

GUIDE D'APPLICATION du 9 juillet 2004 du décret concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense

Avertissement

Le présent guide a pour objet d'expliquer les dispositions du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense, désigné ci-après « le décret défense ». Il pourra être enrichi au fur et à mesure que l'application du décret en fera apparaître la nécessité.

Il ne doit pas être cité à titre de document contractuel dans les pièces constitutives d'un marché.

Le décret défense prévoit un régime particulier, applicable à certains marchés publics passés pour les besoins de la défense, qui ne peut être mis en œuvre que si un certain nombre de conditions - par ailleurs très strictes - sont réunies. Il n'est pas destiné à dispenser les personnes responsables des marchés du respect des principes généraux de la commande publique, que ces principes aient été définis au niveau communautaire (le Traité instituant la communauté européenne) ou au niveau national (article 1^{er} du code des marchés publics par exemple). Ce décret a pour finalité de procurer aux acheteurs de la défense les instruments nécessaires à l'exercice plus performant de leurs attributions, en offrant des éléments de souplesse que le code de droit commun ne donne pas.

Le recours au décret défense ne doit pas être perçu comme une facilité, mais une exigence emportant des contraintes ; il appelle une analyse préalable rigoureuse et une mise en œuvre attentive.

Le présent guide reprend le texte de chacun des articles du décret défense, puis le commentaire.

Article 1

I. - Les marchés publics portant sur les armes, munitions et matériels de guerre sont en principe soumis à l'ensemble des dispositions du code des marchés publics.

II - Toutefois, lorsqu'ils sont passés pour les besoins exclusifs de la défense et mettent en cause les intérêts essentiels de l'Etat au sens de l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne, peuvent être passés et exécutés selon les dispositions des articles 2 à 17 du présent décret les marchés suivants :

- 1. Les marchés de fournitures et de services qui ont pour objet la conception, l'essai, l'expérimentation, la réalisation, l'acquisition, le maintien en condition opérationnelle, l'utilisation ou la destruction des armes, munitions et matériels de guerre ;*
- 2. Les marchés de fournitures qui ont pour objet la réalisation de démonstrateurs ou de prototypes d'armes, munitions ou matériels de guerre ;*
- 3. Les marchés de fournitures qui ont pour objet les composants, les outillages, les consommables et les moyens d'évaluation et d'essais, spécifiquement conçus pour la fabrication, l'emploi ou le maintien en condition opérationnelle des armes, munitions et matériels de guerre ou concourant à leur efficacité militaire ;*

4. *Les marchés de services qui ont pour objet soit les études exploratoires et les études technico-opérationnelles relatives aux équipements futurs, les études biologiques, médicales, hydrographiques et océanographiques, soit les études prospectives qui présentent un lien direct avec la stratégie militaire ou l'emploi des armes ;*
5. *Les marchés de travaux directement liés à la réalisation, l'emploi, le maintien en condition opérationnelle et l'évaluation des armes, munitions et matériels de guerre.*

1.1 Champ d'application

Le choix du recours au décret concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense revient à la personne responsable du marché (PRM), à partir du moment où le marché envisagé entre dans le champ d'application de ce texte. Lorsque le marché réunit les conditions exigées, la PRM est libre de recourir au décret défense ou non. Ce choix est fonction des conséquences que la PRM recherche en termes de procédure de passation ou d'exécution. Cependant, une fois que la PRM a choisi une procédure, elle doit s'y tenir jusqu'à la fin.

En tout état de cause, lorsque le décret défense ne prévoit pas de dispositions particulières, ce sont les règles générales du code des marchés publics qui s'appliquent.

Si la PRM ne retient pas l'une des procédures de passation du décret défense, c'est-à-dire si elle préfère en utiliser une relevant du code des marchés publics (l'appel d'offres restreint par exemple), elle ne pourra en aucun cas utiliser les dispositions dérogatoires du décret défense.

1.2 Genèse et principes généraux

L'article 296, paragraphe 1, b du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) dispose que *« tout Etat membre peut 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 matériels de guerre »*.

Cet article permet, dans de strictes conditions, de déroger à l'application du droit communautaire pour certains marchés publics. En effet, les Etats membres ont considéré que les règles du marché intérieur ne pouvaient s'appliquer totalement à l'économie de défense en raison des caractéristiques de ce secteur et de la nécessité de protéger les intérêts essentiels de leur sécurité.

La nouvelle directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service exclut de son champ d'application les marchés entrant dans le champ de l'article 296 TCE.

Les autorités françaises, sur la base de l'article 296 TCE, ont ainsi élaboré une réglementation particulière relative à certains marchés passés pour les besoins de la défense. Lors des travaux de modernisation du code des marchés publics, il a été décidé de regrouper dans un décret particulier les éléments de cette réglementation ¹ de façon à mieux encadrer le recours, d'ailleurs facultatif, à ces règles dérogatoires.

¹ Qui existaient déjà dans le code des marchés publics dans sa rédaction de 2001.

Cette réglementation ne confère pas une autorisation automatique de recours à des procédures dérogatoires. Elle ne dispense donc pas les PRM de justifier, au cas par cas, l'application du décret défense. Il leur appartient de montrer en quoi la protection des intérêts essentiels de l'Etat au sens de l'article 296 TCE est en cause (*cf.* paragraphe 1.3.1 *infra*).

Dans le décret portant code des marchés publics, les dispositions particulières prévues par l'article 296 TCE pour les armes, munitions et matériels de guerre sont introduites par l'article 4-II qui prévoit que « *un décret en Conseil d'État détermine les conditions particulières dans lesquelles sont passés certains marchés passés pour les besoins de la défense* ».

1.3 Détermination des marchés inclus dans le périmètre du décret défense

Les marchés pouvant entrer dans le périmètre du décret défense doivent satisfaire les deux critères énoncés à l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne cité ci-dessus.

Pour ces deux critères, le service pourra s'aider des indices supplémentaires mentionnés par le décret défense :

- le fait que le marché puisse être rattaché à une des catégories de marchés prévues par les alinéas 1 à 5 du II de l'article 1^{er} du décret défense (par exemple, un marché de fournitures ayant pour objet l'acquisition d'armes, ou un marché de services ayant pour objet l'essai d'une arme), est un indice de rattachement aux intérêts essentiels de l'Etat ;
- le fait que le marché soit passé pour les besoins exclusifs de la défense est un indice permettant de classer le matériel concerné parmi les armes, munitions et matériels de guerre.

1.3.1 Premier critère : les intérêts essentiels de l'Etat

Un marché ne peut entrer dans le périmètre du décret défense que s'il met en cause les intérêts essentiels de l'Etat au sens de l'article 296 TCE.

