

- I.5° : « pour les travaux, fournitures ou services décidés comme étant secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité lorsque la protection de l'intérêt de l'Etat l'exige ».

La mise en œuvre des dispositions de l'article II-2° paraît devoir être exceptionnelle.

- II.2° : « qu'un marché négocié peut être passé sans mise en concurrence préalable lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation qui, à cause de nécessités techniques, d'investissements préalables importants, d'installations spéciales ou de savoir-faire, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur ou à un fournisseur déterminé ».

4.1.2.4. Appel d'offres sur performances

Le recours à la procédure de l'appel d'offres sur performance est lourde et complexe. Elle peut se justifier pour des prestations présentant des spécificités techniques très particulières. Le service doit être en mesure de s'en expliquer devant les organes de contrôle.

Cette procédure comporte un dialogue entre les candidats et la commission d'appel d'offres à partir du programme fonctionnel rédigé par l'administration. Ce dialogue permet d'améliorer les offres en les précisant, les complétant ou les modifiant et non de négocier les prix.

A cette fin, l'article 99 du code des marchés publics dispose qu'« 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 de résultats véritables à atteindre ou de 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 ».

Ainsi l'offre pourra être optimisée par rapport à l'objectif. Toutefois, il apparaît particulièrement nécessaire, dans ce cas, de veiller à l'égalité des candidats (appel à candidatures, audition par une commission...)

Lorsque la prestation demandée présente des spécificités particulières, l'appel d'offres restreint sur performances pour des motifs d'ordre technique semble être la procédure la plus adéquate.

Le choix du candidat revient, d'une part, pour les marchés de l'Etat et de ses établissements publics (autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial), à la personne responsable du marché et, d'autre part, pour les marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics à la commission d'appel d'offres. En tout état de cause, il faudra veiller préalablement à :

- la transparence des choix, en précisant dans le règlement de la consultation les critères de choix correspondant aux conditions de réalisation du marché (volume, sécurité, délais, garantie de bonne fin...);
- la détermination de la forme du marché (lot unique comprenant l'impression, le stockage et le routage);
- la rédaction de clauses prévoyant des sanctions en cas de défaut d'exécution du marché.

4.2. *Maîtrise de la sous-traitance*

L'article 2 du CMP pose le principe général de la liberté de sous-traiter en l'assortissant de plusieurs conditions afin de permettre une bonne exécution des marchés publics et de protéger les entreprises sous-traitantes. La loi du 31 décembre 1975 et la circulaire du 7 octobre 1976 précisent le dispositif prévu pour l'exercice de la sous-traitance dans les marchés publics.

4.2.1. *La sous-traitance ne peut porter sur la totalité du marché*

L'article 2 du CMP prévoit que le titulaire du marché est tenu d'effectuer une partie des prestations. Il appartient aux services contractants et aux autorités de contrôle de s'assurer du respect de ce principe. Il convient, notamment, d'écarter les entreprises qui, faute de disposer des capacités techniques et financières pour l'exécution d'un marché, envisagent de n'en exécuter qu'une partie symbolique tout en s'assurant une marge bénéficiaire sur les prestations sous-traitées et de vérifier qu'une sous-traitance en chaîne abusive ne conduise à rendre inefficaces les contraintes techniques exigées du titulaire du marché.

Cette question peut être posée dans une phase initiale au moment du lancement de l'appel d'offres à l'occasion de l'appréciation de la capacité technique des entreprises participant à l'appel d'offres.

4.2.2. *L'acceptation des sous-traitants*

L'acceptation, prévue dans l'intérêt de l'acheteur public, lui permet de connaître le sous-traitant auquel un soumissionnaire ou un titulaire envisage de confier l'exécution d'une partie du marché. Ainsi informé, l'acheteur peut, en connaissance de cause, refuser des sous-traitants dont l'intervention serait de nature à nuire à une bonne exécution du marché.

La définition dans le cahier des charges des contraintes techniques propres au marché d'imprimés peut étayer des décisions de refus de sous-traitance.

Le recours à la sous-traitance ne peut donc être autorisé qu'après un examen au cas par cas.

4.2.3. *L'agrément des conditions de paiement des contrats*

L'examen doit permettre à la personne responsable du marché de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles faites au sous-traité.

