

Préambule

Les marchés de protection-sécurité sont soumis aux règles générales de passation des marchés publics définies par le code des marchés publics.

Cependant, il convient dans ce chapitre de souligner la nature particulière de ces marchés de protection-sécurité par rapport aux marchés « classiques » et notamment aux marchés de génie civil, matériels mécaniques, électriques, électroniques.

Ce chapitre contient donc les éléments permettant au maître d'ouvrage public de rédiger les pièces du marché d'installation de protection/sécurité et notamment le CCTP. Ce dernier document ne peut être présenté sous forme de document type, en raison de la diversité et de la spécificité des situations rencontrées. L'attention de l'acheteur public est attirée sur le fait que les dossiers adressés aux candidats peuvent contenir des pièces avec un niveau de confidentialité plus ou moins important. Les précautions nécessaires devraient être prises pour la divulgation des pièces confidentielles.

6.1. *Procédure de passation des marchés* (art. 83 du code des marchés publics)

Il s'agit dans ce paragraphe de présenter les différents modes de passation des marchés et d'apporter quelques précisions sur les choix à opérer suivant les marchés à traiter en tenant compte des nécessités spécifiques aux marchés de sécurité ; à cet égard, le principe de mise en concurrence des marchés publics doit être concilié avec la nécessité que les documents relatifs à la sécurité circulent le moins possible.

Les marchés peuvent être passés soit par adjudication, soit sur appel d'offres, soit sous forme de marchés négociés.

Le recours à l'adjudication, qui se caractérise par une sélection opérée d'après le seul critère du prix n'apparaît pas adapté aux marchés de protection-sécurité.

L'appel d'offres est la procédure de droit commun.

La procédure négociée est une procédure dérogatoire au recours à l'appel d'offres. Elle est en conséquence réservée à des situations bien précises limitativement énumérées par le code des marchés publics. Dans ce domaine de protection et de la sécurité, l'article 104-I-5° prévoit le recours au marché négocié, sans publicité, mais avec mise en concurrence, lorsque les deux conditions ci-après sont remplies :

- le service demandé doit rester secret

ou

- l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité

et

- lorsque l'intérêt supérieur de l'Etat l'exige.

Elle repose sur :

- l'obligation d'organiser une mise en compétition sauf si le code des marchés ouvre la possibilité d'une négociation directe sans mise en compétition préalable.

- la liberté de discussion et d'attribution du marché.

6.1.1. *Appel d'offres*

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

Il est dit « ouvert » lorsque tout candidat peut remettre une offre.

Il est dit « restreint » lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui ont été autorisés à soumissionner après sélection basée sur leur capacité et les garanties financières et professionnelles qu'ils présentent.

Dans les deux cas, l'appel d'offres doit être précédé d'un appel à la concurrence.

L'appel d'offres ouvert est difficilement compatible avec le degré de confidentialité nécessaire à un marché de sécurité puisqu'il n'est pas possible de communiquer à tous les candidats des informations jugées sensibles ; cette procédure n'est envisageable que si l'acheteur est capable de définir son besoin avec exhaustivité et précision sans avoir à livrer de telles informations ; sinon, l'appel d'offres restreint paraît la procédure la mieux adaptée. Il est conseillé dans tous les cas de prévoir les dispositions suivantes au règlement de la consultation :

1. En plus des pièces habituellement réclamées, exiger :

1.1. La liste nominative des personnes qui seront amenées à manipuler le cahier des charges, les plans et toute information sur le bâtiment, soit en phase de passation du marché, soit en phase d'exécution ;

1.2. Les diplômes de ces personnes en matière de sécurité.

2. Outre les critères habituels de sélection des candidatures et des exigences particulières à chaque organisme, ajouter les critères suivants :

2.1. Nombre limité des personnes désignées en 1.1. ;

2.2. Possession de diplômes en matière de sécurité par les personnes qui exécuteront le marché ;

2.3. Présentation de références contrôlables montrant que la sécurité est la vocation première du candidat.

Dans le cas de l'appel d'offres restreint, l'information sensible n'est diffusée qu'aux seules entreprises sélectionnées.