Ceux-ci n'ont jamais reçu de définition précise et la jurisprudence européenne est rare. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a entendu réserver l'application de l'article 296 à des situations susceptibles de mettre en cause la sécurité des Etats dans un nombre d'hypothèses très limitées. Ainsi, il ressort d'un arrêt de principe de la CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, du 16 septembre 1999, qu'en raison de leur caractère limité, les dispositions dérogatoires que prévoit le Traité « ne se prêtent pas à une interprétation extensive », et qu'il appartient aux Etats qui entendent se prévaloir de ces exceptions de « fournir la preuve que ces exonérations ne dépassent pas les limites des dites hypothèses ».

La jurisprudence de la CJCE retient donc une interprétation stricte de l'article 296 et écarte l'application systématique du régime dérogatoire au secteur de l'armement. La Cour n'interdit pas aux Etats de prendre des mesures particulières et de retenir une procédure « adaptée » pour des achats qui concernent leurs intérêts essentiels, mais elle réaffirme le principe selon lequel les mesures prises doivent être nécessaires pour atteindre l'objectif de protection de ces intérêts essentiels.

S'il n'existe pas de définition de la notion de sécurité publique en droit communautaire, la jurisprudence a précisé que cette notion comprenait la sécurité intérieure comme la sécurité internationale².

Il n'y a pas de jurisprudence qui précise ce que sont les intérêts essentiels de l'Etat en droit national³.

Le critère des intérêts essentiels étant difficile à cerner, l'article 1^{er}-II du décret défense prévoit une liste de marchés dont l'objet concourt habituellement à la protection des intérêts essentiels de l'Etat. Tout marché dont l'objet entre dans cette liste est susceptible de mettre en cause les intérêts essentiels de l'Etat au sens de l'article 296 du Traité instituant la communauté européenne. Toutefois, il ne suffit pas que l'objet du marché figure dans cette liste pour que celui-ci puisse *ipso facto* pouvoir bénéficier du décret défense.

En tout état de cause, la PRM doit justifier dans le rapport de présentation du marché que l'objet du marché serait susceptible de mettre en cause les intérêts essentiels de l'Etat, si sa réalisation était impossible, insuffisante ou inadaptée.

1.3.2 Second critère : les armes, munitions et matériels de guerre

1.3.2.1 En l'absence d'une définition juridique des armes, munitions et matériels de guerre, les services pourront se référer à la liste du 15 avril 1958 prévue par l'article 296, paragraphe 2, TCE. Cette liste n'a jamais été publiée par le Conseil. Elle a cependant été retranscrite et publiée au JOCE à l'occasion d'une réponse à une question parlementaire.

En cas de difficulté manifeste, les services pourront aussi se référer à la définition, en droit français, des armes, munitions et matériels de guerre en consultant le décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions ainsi que les textes suivants :

- le décret n° 95-589 du 6 mai 1995 modifié relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des armes, munitions et matériels de guerre ;
- l'arrêté du 20 novembre 1991 modifié fixant la liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à une procédure spéciale d'exportation d'armement ;
- l'arrêté du 11 septembre 1995 relatif au classement de certains matériels, armes et munitions.

Mais ces listes ne sont ni exhaustives, en raison de l'évolution technique constante, ni juridiquement incontestables, car elles ont une finalité différente du droit de l'achat public. Elles peuvent néanmoins servir d'indices utiles.

² Voir notamment les affaires Werner et Leifer, CJCE, 17 octobre 1995, C-70/94 et C-83/94.

³ Pour ce qui est du droit national, on peut rappeler que l'article 410-1 du code pénal donne une définition des intérêts fondamentaux de la nation, notion proche, mais plus large, des intérêts essentiels de l'Etat : ils s'entendent « de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ». L'acquisition des armes relève des intérêts essentiels de l'Etat dans la mesure où elle contribue à protéger les intérêts essentiels de la Nation définis par le code pénal de la façon la plus solennelle. Mais il est difficile de pousser plus loin le raisonnement.

Les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires, même lorsqu'ils sont achetés au profit des forces armées, ne relèvent pas du champ du décret dont l'interprétation demeure stricte.

1.3.2.2 Si le service n'a pu retrouver le matériel concerné par son marché au sein d'une de ces listes, il recherchera si le marché envisagé est passé pour les besoins exclusifs de la défense, c'est-à-dire si sa destination est de nature militaire.

- En matière de fournitures, un équipement qui ne figure pas de façon expresse dans une des listes évoquées plus haut, mais qui est fabriqué spécifiquement pour des besoins militaires pourra être considéré, du fait de sa destination, comme satisfaisant le deuxième critère. Ainsi, les parties et pièces spécialisées des matériels prévus dans la liste de 1958 précitée entreront dans le champ du décret défense pour autant qu'elles auront un usage militaire. Il en est de même pour les machines, équipements et outillages exclusivement conçus pour l'étude, la fabrication, l'essai et le contrôle des armes, munitions et engins à usage uniquement militaire repris dans la liste de 1958.
- En matière de services et de travaux, la prestation, objet du marché, doit concourir directement au bon fonctionnement des armes, munitions et matériels de guerre. Par exemple, peuvent a priori être considérés comme entrant dans le champ du décret défense le développement ou l'acquisition de contre-mesures médicales en vue de faire face à des menaces d'agression par armes biologiques, ainsi que le maintien en condition opérationnelle d'un système d'armes.

1.3.3 En tout état de cause, des fournitures destinées aux armées, mais n'ayant pas d'usage militaire, n'entrent pas dans le champ du décret défense : il en va ainsi, à titre d'exemple, des bâtiments de servitude de la marine nationale, tels que les remorqueurs ou les vedettes de lutte contre l'incendie.

Les biens à double usage (civil et militaire) sont soumis également aux directives communautaires (CJCE 17 octobre 1995, *Werner contre Allemagne* et CJCE 17 octobre 1995, *Leifer*) et donc au code des marchés publics.

En conclusion, le choix du recours au décret défense doit être le résultat d'une analyse du marché prenant en compte l'appartenance au périmètre du décret défense du marché concerné en droit et l'intérêt du recours à cette procédure en opportunité. Les PRM apprécieront au cas par cas le bien fondé du recours au décret défense et préciseront dans le rapport de présentation en quoi les critères de ce recours sont réunis.

Article 2

I. - *Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1^{er} sont passés selon la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence, sous réserve des dispositions suivantes.*

- *Ils sont précédés d'un avis d'appel public à la concurrence inséré au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, selon un modèle défini par arrêté du ministre de la défense.*
- *Les dispositions de l'article 39 et du V de l'article 40 du code des marchés publics ne leur sont pas applicables.*
- *Par dérogation à l'article 65 du code des marchés publics, le délai minimal entre l'envoi de l'avis à la publication et l'envoi de l'invitation à présenter une offre est d'au moins quinze jours. L'avis d'appel à la concurrence fixe la date limite de réception des candidatures en fonction du montant estimé et de l'objet du marché.*

II. - *Ils peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence dans les cas :*

- a) *de marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels l'urgence n'est pas compatible avec les délais d'un avis d'appel public à la concurrence, notamment ceux que la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant ;*
- b) *de marchés de travaux, de fournitures et de services qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement dans des domaines technologiques dont la diffusion doit être protégée ;*
- c) *de marchés de services dont la nature ne permet pas une fixation préalable du prix ou une définition précise des caractéristiques.*

III - *Ils peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas :*

a) *de marchés complémentaires :*

- *exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à un complément de fournitures ou à l'extension d'installations existantes. Le recours à ces marchés n'est possible que lorsque le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives. La durée de chacun des marchés complémentaires ne peut dépasser quatre ans ;*
- *de services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute ce service ou cet ouvrage lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique.*

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial.

