



# Cour de Discipline Budgétaire et Financière, Rapport d'activité 2017. Les pages consacrées à la commande publique

Florian Linditch

## ► To cite this version:

Florian Linditch. Cour de Discipline Budgétaire et Financière, Rapport d'activité 2017. Les pages consacrées à la commande publique. Contrats et marchés publics , LexisNexis, 2018. hal-02121800

HAL Id: hal-02121800

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121800>

Submitted on 6 May 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Cour de Discipline Budgétaire et Financière, Rapport d'activité 2017** **Les pages consacrées à la commande publique**

En cette année 2018 symbolique pour la CDBF (soixante-dixième anniversaire), on se reportera avec profit aux (trop) rares décisions rendues, pour y découvrir les errements possibles des décideurs publics dans la commande publique, de même que leur qualification juridique. Même si les affaires traitées sont rares, la position de la CDBF sur un certain nombre de pratiques donne un éclairage juridictionnel intéressant. Ses décisions sont, on le sait soumises au recours en cassation devant le conseil d'Etat, et à ce titre doivent respecter les règles du droit administratif, à commencer par l'interprétation donnée par la Haute assemblée.

Trois décisions retiennent l'attention.

### **I – L'arrêt n° 214-758 du 26 juin 2017 École nationale supérieure Louis Lumière**

Il était reproché à la directrice de l'École nationale supérieure d'avoir passé plusieurs marchés sans avoir organisé les procédures de publicité et de mise en concurrence applicables à la procédure du dialogue compétitif relatif à la fourniture et l'installation d'équipements audiovisuels et de mobiliers spécifiques, à la mise en concurrence d'un marché informatique, mais la CDBF a admis l'existence de circonstances atténuantes pour réduire sensiblement la sanction encourue.

#### **Méconnaissance des règles de passation applicables au dialogue compétitif**

##### *Violation du seuil de publication au JOUE*

Pour les marchés de fournitures (le seuil des marchés formalisés était l'époque des faits, de 130.000 €), le Rapport relève que « l'avis d'appel à la concurrence n'a fait l'objet d'une publication qu'au bulletin officiel des marchés publics (BOAMP), à l'exclusion du Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), alors que l'avis de marché envoyé en publication le 20 juillet 2011 faisait mention d'une estimation de la valeur de 2 347 000 € HT et que les trois lots notifiés en janvier 2012 représentaient en prix de base un engagement total de 1 383 102 € HT, supérieur au seuil des marchés européens ». En résumé, le montant des marchés était plus de dix fois supérieur au seuil (!) et a été passé sans mise en concurrence intracommunautaire.

##### *Restriction excessive du nombre de candidats admis à participer au dialogue*

Le règlement de consultation avait fixé à 2 nombre minimale nombre minimal de candidatures admis à la procédure et à 3 pour le maximum, en méconnaissance des dispositions qui ont toujours imposé 3 au minimum.

##### *Méconnaissance de la division en lots*

Selon le rapport d'analyse des offres il est apparu que « la phase de dialogue et celle de l'analyse des offres avaient été conduites sans tenir compte de l'allotissement initialement prévu » (*Rapport, p. 31*). Ceci s'explique par le fait que les deux candidats avaient concouru simultanément pour les trois lots considérés, ceux-ci ayant été considérés par la suite « comme de simples divisions de leur offre globale » (*Idem*).

### *Absence de procès-verbal du dialogue*

La CDBF a également constaté que « la phase du dialogue n'avait pas fait l'objet de procès-verbaux, ce qui constitue un manquement à l'obligation de transparence de la procédure » (*Rapport, p. 31*).

### *Absence de rapport de présentation*

De même les juges financiers ont constaté « qu'il n'avait de surcroît été établi aucun rapport de présentation de la procédure de dialogue compétitif ni apporté de justification sur le choix du recours à cette procédure » (*Rapport, p. 31*).

### *Absence de CCAP*

Le Rapport relève également, à propos de la même procédure, qu'« il n'a pas été établi de cahier des clauses administratives particulières, en méconnaissance des dispositions de l'article 11 du code des marchés publics alors applicable » (*Rapport, p. 31*). Elle déplore à particulier son absence dès lors qu'il pouvait « précis(er)..notamment les modalités de révision des prix annoncées dans le règlement de la consultation (*Idem*).

### **Marché de matériel informatique**

Infraction supplémentaire, il a été découvert que l'ENSLL avait acquis des matériels et équipements informatiques et électroniques auprès de quatre sociétés « en dehors de tout contrat écrit et de toute mise en concurrence » (*Rapport, p. 32*).