De plus, il peut être envisagé que la consultation de certains documents soit faite sur place, assortie d'une interdiction de dupliquer et d'une obligation de restituer les documents.

Ces conseils demeurent valables pour les appels d'offres sur performances et, mutatis mutandis, pour les procédures négociées.

6.1.2. *Appel d'offres avec concours*

Il est fait appel à l'appel d'offres avec concours lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique ou financier justifient des recherches particulières. Le concours a lieu sur la base d'un programme, qui indique si, et dans quelles conditions, les auteurs des prestations seront appelés à coopérer à l'exécution du parti retenu.

Le concours ne peut porter que sur des prestations intellectuelles conduisant à préconiser un parti dans un domaine concerné. Cette procédure semble peu adaptée aux marchés de sécurité.

6.1.3. *Appel d'offres sur performances*

Il est procédé à un appel d'offres sur performances pour des motifs d'ordre technique ou financier, lorsque la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé sous la forme d'exigences, de résultats véritables à atteindre ou des réponses à des besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre. Cet appel d'offres est toujours restreint.

L'appel d'offres sur performances peut porter à la fois sur l'établissement d'un projet et son exécution, ou l'exécution d'un projet préalablement établi en tout ou partie.

6.1.4. *Procédures négociées*

Les procédures sont dites négociées lorsque la personne responsable du marché engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu. Sous réserves des exceptions, ladite personne est tenue de mettre en compétition, par une consultation écrite au moins sommaire, les candidats susceptibles d'exécuter un tel marché.

« La conduite des discussions doit être précédée d'un avis de publicité ; les discussions ne peuvent être engagées avec les candidats retenus par la personne publique que quinze jours après la publication de cet avis. »

« Lorsque ce type de procédure est choisie en raison de prestations couvertes par le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, lorsque la protection (art. 104-I-5°) de l'intérêt supérieur de l'Etat l'exige, aucun avis de publicité n'est publié. »

6.1.5. *Choix de l'offre*

Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux, il convient, dès la consultation, de demander aux entreprises de faire des propositions chiffrées pour l'entretien des installations à réaliser, à partir d'un cahier des clauses techniques particulières définissant les exigences du client en ce domaine.

Le dossier contiendra donc deux CCAP et deux CCTP, et donnera lieu à deux actes d'engagement de la part de chaque candidat :

- l'un relatif au marché de construction ;
- l'autre relatif au marché de maintenance.

Le choix du titulaire s'effectue en appréciant le coût global des deux offres (investissement et entretien, en général sur une période de cinq ans).

Dans les critères d'appréciation des offres, il doit être prévu au règlement de la consultation que la visite du site existant est obligatoire et que, dans le cas contraire, les propositions seront rejetées.

Les offres retenues doivent apparaître comme étant les plus intéressantes au plan global.

6.2. *Spécificité des marchés de protection-sécurité*

6.2.1. *Lots de protection-sécurité*

Dans le cadre des études de travaux, il est unanimement recommandé de ne pas prévoir de lots généraux tous corps d'état, mais uniquement des lots spécifiques protection/sécurité.

Cette recommandation résulte de l'expérience acquise dans le domaine de la protection du niveau de sécurité des installations.

Le ou les lots de protection-sécurité ne sont, dans ce cadre, reliés aux marchés d'électricité, de courants faibles, de téléphonie, de serrurerie générale, de maçonnerie, etc. pour des raisons fonctionnelles et de cohérence, mais conservent dans tous les cas leur position de lot séparé.

Il s'ensuit que de l'information sensible peut circuler non seulement au sein de l'entreprise de sécurité, mais aussi chez les entreprises titulaires d'autres lots, à l'occasion des contacts nécessaires à la coordination de l'ensemble.

En conséquence :

a) Les précautions énumérées en 1.1. et 2.1. du paragraphe intitulé « L'appel d'offres » sont valables pour tous les corps d'état et pas seulement pour celui relatif à la sécurité.

b) Il importerait d'introduire, dans les CCAP, une clause aux termes de laquelle le titulaire, quel que soit le corps d'état auquel il appartient, s'interdit de conserver les plans des ouvrages exécutés au-delà de la fin de l'exécution de son ou de ses marchés sans accord préalable du maître d'ouvrage.