- b) de marchés de travaux, de fournitures et de services qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire. Le marché précédent doit avoir fait l'objet d'une mise en concurrence. Celle-ci doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services, fournitures ou travaux. Ce marché de prestations similaires ne peut être notifié que jusqu'à l'expiration des délais de validité du marché initial ;*
- c) de marchés de travaux, de fournitures et de services qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits de propriété intellectuelle, à des nécessités techniques, à des investissements préalables importants, à des installations spéciales, à la sécurité des approvisionnements, à un savoir-faire particulier ou à la nécessité de développer une technologie innovante à l'origine de laquelle se trouve ce prestataire ;*
- d) de marchés de fournitures ou de services attribués à l'auteur de la solution retenue à la suite de plusieurs marchés de définition passés conformément à l'article 73 du code des marchés publics ;*
- e) de marchés de travaux, de fournitures et de services passés dans le cadre d'un programme mené en coopération internationale, lorsque ont été définies les prestations à réaliser par chaque État.*

IV. - *Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1^{er} qui exigent en outre le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État requiert l'absence de publicité sont passés selon la procédure négociée sans publicité. Ils sont passés sans mise en concurrence lorsqu'ils relèvent de l'un des cas prévus au III de l'article 2 du présent décret.*

Pour les marchés entrant dans le champ d'application du décret défense, la personne responsable du marché est libre de recourir :

- *soit aux marchés passés selon une procédure adaptée, soit aux procédures d'appel d'offres ou de dialogue compétitif du code des marchés publics. Si tel est son choix, les dispositions du code des marchés publics s'appliquent entièrement, y compris l'obligation d'une publicité au Journal officiel de l'Union européenne le cas échéant. Dans ce cas, la personne publique ne peut recourir à aucune des dispositions du décret défense ;*
- *soit aux procédures de marché négocié prévues par le décret défense.*

Pour des raisons pratiques, le décret défense, par construction, reprend tous les cas de marchés négociés. Donc, en principe, il ne doit pas y avoir de marché négocié selon les procédures du code, pour des travaux, des fournitures ou des services susceptibles d'entrer dans le champ du décret défense. L'article 35 du code ne s'applique donc pas.

2.1 Les procédures. Généralités

Tous les marchés entrant dans le champ du décret défense peuvent être passés selon la procédure de marché négocié avec publicité et mise en concurrence.

S'ils entrent dans un des cas fixés au paragraphe II de l'article 2 du décret défense, ils peuvent être exonérés de publicité préalable.

S'ils entrent dans un des cas fixés au paragraphe III de l'article 2 du décret défense, ils peuvent en outre être passés sans mise en concurrence.

Pour les marchés entrant dans le champ du décret défense, toute publicité européenne est exclue. La publication sera donc effectuée dans le seul BOAMP, ce qui n'interdit nullement à des entreprises étrangères de se porter candidates et d'être éventuellement acceptées.

L'attention des services est appelée sur le fait que pour ce qui concerne les différentes procédures de marchés négociés, des divergences existent entre le décret défense et le code des marchés publics :

- le mode de passation correspondant à un cas donné peut être différent selon que le marché vise le décret défense ou le CMP ;
- certains cas de marchés négociés prévus par le décret défense ne le sont pas par le CMP.

2.2 Les marchés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence : article 2-II du décret défense

2.2.1 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence dans les cas « de marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels l'urgence n'est pas compatible avec les délais d'un avis d'appel public à la concurrence, notamment ceux que la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant ».

L'utilisation de cet article pour exonérer le marché de publicité ne se conçoit que si ces délais sont rendus réellement impraticables. Cela signifie que la personne responsable du marché doit être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence, ainsi que l'impossibilité réelle de respecter les délais normalement prévus pour ce type de procédure pour des raisons sérieuses ne résultant pas de l'administration. En aucun cas, la PRM ne peut exciper de dysfonctionnements internes à l'administration pour justifier l'emploi de la procédure d'urgence. La légitimité de cet emploi est appréciée par la personne responsable du marché au vu des éléments justificatifs écrits produits par le service prescripteur (état-major, service de programme...).

Contrairement au code des marchés publics où l'urgence impérieuse est requise, dans le décret défense, l'urgence simple suffit à justifier l'absence de publicité pour incompatibilité avec les délais de l'appel public à la concurrence.

Le décret défense autorise la passation d'un marché négocié sans publicité, mais avec mise en concurrence, pour trouver rapidement un prestataire de remplacement en cas de titulaire défaillant, possibilité que le nouveau code des marchés publics n'a pas expressément retenue.

2.2.2 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence dans les cas « de marchés de travaux, de fournitures et de services qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement dans des domaines technologiques dont la diffusion doit être protégée ».

Le décret défense élargit le champ d'application de ce cas de marché négocié en augmentant les cas de recours et en autorisant ce type de marchés négociés pour les services, ce qui n'est pas le cas dans le code des marchés publics. L'exigence d'absence de finalité commerciale immédiate n'existe pas dans le décret défense, mais une importante restriction est prévue, puisque ce cas (de marchés négociés) est réservé aux marchés passés dans des domaines technologiques dont la diffusion doit être protégée, c'est-à-dire dans des domaines scientifiques ou stratégiques, pour lesquels une publicité serait contraire aux intérêts essentiels de l'Etat.

Enfin, dans tous les types de prestations (travaux, fournitures et services), on peut utiliser la procédure de marché négocié avec mise en concurrence mais sans publicité, réservée dans le code des marchés publics aux seuls marchés de fournitures.

2.2.3 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence dans les cas de « marchés de services dont la nature ne permet pas une fixation préalable du prix ou une définition précise des caractéristiques ».

Ce cas d'ouverture est à rapprocher de l'article 35 I 2° et 4° du code des marchés publics. Toutefois, le décret défense élargit le champ d'application de ces deux cas de marché négocié par rapport au code des marchés publics dans la mesure où d'une part, il supprime l'obligation de ne recourir à ces cas de marché négocié que dans les cas exceptionnels et où, d'autre part, l'absence de publicité est autorisée. Dans le cas où le prix ne peut être préalablement fixé, le marché sera conclu à prix provisoire. On se reportera utilement aux dispositions de l'article 18-II du code des marchés publics pour les clauses à insérer dans les marchés à prix provisoire. La fixation du prix définitif requiert une négociation qui a lieu pendant la durée du marché. La fixation du prix définitif peut également résulter des conclusions d'une enquête de coût ou du résultat d'une mise en concurrence au niveau des sous-traitants. L'accord entre les parties se concrétise par un avenant fixant le prix définitif du marché, forfaitaire ou assorti d'une clause d'intéressement.