Explication irrecevable, et en même temps nouvelle irrégularité, « dans ces différents achats le choix des entreprises attributaires a été effectué en fonction des marques des produits qu'elles commercialisaient » (*Idem*). Or, comme on le sait, « *les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits [...]* », sauf « *[...] si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : " ou équivalent " »* (CMP, art. 6).

### **Circonstances de nature à réduire la responsabilité du représentant du pouvoir adjudicateur**

La CDBF examine toutefois les circonstances de l'affaire pour en tirer des circonstances atténuantes de responsabilité à la directrice de l'ENSLL :

- « d'une part, l'équipe (...) administrative et technique qui l'assistait était très restreinte » (*Rapport, p. 32*). ;
- « d'autre part, elle avait demandé l'appui de l'autorité de tutelle pour disposer d'un soutien logistique et financier, lequel ne lui a pas été accordé » (*Idem*).

Pour ces raisons, la Cour a infligé une amende de 400 € à la directrice de l'ENSSL, alors que le procureur général avait demandé, dans ses conclusions orales formulées à l'audience, une amende de 500 € à l'encontre de la directrice de l'ENSSL.

## **II - Arrêt n° 216-784 du 13 octobre 2017 Opéra national de Bordeaux**

Un montage intéressant plus indirectement les marchés publics a conduit à sanctionner le directeur général et le directeur administratif et financier de la régie personnalisée de l'Opéra national de Bordeaux (ONB) ont été sanctionnés (notamment) pour avoir maintenu dans ses fonctions, au-delà de la limite d'âge, un directeur technique, puis pour avoir recouru à une société de service créée spécialement pour le rémunérer, sans avoir procédé aux formalités de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation.

On découvre ici une utilité cachée des structures « in house ». La Cour ne s'est pas intéressée à plus avant à la question, préférant vérifier si la rémunération ainsi dégagée avait causé un préjudice financier. La Cour a en effet relevé que « la rémunération versée au directeur technique au-delà de sa limite d'âge avait donné lieu à un service fait, qu'il n'était pas établi qu'elle ait été excessive au regard des fonctions exercées, ni qu'elle ait causé un préjudice à l'établissement public ONB » (p. 33). Dès lors, il n'était pas établi que les dépenses payées à la société créée par le directeur technique avaient causé un préjudice à cet organisme.

La Cour a tenu compte de ce que les intéressés avaient conduit et mené à bon terme, à la même période, d'importants chantiers stratégiques pour la régie personnalisée de l'ONB, en particulier celui de l'auditorium, et qu'ils avaient contribué à la résorption du déficit et au redressement de la situation financière de l'ONB

## **III - Arrêt n° 217-730-II du 15 décembre 2017 Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA)**

S'agissant des manquements intervenus en matière de marchés publics portant sur la certification du service fait, ou les mentions nécessaires dans un acte d'engagement en cas de groupement conjoint ont été faiblement sanctionnés eu égard à d'importantes circonstances atténuantes.

### *Contrôle du service fait*

La Cour a relevé différentes irrégularités sur trois marchés : certification tardive du service fait, mention du service fait non signé sur une facture, avis d'appel à la concurrence incomplet (durée et procédures de recours). De manière surprenante, elle considère que ces irrégularités sont « formelles » (p. 40), alors que si l'on excepte la publicité incomplète, le suivi d'exécution défaillant du marché est de nature à conduire à d'importants dérapages. Il est en effet inquiétant de constater que sans ce contrôle, le marché s'exécute à livre ouvert, les factures sont alors payées sans contrôle, le titulaire du marché disposant alors d'un facturier transformé en véritable planche à billet. La réaction de la CDBF est d'ailleurs symptomatique de l'effort restant à réaliser. Alors que ces dernières décennies ont été marquées par un effort constant d'amélioration de l'efficacité et de la précision de la mise en concurrence (notamment, en recrutant le personnel nécessaire), le suivi d'exécution demeure souvent purement formel pour toute une série de raisons (notamment de personnel). Ces questions ne

sont pas aussi indépendantes qu'il y paraît, car, on finira par s'étonner, et peut être sanctionner, l'exécution d'un marché différent de celui qui a été passé.

