

BULLETIN OFFICIEL DES ARMÉES



Édition Chronologique n° 25 du 15 juin 2017

**PARTIE PERMANENTE
Administration Centrale**

Texte 2

INSTRUCTION N° 117016435/DEF/SGA/DAJ/D2P/CMP
portant sur la procédure relative aux achats effectués par les forces françaises à l'étranger.

Du 24 mai 2017

INSTRUCTION N° 117016435/DEF/SGA/DAJ/D2P/CMP portant sur la procédure relative aux achats effectués par les forces françaises à l'étranger.

Du 24 mai 2017

NOR D E F S 1 7 5 1 0 2 4 J

Références :

- a) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (JO n° 169 du 24 juillet 2015, texte n° 38 ; signalé au BOC 23/2016 ; BOEM 330.1.1.1).
- b) Décret n° 83-189 du 10 mars 1983 (BOC, p. 1553 ; BOEM 330.1.1.1) modifié.
- c) Décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 (JO n° 174 du 28 juillet 2005, texte n° 3 ; BOC, p. 6245 ; BOEM 110.2.1, 120-0.1.3) modifié.
- d) Décret n° 2007-482 du 29 mars 2007 (JO n° 77 du 31 mars 2007, texte n° 2 ; signalé au BOC 12/2015 ; BOEM 110.2.2).
- e) Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 (JO n° 262 du 10 novembre 2012, texte n° 6 ; signalé au BOC 9/2013 ; BOEM 110.2.1, 310.1.1, 310.3).
- f) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (JO n° 74 du 27 mars 2016, texte n° 28 ; signalé au BOC 19/2016 ; BOEM 330.1.1.1).
- g) Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 (JO n° 74 du 27 mars 2016, texte n° 29 ; signalé au BOC 19/2016 ; BOEM 330.1.1.1).
- h) Arrêté du 7 avril 2004 (JO du 27 avril 2004, p. 7615 ; BOC, 2004, p. 2645).
- i) Arrêté du 22 juin 2007 (JO n° 162 du 14 juillet 2007, texte n° 31, p. 11952 ; signalé au BOC 14/2008 ; BOEM 110.2.2, 330.1.1.1).
- j) Arrêté du 26 décembre 2013 (JO n° 302 du 29 décembre 2013, texte n° 60 ; signalé au BOC 16/2014 ; BOEM 310.1) modifié.

Texte abrogé :

Instruction n° 12643/DEF/SGA/DAJ/D2P/CMP du 14 février 2014 (BOC n° 9 du 14 février 2014, texte 3).

Classement dans l'édition méthodique : BOEM 330.1.1.3

Référence de publication : BOC n° 25 du 15 juin 2017, texte 2.

Préambule.

Pour satisfaire leurs besoins, les forces françaises à l'étranger sont amenées à effectuer sur place des achats de travaux, de fournitures ou de services. Pour assurer, y compris dans des circonstances exceptionnelles, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers de l'État, ces achats doivent respecter un certain nombre de prescriptions.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et ses décrets d'application ne s'appliquent pas aux contrats passés et exécutés à l'étranger, les parties demeurant toutefois libres de s'y soumettre volontairement.

Cela étant, dans un arrêt du 29 juin 2012, Sté Pro 2C, le Conseil d'État a reconnu l'extraterritorialité des principes généraux de la commande publique (principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures). La méconnaissance de ces principes, pour un contrat régi par la loi française, est susceptible d'être contestée devant le juge national, notamment par la voie du référé contractuel ou du référé précontractuel, ce qui peut conduire à l'annulation de la procédure ou du contrat.

La présente instruction a donc pour objet de préciser les règles de la commande publique auxquelles les achats effectués par les forces françaises à l'étranger sont directement soumis. Elle ne s'applique pas aux pouvoirs adjudicateurs de l'administration centrale, en application du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005, ni aux dépenses sur avances consulaires pour les bâtiments en escale à l'étranger. Elle ne concerne que les contrats passés et exécutés à l'étranger, pour les besoins des forces déployées localement.

Les forces déployées à l'étranger peuvent se trouver dans des situations très variables, allant de la projection inopinée dans une région non sécurisée, en proie, le cas échéant, à des affrontements armés, jusqu'au stationnement durable, dans un environnement stabilisé, par exemple dans le cadre d'un accord avec le gouvernement local, toutes les situations intermédiaires étant possibles. Les règles applicables aux achats doivent donc être adaptées au contexte.

Par ailleurs, pour une juste application des règles de la commande publique, il est important de prendre en compte la distinction entre les marchés dits « ordinaires » et les marchés de défense et de sécurité définis à l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

1. PROCÉDURES.

L'environnement dans lequel opèrent les troupes à l'étranger peut présenter des caractéristiques très différentes selon les cas :

- représentation diplomatique française présente, absente ou empêchée d'agir ;
- environnement plus ou moins conflictuel ;
- situation politique et juridique stabilisée ou non ;
- vie économique et commerciale normalisée ou désorganisée.

Les solutions adoptées pour réaliser les achats nécessaires aux besoins des forces sont donc très différentes et doivent être adaptées au contexte local. Elles doivent, dans tous les cas, respecter les principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, qui impliquent notamment, en principe, une mise en concurrence (cf. point 1.1.). La mise en concurrence peut, toutefois, être plus ou moins formalisée en fonction des possibilités, sous la responsabilité de l'autorité qui procède à l'acte d'achat (cf. point 1.2.).