Le prix provisoire constitue la base sur laquelle s'opèrent la mobilisation bancaire du marché et le versement des acomptes.

Dans le cas où les caractéristiques du marché ne peuvent être précisément définies, la difficulté de précision doit être telle que leurs spécifications ne puissent être définies dans le cahier des charges et que l'organisation d'un appel d'offres soit par suite devenue impraticable. Cette hypothèse vise certaines prestations de services spécifiques qui, en raison de leur particulière complexité, ne peuvent donner lieu, au stade de l'élaboration des pièces du marché, à une

définition suffisamment précise. L'appréciation devra se faire au cas par cas et faire l'objet d'une justification dans le rapport de présentation.

2.3 Les marchés sans publicité préalable ni mise en concurrence : article 2-III du décret défense

2.3.1 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas de marchés complémentaires :

- exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à un complément de fournitures ou à l'extension d'installations existantes. Le recours à ces marchés n'est possible que lorsque le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives. La durée de chacun des marchés complémentaires ne peut dépasser quatre ans ;
- de services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute ce service ou cet ouvrage lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique.

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial.

La durée des marchés complémentaires destinés au renouvellement partiel de fournitures ou d'installation d'usage courant est accrue par rapport au code des marchés publics : elle peut atteindre quatre ans au lieu de trois ans. Le texte n'oblige pas que le marché initial soit totalement exécuté pour avoir recours à un marché complémentaire.

La seule limitation est une limitation de montant : elle fixe le montant maximum du marché complémentaire à 50 % du montant du marché initial. En revanche, il n'est pas nécessaire que le marché initial ait fait l'objet d'une mise en concurrence ou d'un appel d'offres comme dans le code des marchés publics. Pour vérifier que le montant maximal n'est pas dépassé, on comparera d'une part, le montant du marché initial augmenté des avenants éventuels, d'autre part, le montant cumulé de tous les achats complémentaires qui ont déjà pu être effectués et/ou qui sont envisagés.

2.3.2 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas de « marchés complémentaires de marchés de travaux, de fournitures et de services qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire. Le marché précédent doit avoir fait l'objet d'une mise en concurrence. Celle-ci doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services, fournitures ou travaux. Ce marché de prestations

similaires ne peut être notifié que jusqu'à l'expiration des délais de validité du marché initial ».

Dans le décret défense, les marchés de fournitures sont également concernés par les dispositions relatives aux marchés de prestations similaires. Le marché initial doit avoir été passé avec mise en concurrence mais non sur appel d'offres. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus est limitée à l'expiration des délais de validité du marché initial quels qu'ils soient. Aucun montant plafond n'est prévu, mais la possibilité de passer un marché similaire doit avoir été prévue dès la mise en concurrence ayant précédé le marché d'origine.

2.3.3 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas de « marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits de propriété intellectuelle, à des nécessités techniques, à des investissements préalables importants, à des installations spéciales, à la sécurité des approvisionnements, à un savoir-faire particulier ou à la nécessité de développer une technologie innovante à l'origine de laquelle se trouve ce prestataire ».

2.3.3.1 Le décret défense donne la possibilité de passer des marchés de travaux, fournitures et services qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant :

- à la protection de droits de propriété intellectuelle ;
- à des nécessités techniques.

Ces notions doivent s'entendre restrictivement. Elles se rapprochent de celles du code des marchés publics qui emploie les termes de « raisons techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ».

Le décret défense a élargi la possibilité de recours au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence passé à un prestataire déterminé en ajoutant au code des marchés publics quatre cas pouvant justifier cette procédure. Il s'agit :

- de l'existence d'investissements préalables importants ;
- d'installations spéciales ;
- de la sécurité des approvisionnements ;
- de l'existence d'un savoir-faire particulier.

La mise en concurrence est logiquement exclue dans les hypothèses où un seul fournisseur peut être retenu.

Des nécessités techniques ne peuvent justifier le recours au marché négocié sans mise en concurrence que dans la mesure où elles rendent absolument nécessaire l'attribution du marché à une entreprise déterminée. Il importe d'établir que seule la prestation envisagée répond au besoin de l'acheteur public. Cette procédure dérogatoire ne se justifie en effet que dans la mesure où les

caractéristiques spécifiques de la prestation font qu'elle est la seule à répondre aux besoins à satisfaire, cette prestation ne pouvant être réalisée que par un seul prestataire.

Le fait qu'une entreprise ait déjà fourni des prestations semblables dans le passé ne suffit pas à démontrer qu'elle est la seule à pouvoir les assurer ni donc à justifier le recours à cette procédure.

S'agissant de la condition relative aux investissements préalables importants, la jurisprudence considère qu'elle n'est pas remplie lorsque les investissements invoqués se rapportent à un projet différent de celui qui fait l'objet du marché négocié (CE 27 septembre 1991, commune de Chartres de Bretagne c/Gueguen).

2.3.3.2 Le décret prévoit également la possibilité de passer des marchés à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la nécessité de développer une technologie innovante à l'origine de laquelle se trouve ce prestataire.

Afin d'encourager l'innovation et pour préserver la base industrielle et technologique nationale dans le cadre de la protection des intérêts essentiels de l'État, les services du ministère de la défense peuvent accepter les propositions des entreprises considérées comme à la fois innovantes, uniques et répondant à un besoin précis de recherche dans le domaine des armes, munitions et matériels de guerre.

Cette dérogation au principe de la mise en concurrence est justifiée par la nécessité, en cas de proposition spontanée vraiment innovante, de ne pas porter atteinte au secret des affaires.

Il appartiendra à la PRM de s'entourer des avis utiles pour justifier dans le rapport de présentation du marché :

- le caractère innovant de la proposition ;
- le besoin auquel celle-ci correspond ;
- et le choix du prestataire à l'origine de ladite proposition.

L'attention des services est appelée sur le fait que le caractère spontané et innovant de la proposition ne les dispense pas de l'obligation de négocier toutes les clauses administratives et techniques.

2.3.4 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas de « fournitures et de services attribués à l'auteur de la solution retenue à la suite à plusieurs marchés de définition passés conformément à l'article 73 du code des marchés publics ».

Ce cas d'ouverture permet de négocier toutes les clauses administratives et techniques du marché sur la base de la proposition retenue. Les services n'attribueront donc pas le marché de réalisation sans discussion avec le titulaire de la solution retenue pour rechercher la meilleure solution financière et technique conformément aux intérêts de l'Etat.

Le recours à cette procédure n'est cependant possible que lorsque les marchés de définition ont été passés après publicité et peuvent être considérés, compte tenu de la nature de la prestation, comme ayant assuré la concurrence la plus large possible, dans le respect des règles régissant la sécurité des approvisionnements. Il est rappelé que le Conseil d'Etat a jugé que la possibilité de notifier le marché de réalisation sans nouvelle mise en compétition doit avoir été prévue dans l'avis d'appel public à la concurrence ⁴.