### *Remise de pénalités*

Une autre question intéressante a été soulevée, et sanctionnée : « pour l'un des marchés, la cheffe du service financier avait accordé une remise des pénalités de retard à une entreprise, sans y être habilitée » (*Id.*). Elle soulève la question jamais traitée non plus de savoir qui est compétent pour infliger ou accorder une remise de pénalités. En bonne logique, ce devrait être les représentants de la collectivité, assemblée délibérante ou exécutif s'il a reçu délégation de la précédente. Or en pratique, cette décision qui, comme la vérification du service fait est parfois délaissée, est exercée comme en l'espèce par des agents ne disposant d'aucune délégation en la matière.

Enfin, le rapport de la CDBF fait état, sans doute dans un but également pédagogique, de l'irrégularité venant du fait « qu'en cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres s'engage à exécuter (article 51 du code des marchés publics). En l'espèce, l'acte d'engagement ne mentionnait pas le cotraitant » (*p. 43*).

## **VEILLE**

### **Au MINEFI**

#### **Grands axes de la stratégie du Gouvernement en matière de commande publique (communiqué de presse)**

<https://www.economie.gouv.fr/daj>

Delphine Gény-Stephann, Secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie et des Finances a présenté le 1<sup>er</sup> octobre 2018 les grands axes de la stratégie du Gouvernement en matière de commande publique.

L'accès des PME à la commande publique sera facilité, notamment en améliorant leur trésorerie à travers quatre mesures visant à :

- Augmenter de 5 % à 20 % du taux minimal des avances versées aux titulaires de marchés publics de l'État,
- Diminuer le taux maximal de la retenue de garantie de 5 à 3%,
- Expérimenter sur trois ans de la passation de gré à gré de marchés publics avec des PME portant sur des achats innovants, inférieurs à 100 000 euros,

- Faciliter le recours à l'affacturage inversé.
- Les marchés publics dont l'exécution est exposée à des aléas majeurs des conditions économiques, comme les marchés de matières premières agricoles et alimentaires devront désormais obligatoirement contenir une clause de révision des prix.
- Afin de garantir des conditions équitables d'exécution des marchés, la pratique des ordres deservices à zéro euro dans les marchés publics de travaux sera supprimée.

Par ailleurs, « les règles de la commande publique s'aligneront sur celles prévues en droit de l'Union européenne qui permettra d'abaisser la durée d'archivage des pièces justificatives d'un marché public et de recourir librement à un avocat lors d'une procédure juridictionnelle sans passer par un marché public ».

Ces innovations sont annoncées pour 2019, donc après la parution du code de la commande publique.

### **Mise à jour du formulaire DC4 (nouvelle rubrique protection des données essentielles)**

*Min. éco., Formulaire DC4, août 2018*

*Min. éco., Notice du formulaire DC4, août 2018*

<https://www.economie.gouv.fr/daj>

On sait qu'en application de l'article 28.2 du Règlement général sur la protection des données (RGPD), depuis le 25 mai 2018, l'acheteur doit autoriser par écrit le titulaire d'un marché public à recruter un sous-traitant chargé de traitements de données à caractère personnel.

Il est prévu que cette autorisation préalable puisse être ponctuelle ou générale. Pour la présentation de son sous-traitant, le titulaire du marché, s'il utilise le formulaire DC4, doit compléter la rubrique F dédiée aux prestations sous-traitées. Ceci le conduira à préciser : l'objet du traitement en cause, sa durée, sa ou ses finalités, la nature des opérations réalisées sur les données, le type de données traitées ainsi que les catégories de personnes concernées.

De plus deux cases doivent être cochées, afin que le titulaire déclare qu'il s'est bien assuré que le sous-traitant présente des garanties suffisantes pour la mise en oeuvre de mesures techniques et organisationnelles propres à assurer la protection des données personnelles et que le sous-traité comporte les clauses obligatoires prévues par l'article 28.3 du RGPD.

Si le sous-traitant ne remplissait pas ses obligations en matière de protection des données issues du marché considéré, la responsabilité vis-à-vis de l'acheteur en reviendrait au titulaire.

### **A l'Agence du patrimoine immatériel de l'État**

#### **Propriété intellectuelle et marchés de faible montant (clause nécessaire)**

<https://www.economie.gouv.fr/apie/propriete-intellectuelle-publications/marches-moins-25-000-eu-securisez-clause-propriete-intellectuelle>

L'Agence du patrimoine immatériel de l'État, à travers une fiche de trois pages (« Ressources de l'immatériel, zoom sur les marchés de moins de 25 000 € », sept. 2018), alerte les acheteurs publics sur l'utilité d'une clause déterminant le sort des droits de propriété intellectuelle, opportune y compris pour les petits achats. Celle-ci peut s'inspirer des options offertes par les CCAG applicables aux marchés de prestations intellectuelles et aux marchés informatiques.