L'objectif du plan de sécurité initialement prévu ne doit pas être perdu de vue.

6.2.2. Bureaux d'études

Dans le cas où il y a intervention d'un bureau d'études, il convient de ne retenir que les bureaux spécialisés dont la sécurité est une vocation première, ou l'une des vocations premières ; le 6.1.1. ci-dessus concrétise cette exigence.

Ces bureaux spécialisés sont aptes à prendre en compte la spécificité protection-sécurité, dans le cadre de leurs études, en apportant à la conservation, à la diffusion des documents et au choix des entreprises, la garantie nécessaire aux besoins de sécurité futurs de l'ouvrage.

6.2.3. Entreprises

Il convient également de ne retenir que les sociétés spécialisées dont la sécurité est la vocation première, ou l'une des vocations premières ; le 6.1.1. ci-dessus concrétise cette exigence.

Celles-ci, conscientes des contraintes du plan de sécurité, apportent à la conservation et à la diffusion des documents les garanties nécessaires aux besoins de sécurité futurs de l'ouvrage.

Il est recommandé de se référer aux renseignements pratiques sur la profession figurant en fin d'ouvrage.

6.2.4. Types de marchés appelant une protection

6.2.4.1. Marchés de Défense nationale

Les marchés de protection-sécurité passés dans le cadre de la Défense nationale sont classés, par ordre décroissant d'exigence, en quatre catégories (*cf.* textes officiels relatifs à la protection des marchés/contrats de la Défense nationale, page 163) :

Marchés classés :

Ce sont les marchés dans le cadre desquels le titulaire, société ou personne physique, et certains personnels de l'entreprise, détiennent ou ont accès à des informations classifiées, de niveau « Secret défense » ou « Confidentiel défense ».

Le titulaire a l'obligation de mettre en œuvre, notamment dans ses installations, les mesures de protection réglementaires qui s'y rattachent.

L'entreprise doit être « habilitée pour les marchés classés de Défense nationale ».

Les personnels doivent être « habilités Défense nationale au niveau Secret défense ou Confidentiel défense », correspondant au niveau de classification du marché.

Marché à clause de sécurité :

Ce sont les marchés dans le cadre desquels le titulaire, et certains personnels de l'entreprise, ont accès ou peuvent avoir accès à des informations classifiées, de niveau « Secret défense » ou « Confidentiel défense », les prestations se déroulant non dans ses locaux, mais dans les installations du maître d'ouvrage.

L'entreprise doit être « habilitée pour les marchés de Défense nationale à clause de sécurité ».

Les personnels doivent être : « habilités Défense nationale au niveau Secret défense ou Confidentiel défense », selon le niveau de classification du marché.

Marchés sensibles :

Ce sont les marchés dans le cadre desquels ni le titulaire ni les personnels de l'entreprise, ne peuvent avoir accès, même fortuitement, à des informations classifiées.

Toutefois des précautions particulières doivent être prises par le titulaire et sont prescrites, par exemple :

- insertion dans l'acte d'engagement d'une clause particulière pour la mise en œuvre des mesures de sécurité ;
- prescriptions particulières en cas de sous-traitance ;
- obligation de nationalité française pour les capitaux, les propriétaires, les dirigeants de l'entreprise ;
- obligation pour le titulaire d'organiser la sécurité dans son entreprise, et obligation de contrôle de la bonne exécution de cette prestation par le maître d'ouvrage ;
- obligation de nationalité française pour les personnels travaillant dans le cadre du marché sensible ;
- interdiction d'emploi de personnels intérimaires dans le cadre de l'exécution du marché.

Ces marchés sont parfois appelés « marchés à clauses de défense ».

L'entreprise doit être « agréée Défense nationale ».

Les personnels doivent être soumis à un « contrôle élémentaire » préalable.

Marchés dits « ordinaires » :

Ce sont les marchés n'entraînant aucune obligation particulière, ni pour la personne publique, ni pour le titulaire, en matière de Défense nationale.