2.3.5 Les marchés peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas de marchés « passés dans le cadre d'un programme en coopération, lorsqu'ont été définies les prestations à réaliser par chaque Etat ».

Le recours aux marchés négociés sans mise en concurrence est autorisé pour la passation des actes contractuels nécessaires à l'accomplissement de la tâche assignée à chaque Etat, y compris dans le cadre d'un Memorandum Of Understanding (MOU).

2.4 Cas particulier des marchés passés pour les besoins de la défense qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige : article 2-IV du décret défense.

L'article 2.IV du décret défense dispose que « les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1^{er} qui exigent en outre le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État requiert l'absence de publicité sont passés selon la procédure négociée sans publicité. Ils sont passés sans mise en concurrence lorsqu'ils relèvent de l'un des cas prévus au III de l'article 2 du présent décret ».

Les marchés concernés par l'article 2.IV du décret défense sont ceux qui entrent dans son champ d'application défini en son article 1^{er}.II (*cf.* commentaire de cet article *supra*) et qui réunissent en outre des conditions supplémentaires liées au secret ou à la sécurité. Le décret défense a prévu dans ce cas, pour lever toute ambiguïté, de les rattacher aux dispositions spécifiques de passation qu'il offre, afin de permettre aux PRM de disposer de l'encadrement d'une procédure à la fois souple et rigoureuse. Ces marchés ne sont donc pas régis par le régime de l'article 3.7 du code des marchés publics.

Tout marché entrant dans le champ d'application du décret défense est exclu des dispositions de l'article 3.7 du code des marchés publics.

⁴ Conseil d'Etat, 3 mars 2004, Société Mak System.

Article 3

En cas d'urgence incompatible avec la préparation des documents constitutifs d'un marché, il peut être procédé à un échange de lettres. Celui-ci doit au minimum énoncer la nature des prestations, ainsi que la limite des engagements de l'Etat, en montant et en durée. Il fixe, si possible, un prix définitif ou, à défaut, un prix provisoire.

Lorsque le prix est définitif, l'échange de lettres peut prévoir une avance dont le montant maximal ne peut excéder 30 % du montant du marché. Il ne peut être prévu d'avance lorsque le prix est provisoire.

Lorsque l'échange de lettres a prévu un acompte, le montant de l'acompte ne peut en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

L'échange de lettres doit être régularisé sous la forme d'un marché à prix provisoire ou définitif dans les trois mois qui suivent. Dans le cas où ce délai serait dépassé, le contrôleur financier intéressé doit en être informé par écrit.

L'échange de lettre doit être passé selon la procédure de marché négocié sans publicité préalable mais avec mise en concurrence. Sur justifications précises dans le rapport de présentation, il peut être passé selon la procédure de marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence.

L'échange de lettres doit énoncer clairement le contenu des prestations commandées, la durée de réalisation, les modalités de financement (avances et acomptes s'il y a lieu) et l'engagement financier maximum de l'Etat.

Le cocontractant donne son accord par écrit aux conditions énoncées dans la lettre de commande. L'ensemble du dossier (devis, lettre de commande et accord du cocontractant) doit être conservé par le service pendant cinq ans.

L'échange de lettres fixe si possible un prix définitif ou, à défaut, un prix provisoire. Lorsque le prix est définitif, l'échange de lettres peut prévoir une avance dont le montant maximal ne peut excéder 30 % du montant du marché. Lorsque le prix est provisoire, il ne peut être prévu d'avance. Lorsque l'échange de lettres a prévu un acompte, ce qui est notamment recommandé lorsque le titulaire engage des dépenses importantes dans les trois mois suivant l'échange de lettres, le montant de l'acompte ne peut en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

Lorsque l'échange de lettres comporte un prix provisoire, le prix définitif doit être fixé, par avenant, au plus tard trois mois après la notification du marché de régularisation. Le paiement du solde ne pourra intervenir qu'après fixation du prix définitif.

Article 4

- I. - A l'appui des candidatures et au delà des renseignements qui peuvent être exigés en vertu de l'article 45 du code des marchés publics, la personne responsable du marché peut demander, afin d'apprécier la capacité des candidats à exécuter le marché au vu des exigences particulières que celui-ci requiert, des renseignements complémentaires concernant leur habilitation préalable en application de l'article 7 du décret du 17 juillet 1998 susvisé, la composition de leur actionnariat, la valeur ajoutée créée sur le territoire national, l'implantation de leur patrimoine technologique, leurs capacités industrielles sur le site de réalisation de la prestation ou les compétences des personnes devant intervenir pour la réalisation du marché. Ces exigences devront être indiquées dès le début de la procédure et, le cas échéant, dans l'avis d'appel public à la concurrence.*
- II. - Lorsqu'elle estime que le nombre de candidats ayant répondu aux mesures de publicité n'offre pas une concurrence suffisante, la personne responsable du marché peut proposer à une ou plusieurs entreprises de faire acte de candidature.*

4.1 L'article 45 du code des marchés publics prévoit une liste de renseignements permettant d'effectuer la sélection des entreprises admises à présenter une offre.

L'article 4.I du décret défense autorise la PRM à demander un certain nombre de renseignements supplémentaires permettant d'apprécier la capacité des candidats à exécuter le marché. La PRM choisit parmi tous les renseignements dont la demande est autorisée ceux qui lui paraissent adaptés au marché.

Les critères de sélection des candidatures doivent figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence, le cas échéant.

L'attention des services est attirée sur le fait que toutes les dispositions de l'article 45 du code des marchés publics sont applicables et notamment celle qui permet au candidat, pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, de demander que soient prises en compte celles d'un ou plusieurs sous-traitants.

- L'article 7 du décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale dispose que « nul n'est qualifié pour connaître des informations ou supports protégés s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation et s'il n'a besoin de les connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission ».

On notera que l'habilitation de l'entreprise candidate peut désormais faire l'objet d'une demande de renseignement au stade des candidatures et donc éventuellement servir à l'élimination des candidats lorsqu'elle est exigée dans l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC). Cette disposition sera précisée lorsque seront adoptées les dispositions de l'arrêté qui remplacera l'instruction n° 2000/SGDN/SSD/DR du 1^{er} octobre 1986 sur la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés et autres contrats.

- La composition de l'actionnariat d'une entreprise ne pourra conduire la PRM à éliminer un candidat, que si les propriétaires du capital capables d'exercer une influence significative sur le fonctionnement de la société, ne peuvent être connus de façon précise, ou présentent des

risques manifestes, en raison de leur origine ou de leur nationalité. Cette disposition peut se combiner avec l'application du critère relatif à la nationalité évoqué par l'article 45 du code des marchés publics.

