D’AVENANT	93
ANNEXE 6 : FICHE SYNTHESE DE LA CONVENTION-CADRE DE PARTENARIAT DEFINISSANT LES MODALITES DU RECOURS A L’UGAP PAR LES ENTITES DU MINARM SOUTENUES PAR LE SCA POUR LA SATISFACTION DE LEURS BESOINS EN EQUIPEMENT	106
ANNEXE 7 : TABLE DE CORRESPONDANCE DES ARTICLES CITES DANS L’ARTICLE L. 2341-1 DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	107
BIBLIOGRAPHIE	109
DROIT INTERNE	109
<i>Codes</i>	109
<i>Textes à valeur législative</i>	109
<i>Textes à valeur réglementaire</i>	109
<i>Actes administratifs</i>	109
<i>Rapports</i>	110
<i>Guides officiels</i>	110
<i>Jurisprudences</i>	111
<i>Documents internes</i>	111
DROIT DE L’UNION EUROPEENNE ET INTERNATIONAL	111
<i>Droit primaire</i>	111
<i>Droit dérivé</i>	111
<i>Jurisprudences</i>	112
<i>Rapports</i>	112
<i>Communications officielles</i>	112
DOCTRINE	113
<i>Ouvrages</i>	113
<i>Articles spécialisés</i>	113
SITES OFFICIELS	114
SOURCES INTERNET	114
TABLE DES MATIERES	115