6.2.4.2. Autres marchés

Il peut être nécessaire de prendre des précautions de sécurité dans les domaines les plus variés (monnaie, secrets industriels, sécurité du public, etc.) notamment l'article 104-I-5 du code des marchés publics n'est pas limité aux marchés de Défense nationale. Ces précautions ne sont bien évidemment pas limitées à la procédure de passation du marché mais également à l'exécution de celui-ci.

6.2.5. Obligation de confidentialité

La confidentialité des informations concernant les marchés doit être assurée lors de la procédure de passation ainsi qu'au cours de leur réalisation.

Il est donc conseillé de faire figurer dans le marché une clause spécifique s'appliquant aux entreprises en cause et à leurs éventuels sous-traitants et fournisseurs.

Le titulaire qui, à l'occasion du marché, a reçu du maître d'ouvrage communication à titre confidentiel, de renseignements, documents ou objets quelconques, est tenu de maintenir la confidentialité attachée à cette communication.

Il ne doit divulguer aucune information qui résulte de l'exécution du marché ou pourrait parvenir à sa connaissance à l'occasion de celui-ci.

Il doit sans délai avertir le maître d'ouvrage de toute violation de l'obligation de confidentialité ci-dessus.

La responsabilité du titulaire peut être recherchée en cas de manquement aux consignes de la part de son personnel en matière de la protection de la confidentialité du marché, sous toutes ses formes, sur site ou hors site. Elle peut être également recherchée en cas de dissimulation, d'appréhension, de détournement ou de dissipation de toute information.

Les règles établies pour la gestion des documents concernant la protection contre les actes de malveillance doivent faire l'objet d'une note communiquée au titulaire et émarginée de sa main. Ce dernier doit faire signer à son personnel une reconnaissance formelle de l'obligation de confidentialité selon le modèle joint en annexe *in fine* de ce chapitre.

En cas de non-respect par le titulaire des obligations résultant du présent paragraphe, le maître d'ouvrage peut résilier le marché sans parler du droit à dommages et intérêts pour le préjudice éventuellement subi.

Dans le cadre des marchés de Défense appelant une protection particulière, il conviendra de se référer aux instructions n^{os} 1300 et 2000 du secrétariat général de la Défense nationale (*Cf.* annexe 2, p. 163).

ANNEXE

Modèle d'attestation de reconnaissance de l'obligation de confidentialité

<p>Désignation et adresse de l'entreprise (titulaire)</p> <p style="text-align: center;">ATTESTATION DE RECONNAISSANCE DE L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITE (cf. article... du CCP)</p> <p>Nom et prénoms :</p> <p>Emploi ou fonction :</p>
<p>A la prise de fonction dans l'entreprise.</p> <p>Je soussigné(e) déclare avoir pris connaissance des obligations de confidentialité à la clause..... du marché d'installation</p> <p style="text-align: right;">Date et signature de l'intéressé(e) :</p> <p>Signature de l'autorité hiérarchique compétente attestant que l'intéressé(e) a été informé(e) de ses responsabilités à l'égard de l'obligation de confidentialité.</p>
<p>A la cessation de fonction dans l'entreprise.</p> <p>A compter de la date de cessation de mes fonctions, je m'engage, sous peine de poursuites, à ne pas divulguer à quiconque les informations dont j'ai eu connaissance dans l'exercice de mes fonctions</p> <p style="text-align: right;">Date et signature de l'intéressé(e) :</p> <p>Signature de l'autorité hiérarchique compétente attestant que l'intéressé(e) a été informé(e) de ses responsabilités à l'égard de l'obligation de confidentialité</p>

6.3. *Eléments pour la rédaction du cahier des clauses techniques particulières (CCTP)*

6.3.1. *Informations pour un site existant*

Les informations pour un site existant communiquées dans le cadre de la rédaction du CCTP et à destination des bureaux d'études ou directement aux entreprises, en référence de l'application de la méthode exposée au chapitre V, concernent principalement les points suivants :

- généralité ;
- objet ;
- implantation ;

- structure ;
- exploitation ;
- identification de l'établissement ;
- analyse des vulnérabilités sans indication des niveaux. Les analyses de vulnérabilité et les études physiques seront complétées en relation avec les bureaux d'études ou les entreprises ;
- études physiques pour les locaux ou les éléments rattachés exclusivement à l'objet du marché. Les analyses de vulnérabilité et les études physiques seront complétées en relation avec les bureaux d'études ou les entreprises ;
- expression des besoins ;
- les plans.