- Les renseignements relatifs à la valeur ajoutée créée sur le territoire national permettent de s'assurer que les capacités substantielles de recherche, de production, de maintien en condition opérationnelle se rapportant aux prestations visées par le marché, sont situées géographiquement dans une zone présentant des garanties suffisantes en termes de sécurité d'approvisionnement (par exemple, un pays couvert par un accord international de type Letter of Intent ou LOI).
- Par l'implantation du patrimoine technologique, il ne faut pas seulement entendre l'endroit géographique où sont implantées les usines du prestataire, mais le pays dans lequel il a déposé des brevets ou est titulaire de licences.
- La capacité industrielle sur le site de réalisation de la prestation peut permettre de vérifier le potentiel et le niveau de fiabilité des installations techniques du titulaire.

4.2 Toute personne responsable de marché peut demander à une ou plusieurs entreprises de se porter candidate, lorsqu'elle estime que la concurrence est manifestement insuffisante. Le caractère suffisant de la concurrence ne dépend pas seulement du nombre de candidats, mais plus généralement de la qualité de la concurrence, en fonction de l'objet du marché. L'appréciation du caractère suffisant de la concurrence peut être effectuée dès la date à partir de laquelle la PRM est autorisée à envoyer aux entreprises les invitations à présenter une offre.

L'attention des services est attirée sur le fait que la sollicitation de candidats ne peut se faire ni avant la date à partir de laquelle la PRM est autorisée à envoyer aux entreprises les invitations à présenter une offre⁵, ni après la date limite de dépôt des candidatures. Les services veilleront donc à bien indiquer ces deux dates dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Si la PRM est amenée à solliciter des entreprises, elle doit le faire dans le respect de l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique. La sollicitation de candidats supplémentaires doit être motivée dans le rapport de présentation de marché.

La PRM sollicite la candidature des sociétés de son choix. En retour, ces sociétés doivent faire explicitement acte de candidature si elles sont intéressées par le marché. Après avoir examiné et agréé ces candidatures, la PRM envoie le dossier de consultation aux entreprises dont la candidature est recevable. L'examen et l'agrément des candidatures est effectué au fur et à mesure que la PRM les reçoit.

La date limite de dépôt des offres est la même pour toutes les entreprises, quelle que soit la date de leur candidature, que celle-ci ait été sollicitée ou non, et donc quel que soit le délai dont elles auront disposé pour élaborer leur offre.

La PRM devra veiller à prévoir des dates de remise des candidatures et des offres adaptées, permettant à l'administration d'examiner leur contenu, et aux candidats de répondre dans les meilleures conditions.

⁵ Délai incompressible de 15 jours minimum de l'article 2.I.

Article 5

Les candidats peuvent se présenter en groupement soit au moment de la remise des candidatures, soit au moment de la remise des offres. La composition des groupements peut être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres sous réserve que tous les membres du groupement aient été autorisés à présenter une offre ou à y participer.

Une modification de la composition des groupements entre les candidatures et les offres est autorisée pour tenir compte de la réalité du marché de l'industrie de défense, ceci afin d'obtenir des offres plus compatibles avec les besoins de la défense. Toutefois, ces modifications ne sont possibles que si les candidatures de tous les membres du groupement ont été agréées lors de la phase de sélection des candidatures. Par « y participer », il faut entendre que l'entreprise avait été autorisée à participer au groupement ; en effet, seul le mandataire présente une offre, les autres entreprises étant autorisées à participer à un groupement. Il est possible d'autoriser une entreprise qui avait été agréée dans un premier temps comme sous-traitant à participer à l'offre finale à titre de co-traitant. Il est également possible de changer de mandataire à l'intérieur d'un groupement, à condition bien sûr, que celui-ci ait été précédemment autorisé à présenter une offre ou à y participer.

Il s'agit ici de la composition du groupement et non de sa forme (conjoint ou solidaire).

Article 6

La personne responsable du marché peut prévoir, dans le cahier des charges, parmi les conditions d'exécution du marché, des stipulations relatives à la nature des technologies mises en œuvre, au lieu d'exécution des travaux, aux moyens industriels utilisés ainsi qu'aux conditions matérielles retenues pour assurer la protection et la pérennité des moyens techniques utilisés par l'entreprise.

Il ne s'agit pas de critères de choix des offres, mais du contenu de l'offre elle-même qui doit répondre au cahier des charges. Si de telles stipulations sont prévues, une offre qui n'y répondrait pas pourrait être déclarée non conforme et donc rejetée. Ce système est calqué sur celui de l'article 14 du code des marchés publics.

Article 7

Dans les conditions fixées par arrêté du ministre de la défense, en cas de mise en concurrence, la personne responsable du marché peut ne mettre en concurrence que les fournisseurs et les prestataires de service préalablement qualifiés soit par son propre système de qualification soit en acceptant celui d'organismes ou d'entités tiers.

Le système de qualification des fournisseurs ou prestataires de services repose sur des critères objectifs définis par référence aux normes homologuées lorsqu'elles sont appropriées.

Ces critères sont portés à la connaissance des fournisseurs ou prestataires de services intéressés, à leur demande. Leur mise à jour leur est communiquée.

Un réexamen de la qualification des fournisseurs ou prestataires doit être effectué tous les trois ans.

Lorsqu'il est recouru à un système de qualification établi par un organisme ou une entité tiers, le nom de celui-ci est communiqué aux fournisseurs ou prestataires de services intéressés.

Les services font paraître au bulletin officiel des annonces des marchés publics un avis sur l'existence du système de qualification. Cette publication est renouvelée au moins tous les trois ans.

Les services peuvent également publier au même bulletin un avis d'appel public à candidatures pour obtenir la qualification pour des catégories de produits ou de prestations de services déterminées.

A l'occasion d'une décision relative à la qualification d'un fournisseur ou d'un prestataire de services ou de l'établissement ou de la mise à jour du système de qualification, les services ne peuvent :

- *ni imposer à certains fournisseurs ou prestataires de services des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été imposées à d'autres ;*
- *ni exiger des essais ou des justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles.*

Le fournisseur ou le prestataire de services qui demande à être qualifié est informé de la décision prise à son sujet dans un délai de six mois à compter de la date limite de dépôt des candidatures ou de la date de sa demande, en cas de candidature spontanée. Ce délai peut être prorogé après que le candidat en a été informé. Les motifs de cette prorogation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise sont indiqués au demandeur.

La décision de rejet d'une demande de qualification ou l'intention de retrait d'une qualification, est motivée par écrit. Elle est fondée sur les critères de qualification mentionnés aux alinéas 2 et 3 du présent article.

Le système de qualification des fournisseurs permet de gagner du temps au moment du lancement d'une procédure d'achat en ne mettant en concurrence que des fournisseurs préalablement qualifiés : on économise ainsi les délais de l'appel public à la concurrence et de l'établissement de la liste des candidats admis à présenter une offre.

La mise en œuvre de ce processus se décompose en trois étapes :

- En premier lieu, publication d'un avis sur l'existence du système de qualification.
La publication annonçant l'existence d'un système de qualification intervient au moins tous les trois ans ; effectuée au BOAMP, elle ne constitue pas un appel à candidature de qualification. Elle vise à informer les entreprises intéressées de l'existence et du mode de fonctionnement du système de qualification du service concerné. Sur demande des entreprises intéressées, le service qui a fait paraître l'annonce communique les règles relatives au système de qualification.