1.1. Dans tous les cas de figure, les procédures suivies par les forces armées doivent respecter les principes de la commande publique comme énoncé ci-dessus et rechercher notamment :

- l'efficacité, par l'acquisition de prestations correspondant aux besoins ;
- le meilleur rapport qualité/prix, par la mise en œuvre, toutes les fois où c'est possible, de la concurrence ;
- la transparence, grâce à une traçabilité minimale des démarches entreprises. À cette fin, les contrats d'un montant égal ou supérieur à 25 000 euros hors taxe (HT) sont passés sous forme écrite. Cet allègement du formalisme de passation des contrats ne dispense pas des obligations minimales d'identification de la prestation et du fournisseur.

Le responsable de l'achat doit pouvoir justifier les mesures qu'il a estimées les plus appropriées pour le bien du service. Aussi, à l'appui de toute commande, sauf pour les achats mineurs, le dossier administratif doit comporter une pièce justificative, simple mais claire, apportant les justifications du besoin, du choix du titulaire et du prix.

1.2. Pour les forces stationnées dans un pays en vertu d'un accord, ou participant à une opération extérieure dans un pays où la situation est stabilisée, les règles de procédure suivantes sont mises en œuvre, en application des seuils prévus à l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, aux articles 25 et 26 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et à l'article 21 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité (1) :

une mise en concurrence formalisée, soit par le biais d'un avis de publicité dans la presse locale, si elle existe, ou sur un site internet dédié à cet effet, s'il existe, soit par le biais d'une consultation écrite (2) des entreprises paraissant susceptibles de répondre au besoin, soit par la combinaison de ces diverses solutions ;

- l'établissement d'un procès-verbal d'ouverture et d'analyse des candidatures et des offres ;
- l'enregistrement des pièces constituant les candidatures et les offres ;
- l'établissement d'un contrat signé par les deux parties (3), mentionnant clairement les prestations objet du contrat et leur prix, ainsi que les délais d'exécution du contrat et, le cas échéant, les modalités de garantie et de réparation des dommages ;
- l'établissement d'un rapport de présentation retraçant les différentes étapes de la procédure d'achat et les négociations menées, et justifiant le prix, notamment en cas de négociation avec un candidat unique ;
- l'archivage complet des pièces du dossier, comprenant en particulier les offres signées des candidats.

La dérogation à ces règles reste possible, sous réserve de justifications explicites formulées par le service contractant et conservées à l'appui de la décision d'achat, conformément au principe de transparence. Pour ce faire, le responsable de l'achat peut notamment se référer aux cas d'ouverture de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et article 23 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité). Il pourra également se référer aux cas d'exclusion prévus à l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics applicables aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs et, en ce qui concerne les marchés de défense et de sécurité, à l'article 16 de l'ordonnance, qui énumèrent vingt-huit situations d'exclusion pour lesquelles l'acheteur définit librement les règles de passation de ces marchés, en respectant toutefois, dans la mesure du possible, les principes constitutionnels de la commande publique.

1.3. En tant qu'actes engageant financièrement l'État, les contrats passés et exécutés à l'étranger relèvent du périmètre du contrôle budgétaire défini par le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique et sont donc soumis à l'avis ou au visa du contrôleur budgétaire et comptable ministériel prévu par l'article 105 de ce décret et par l'article 18 de son arrêté d'application de référence j).

2. AUTORITÉS SIGNATAIRES.

Les contrats passés pour satisfaire les besoins des forces sont signés par :

- les personnes n'appartenant pas à l'administration centrale signataires des marchés publics désignées par l'arrêté du 22 juin 2007 modifié, mentionné en référence i), notamment dans les directions en outre-mer et en opération extérieure, hors métropole, mais également dans les formations administratives et organismes administrés comme tels ;

- les ambassadeurs, en application du décret n° 83-189 du 10 mars 1983, mentionné en référence b). Les ambassadeurs ont la possibilité de déléguer les compétences qu'ils tiennent du décret n° 83-189 du 10 mars 1983 aux attachés de défense ou aux ordonnateurs secondaires de la défense en fonction dans les pays où ils sont accrédités (4) ;

- les directeurs des cercles et foyers des formations administratives, en application de l'article R3412-6 du code de la défense.

3. DISPOSITIONS DIVERSES.

Chacune des armées et chacun des services établira, pour ce qui le concerne, les dispositions d'application qui lui paraîtront nécessaires.

Elles prévoient les modalités de surveillance administrative adaptées à ces opérations, quels que soient les montants et les circonstances de ces achats.

Dans tous les contrats écrits, les services veilleront, si possible, à introduire une clause prévoyant l'application du droit français et la compétence du juge français en cas de litiges nés de l'exécution du contrat.

Les éventuelles difficultés d'application de la présente instruction seront signalées à la direction des affaires juridiques.

L'instruction n° 12643/DEF/SGA/DAJ/D2P/CMP du 28 janvier 2014 portant sur la procédure relative aux achats effectués par les forces françaises à l'étranger est abrogée.

Pour le ministre de la défense et par délégation :

La directrice des affaires juridiques,

Claire LANDAIS.

(1) Ce seuil est calculé par acte d'achat.

(2) Les documents sont rédigés en français et les plus essentiels traduits dans la langue locale.

(3) À défaut et sur justification, un certificat administratif.

(4) Rappel : cette délégation est actuellement limitée au seuil de 6 000 000 euros, le ministre de la défense pouvant se réserver expressément, quel que soit leur montant, la signature des contrats soulevant une question de principe.