Afin de limiter la circulation de ces informations, il sera prévu au règlement de la consultation que seuls pourront être admis à présenter une offre, les entreprises qui accepteront de communiquer la liste nominative de leurs agents chargés de manipuler le cahier des charges et les plans du marché.

Les particularités attachées à la sécurité du site n'ont pas en général à être communiquées sans un accord formel du responsable sécurité.

Dans le cadre d'un site existant, la visite est indispensable ; le bureau d'études ou l'entreprise doit être accompagné par le responsable de l'établissement ou son représentant. Un certificat de visite doit être délivré.

6.3.2. Informations pour un projet de construction

Les informations pour un projet de construction communiquées dans le cadre de la rédaction du CCTP et à destination des bureaux d'études ou directement aux entreprises, en référence de l'application de la méthode exposée au chapitre V, concernent principalement les points suivants :

- généralité ;
- objet ;
- implantation (plan du site) ;
- identification ;
- menaces.

Dans la suite du projet, les études physiques et les analyses de vulnérabilité sont menées conjointement avec l'architecte et le bureau d'études.

6.4. Responsabilité du titulaire du marché. – Garantie des ouvrages

Les métiers de la sécurité sont constamment confrontés à des problèmes de responsabilité.

A cet égard, il importe de rappeler les dispositions du code civil ainsi que la jurisprudence des cours et tribunaux dans ce domaine spécifique.

Le code civil prévoit :

- dans son article 1792, la responsabilité générale du constructeur d'ouvrage lorsque des dommages compromettent l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination, avec exonération due à une cause étrangère ;
- dans son article 1792-1, la qualification des personnes réputées constructeur de l'ouvrage ;
- dans son article 1792-2, l'étendue de la présomption de responsabilité aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement lorsque ceux-ci font corps avec le gros œuvre ;

- dans son article 1792-3, la garantie de bon fonctionnement des autres éléments d'équipement de l'ouvrage pour une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage ;
- dans son article 1792-4, la responsabilité conjointe des fabricants de parties d'ouvrage ou d'éléments d'équipements avec celle du locateur d'ouvrage ;
- dans son article 1792-5, la nullité des clauses du contrat qui prévoit l'exclusion ou la limitation de la responsabilité prévue aux articles précédents ;
- dans son article 1792-6, la réception de l'ouvrage lors de son achèvement acte accompli de manière contradictoire. La garantie de parfait achèvement court à compter de la réception, pour une durée d'un an ;
- dans son article 1797, la responsabilité de l'entrepreneur quant à son personnel.

Dans l'application des dispositions du code civil, sur le plan jurisprudentiel, il en ressort trois sortes d'obligations selon les circonstances des événements (cf. les art. 1147 et les art. 1382, 1383 et 1384 du code civil) :

- l'obligation de conseil ;
- l'obligation de moyens ;
- l'obligation de résultat.

1. L'obligation de conseil doit être appréciée en fonction :

- de la particularité de chaque menace et des risques qui en découlent ;
- des demandes du maître d'ouvrage.

2. L'obligation de moyens doit être appréciée en fonction de la mise en place de moyens spécifiques de protection/sécurité en adéquation avec la ou les menaces. Cette adéquation ne peut exclure dans certains cas la possibilité de la réalisation de la (ou des) menaces (s) et de sa (ou de leur) traduction en risques.

3. L'obligation de résultat doit être appréciée en fonction de la mise en place de moyens spécifiques de protection/sécurité définis en adéquation avec la (ou les) menace(s). Cette adéquation doit permettre par un bon fonctionnement de ces moyens de réagir face aux risques qui découlent de la réalisation de la (ou des) menace (s).