- En deuxième lieu, publication d'un ou plusieurs avis d'appel public à candidature de qualification (APCQ).
Les services publient ensuite, ou concomitamment, à l'avis sur l'existence du système de qualification, un avis d'appel public à candidature de qualification (APCQ) pour une ou plusieurs catégories de produits et de services déterminés. Aucune obligation de délai de validité n'est prévue pour les APCQ ; toutefois, dans un souci de transparence, il paraît opportun de renouveler régulièrement ces APCQ pour chaque segment d'achat.
- Enfin, à chaque survenance d'un besoin, possibilité de ne mettre en concurrence que des fournisseurs préalablement qualifiés dans le domaine concerné.
Cette mise en concurrence est réalisée par l'envoi d'une lettre, accompagnée du dossier de consultation des entreprises (DCE), invitant les entreprises préalablement qualifiées à remettre une offre pour un marché particulier (article 2 II).

Cet article sera mis en œuvre par un arrêté du ministre de la défense qui comportera en annexe un formulaire d'avis sur l'existence du système de qualification et un formulaire d'APCQ.

Article 8

Les marchés de fournitures et de services qui ont pour objet des études exploratoires complexes ou des prestations pouvant présenter des aléas techniques importants, et les marchés de conception et de réalisation de systèmes d'information et de communication qui mettent en œuvre des technologies évolutives dans le domaine de l'information, des communications ou des composants électroniques, peuvent comporter plusieurs phases. Le montant global de ce type de marché est fixé préalablement à sa notification sans que les périmètres de toutes les phases ne soient complètement définis.

Ils sont passés pour une durée de 5 ans au plus, sauf cas exceptionnels dûment justifiés notamment par l'objet du marché.

A l'issue de chaque phase, la personne responsable du marché peut, sur la base des résultats obtenus, définir dans le marché, après accord du titulaire, les nouveaux moyens à mettre en œuvre ou les objectifs à obtenir pour la phase suivante en vue de réaliser l'opération. Lorsque l'intérêt de la poursuite du marché est de nature à être remis en cause au cours de son exécution, ce dernier doit prévoir la faculté pour la personne publique d'arrêter son exécution au terme d'une ou plusieurs de ces phases.

Pour ces marchés particuliers un aménagement des procédures classiques de passation des marchés s'avère nécessaire. Il s'agit de domaines techniques complexes et innovants, dont les évolutions rapides sont difficile à prévoir ; les prestations peuvent être des services (études amont par exemple) mais aussi des fournitures (dans le domaine des SIC notamment).

La personne responsable du marché définit dans son dossier de consultation, les objectifs à atteindre, la problématique liée au marché considéré et un phasage du projet.

Il sera demandé aux candidats une stratégie de réalisation pour atteindre les objectifs fixés sur la durée totale du marché et les moyens mis en œuvre pour la première phase du marché qui répondra à certains objectifs. L'enveloppe financière sera fixée globalement et pour l'ensemble du marché ; à l'intérieur de celle-ci, le marché déterminera de façon précise le montant

correspondant à la première phase de la réalisation du marché. L'attention des services est appelée sur le fait que le montant de l'enveloppe globale ne peut être modifié.

A l'issue de la réalisation de la première phase, une évaluation de la phase ou des phases réalisée(s) sera faite en commun entre le titulaire et l'administration, en vue d'un réajustement du projet.

Les moyens à mettre en œuvre, le montant de la phase à venir et les objectifs peuvent être redéfinis ou réorientés avec le titulaire, à l'issue de chaque phase, pour la phase suivante du projet en fonction de l'évaluation qui aura été faite à l'issue de l'exécution de la phase précédente.

La condition à respecter pour ces phases successives est que leur contenu et leur prix soient bien arrêtés par la PRM avant la mise en œuvre de chacune des phases.

Si la somme des prix des différentes phases réalisées atteint le montant global, le marché sera considéré comme arrivé à son terme, même si la date limite d'exécution prévue par le marché n'est pas encore atteinte.

Article 9

Outre les cas prévus par l'article 18 du code des marchés publics, les marchés négociés sans mise en concurrence peuvent être conclus à prix provisoires lorsque les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter ne sont pas connus au moment de la négociation du prix du marché. Dans ce cas, seuls font l'objet de prix provisoires les éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter et pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu.

Les marchés préciseront, pour les éléments du marché faisant l'objet d'un prix provisoire :

- les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif éventuellement dans la limite d'un prix plafond ;
- l'échéance à laquelle devra intervenir un avenant pour fixer les prix définitifs.

Seul le titulaire du marché principal de maîtrise d'œuvre industrielle demeure personnellement responsable envers le service acheteur de la totalité du marché, même pour la partie sous-traitée.

Article 10

La personne responsable du marché peut introduire dans le cahier des charges du marché des exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants et vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci sont choisis par le titulaire du marché.

L'acquisition de grands systèmes d'armes peut nécessiter d'en confier la responsabilité globale de conception, de définition détaillée, de fabrication et de fourniture à un maître d'œuvre industriel. L'administration peut alors lui imposer le recours à la mise en concurrence pour le choix de ses sous-traitants, pour l'acquisition de sous – systèmes ou d'équipements, de façon transparente pour la PRM , et selon des modalités définies par celle-ci.

Ces modalités devront être soigneusement précisées dans les documents contractuels, en conformité avec la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance et avec la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier dite loi MURCEF. Pour la DGA il sera fait utilement référence à l'annexe « plan d'acquisition » du recueil des clauses types DGA.

Le plan d'acquisition permet à la PRM de négocier avec son futur co-contractant :

- le principe d'une mise en concurrence de ses sous-traitants ;
- l'emploi de certains critères de choix de ces sous-traitants dans le cadre de cette mise en concurrence ;
- la communication à la PRM des informations relatives à la mise en œuvre de ces critères au cours du déroulement de la mise en concurrence.

La possibilité d'établir un plan d'acquisition est élargie à tous les marchés relevant du décret défense, qu'ils soient passés avec ou sans mise en concurrence, à prix ferme ou à prix provisoire, et non plus seulement aux marchés monopolistiques et à prix provisoires. Il n'est cependant pas possible de prévoir un plan d'acquisition pour un marché à prix provisoire, en cas de mise en concurrence.

Article 11

Les marchés à bons de commande entrant dans le champ d'application du présent décret peuvent être passés sans minimum en valeur ou en quantité.

Les marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder 5 ans sauf pour les marchés concernant le maintien en condition opérationnelle ou, dans des cas exceptionnels, sur justifications précises.

Les marchés à bons de commande entrant dans le champ d'application défini à l'article 1 du décret peuvent être passés sans minimum en valeur ou en quantité. Cette faculté ne doit pas être utilisée de façon systématique : dans la mesure du possible, la personne responsable du marché cherchera toujours à fixer le montant minimum des marchés qu'elle passe. Dans tous les cas, le marché devra prévoir un montant maximum estimé. Le montant minimum ou son absence seront justifiés dans le rapport de présentation.