4.2.4. *Les modalités de paiement de la sous-traitance*

La loi relative à la sous-traitance comporte deux modalités de paiement des sous-traitants par la collectivité publique contractante.

La première, de portée générale, est le paiement direct. Il est obligatoire dès lors que certaines conditions sont remplies (en particulier quand est atteint un seuil minimal de 4 000 F.

A l'inverse, le paiement des sous-traitants sur la base de l'action directe constitue pour eux une modalité subsidiaire et facultative, en ce sens qu'il n'intervient que sur demande et dans la mesure où ils remplissent les conditions pour en bénéficier (2^e partie B de la circulaire du 7 octobre 1976).

4.2.5. *L'exigence d'un plan d'assurance de la qualité (PAQ)*

Toute partie qui est sous-traitée dans le déroulement du marché peut faire l'objet d'un plan d'assurance de la qualité comprenant un document de suivi listant les principales opérations réalisées.

Chaque plan d'assurance qualité est remis au donneur d'ordre.

A la fin de la prestation, le maître d'ouvrage doit être en possession de tous les plans couvrant ce marché.

Si le donneur d'ordre rend cette disposition obligatoire, il doit la faire figurer au règlement de la consultation et la justifier par consistance des prestations. Dans ce cas, chaque plan d'assurance de la qualité peut lui être remis.

4.3. Articulation et coordination des procédures concentrées et déconcentrées

4.3.1. Les procédures possibles pour coordonner les achats de l'Etat ou de ses établissements publics (voir annexe IV)

Dans le cadre de l'article 34-1 du CMP, deux procédures principales sont envisageables pour la personne publique qui souhaite coordonner ses achats sans faire appel à un organisme ou à un coordonnateur extérieur :

- conclure avec le titulaire une convention de prix associée à un marché type : le coordonnateur de la convention de prix n'est pas la PRM. Dans chaque service coordonné, une PRM signe et gère un marché en prenant pour modèle la convention et le marché type. Cette solution s'impose dans le cas où les services « coordonnés » ne dépendent pas hiérarchiquement du service « centralisateur ». En effet, on ne peut guère envisager qu'une PRM unique délègue sa signature à d'autres personnes qui ne se trouvent pas dans un rapport hiérarchique à son égard ;
- passer un marché dans le cadre duquel les autres services émettront des bons de commande : une seule PRM signe un marché. Les bons de commande sont ensuite émis par les personnes hiérarchiquement subordonnées à la PRM et qui auront reçu délégation de signature de celle-ci. Les services coordonnés peuvent être les services déconcentrés.

Par ailleurs, il est possible de combiner les deux procédures précédentes. En l'espèce, le coordonnateur de la convention de prix n'est pas la PRM. Dans chaque service déconcentré, une PRM signe un marché de la même façon que dans la première formule ; ce marché prévoit des bons de commande pouvant être remis par des personnes hiérarchiquement subordonnées à la PRM comme dans la première formule. Il s'agit d'une double déconcentration vers une direction ayant des services déconcentrés, puis de cette direction vers ses services locaux.

Il importe, dans tous les cas, que les services « coordonnés » prennent des engagements fermes en matière de quantités et d'adresses de livraison, afin que les candidats puissent faire leurs propositions de prix sur des bases aussi précises que possible.

4.3.2. Les précautions rédactionnelles

La rédaction des marchés nécessaires à la mise en place des procédures déconcentrées d'achat et de paiement nécessite des précautions rédactionnelles sur lesquelles l'attention de l'acheteur public doit être tout particulièrement appelée.

4.3.2.1. Marchés types et conventions de prix

Dans l'hypothèse d'un marché type et d'une convention de prix, ces deux documents servent de modèle à la rédaction des marchés proprement dits, qui seront rédigés et signés au niveau des services coordonnés en respectant les prix figurant à la convention de prix et les conditions figurant au marché type. Il y a donc autant de personnes responsables des marchés que de services « coordonnés ».

4.3.2.2. Marché unique à bons de commande

Dans l'hypothèse d'un marché unique, des précautions rédactionnelles sont nécessaires pour respecter le pouvoir de gestion des services déconcentrés.