La durée du marché est fixée en vue de la bonne utilisation des deniers publics, en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Dans le cas des marchés de maintien en condition opérationnelle, le décret défense n'a pas prévu de durée maximale, car dans un certain nombre de cas, notamment lorsque le marché est passé avec des obligations de résultats, des investissements importants seront nécessaires pour réaliser la prestation. Mais la PRM devra s'efforcer de fixer la durée optimale permettant à la fois une rentabilisation convenable des investissements et une remise en concurrence suffisante, garantie de bonne et saine gestion.

Article 12

Pour les marchés de fournitures et de services ayant pour objet des prestations complexes et pouvant présenter des aléas techniques importants, une part provisionnelle de prestations peut être prévue dans le marché sous réserve que les conditions d'élaboration des prix soient fixées dans l'acte d'engagement. Cette part doit être justifiée et ne peut dépasser 15 % du montant total du marché.

Pour certains marchés complexes et présentant des aléas techniques importants notamment dans le domaine industriel, il est possible de prévoir des provisions dans une limite de 15 % du prix total du marché, provision comprise. Cette possibilité doit toutefois rester l'exception. La personne publique doit déterminer avec précision la nature et l'étendue de ses besoins à satisfaire, conformément aux dispositions de l'article 5 du code des marchés publics. Cette facilité ne doit pas être pérenne : l'expérience doit conduire la PRM à réduire le pourcentage de la provision pour les marchés du même type. Toute provision devra être justifiée dans le rapport de présentation du marché.

La durée d'utilisation de la provision est celle de l'exécution du marché ou de la tranche à laquelle elle se rattache. Le pourcentage maximum de la provision pourra être indiqué dans le cahier des charges et faire l'objet d'une négociation, après discussion technique avec les candidats. Le marché indiquera les éléments permettant la détermination ultérieure des prix.

Article 13

I. - Pour les marchés ayant pour objet l'acquisition des fournitures prévues au 3. du II de l'article 1er du présent décret, il peut être prévu d'ajouter des articles de remplacement ou devenus nécessaires et non prévus au marché initial sous réserve que les conditions de fixation du prix de ces articles soient fixées dans le marché. Cette part ne peut dépasser 15 % du montant total du marché.

II. - Pour les marchés de maintien en condition opérationnelle et pour les marchés ayant pour objet le réassort de fournitures, lorsque la sécurité d'emploi d'un matériel exige le recours à des composants ou des sous-systèmes de même origine que ceux qui ont été retenus lors de la qualification initiale d'un matériel, la personne responsable du marché peut exiger un recours exclusif à ces composants et sous-systèmes à condition de l'avoir mentionné dans le dossier de consultation et justifié précisément dans le rapport de présentation de ce marché.

Pour les marchés de composants, d'outillage, de consommables directement liés aux essais et à l'utilisation des armes, munitions et matériels de guerre ou concourant à l'efficacité militaire de ces matériels, il peut être prévu d'ajouter un certain nombre d'articles supplémentaires, ou de substituer une variété d'article à celle qui est indiquée dans le marché, dans la limite de 15% du montant du marché et sous réserve que les conditions d'élaboration des prix soient clairement fixées dans le marché. Cet aménagement n'est utilisable que pour les marchés de fournitures.

Les prestations ainsi prévues sont commandées par avenant. Le recours à la procédure de l'article 13 impose à la PRM une certaine retenue dans l'emploi éventuel d'avenants « ordinaires » supplémentaires.

Seul le motif de sécurité d'emploi d'un matériel peut être invoqué pour exiger le recours exclusif à des composants et des sous-systèmes déjà qualifiés lors de la qualification du matériel principal.

Cette nécessité de sécurité d'emploi devra être justifiée dans le rapport de présentation et la décision de qualification du matériel principal sera à produire à l'appui du marché le cas échéant.

Article 14

La périodicité du versement des acomptes est fixée en tenant compte des caractéristiques et de la durée du marché. Elle est fixée au maximum à six mois. Ce maximum peut être dépassé dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Il est ramené à un mois, sur demande, lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise.

Le sous-traitant à paiement direct peut bénéficier de la même réduction lorsqu'il est lui-même une petite ou moyenne entreprise.

Le rythme de versement des acomptes est un des éléments de la négociation. Il doit être adapté au cas par cas pour chaque marché, en tenant compte de ses caractéristiques, notamment sa durée, du rythme de son exécution ainsi que des besoins légitimes des entreprises en matière de financement.

Le décret défense fixe à six mois la périodicité maximum des acomptes. La pratique habituelle devra se rapprocher de la règle de trois mois prévue par le code des marchés publics : il ne doit être recouru à une périodicité supérieure uniquement lorsqu'il s'avère difficile d'estimer tous les trois mois la valeur de la prestation exécutée.

En tout état de cause, la périodicité du versement des acomptes sera justifiée dans le rapport de présentation.

La définition de la PME est celle qui est énoncée dans l'article 89 du code des marchés publics. Les documents de consultation devront rappeler que le paiement mensuel est accordé aux PME-PMI sur leur demande.

Article 15

Pour tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service, une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché entrant dans les prévisions du II de l'article 1^{er} d'une clause prévoyant un paiement différé.

Le paiement différé est un régime d'exception. Il déroge au principe énoncé dans l'article 94 du code des marchés publics et permet au ministère de la défense de dissocier la réalisation matérielle du marché et le rythme des paiements.

Tout projet de recours à l'article 15 sera adressé au contrôle général des armées avant le lancement de la procédure. Le recours à un paiement différé devra figurer dans l'AAPC ou dans la lettre d'invitation à présenter une offre.

Article 16

La possibilité pour le candidat de recourir à un ou des services de l'Etat pour réaliser une partie des prestations nécessaires à l'exécution d'un marché, doit être prévue dans le règlement de consultation.

Lorsqu'un service de l'Etat, comme les établissements industriels de la délégation générale pour l'armement (notamment le Service de maintenance aéronautique, ou les Centres d'essais), réalise une prestation au profit d'un industriel titulaire d'un marché public, cette possibilité doit être prévue dans le règlement de la consultation. Elle est destinée à couvrir une situation fréquente dans les programmes d'armement pour lesquels une partie des travaux peut être réalisée par un service de l'Etat. Néanmoins, le recours à cette faculté relève de l'initiative des candidats à l'attribution du marché. Afin de permettre ce recours, et à titre de précaution les services doivent le prévoir dans le règlement de consultation. Le titulaire demeure seul responsable de l'exécution du marché. Le principe reste que le service étatique est payé par l'industriel titulaire.

Article 17

Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés et autres contrats.

Un arrêté est en cours de préparation pour remplacer l'instruction n° 2000/SGDN/SSD/DR du 1^{er} octobre 1986 sur la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés et autres contrats.