

Lors de la phase de détermination des conditions de mise en concurrence l'acheteur public doit tenir compte des moyens dont il dispose pour établir les documents du marché et des caractéristiques propres aux prestations à réaliser (diversité, spécificités particulières, niveau de réalisation en commande, volume...).

L'acheteur public trouvera en annexe de ce guide des modèles de règlement de la consultation, de cahier des clauses administratives particulières de marché d'étude de définition et de cahier des clauses particulières de marché de prestation des services dont il pourra s'inspirer utilement lors de l'élaboration de ses documents de marché.

11.1. Assistance en l'absence de services techniques en matière de matériels électroacoustiques et de vidéocommunication

L'acheteur public peut recourir à un marché de définition lorsqu'il ne peut élaborer en interne les documents de marché pour l'acquisition des prestations souhaitées.

11.1.1. Elaboration des documents de marché en interne

L'intégration des éléments contenus dans le présent guide doit permettre à l'acheteur public de mieux définir son besoin, de déterminer le mode de passation et d'élaborer le cahier des charges des marchés d'équipement et systèmes électroacoustiques et de vidéocommunication.

11.1.2. Appel d'offres pour un marché de définition prévue à l'article 108 et 314 du code des marchés publics

Les marchés de définition ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur. Ils doivent permettre :

- de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques de base à utiliser, la qualification du personnel et les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre ;
- d'estimer le niveau du prix des prestations et les modalités de sa détermination ;
- de prévoir les différentes phases de ces prestations.

En conséquence, il s'agit d'une prestation intellectuelle destinée à explorer les possibilités en amont de passation d'un futur marché et d'en tracer le cadre tant juridique que technique.

Les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant même objet et effectuées simultanément peuvent être attribuées, sans nouvelle mise en compétition, à l'auteur de la solution retenue.

11.2. Procédures particulières

11.2.1. Allotissement du marché

Le fractionnement du marché en lots (art. 77 et 274 du CMP) peut présenter un intérêt lorsque :

- l'importance et la diversité des commandes de matériels électroacoustiques et de vidéocommunication risquent de dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise ;

- lorsque les entreprises ne possèdent pas une compétence reconnue dans les domaines audio et vidéo ;
- l'accès des petites et moyennes entreprises au marché serait limité par un marché unique quantitativement trop important.

C'est pourquoi, il est possible dans certains cas, en raison de l'importance de la prestation, de regrouper les fournitures en lots. Chaque lot peut donner lieu à un contrat distinct.

Il résulte de l'article 38 du CMP que « le règlement de la consultation fixe le nombre, la nature et l'importance des lots, ainsi que les conditions imposées au soumissionnaire pour souscrire à un ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution. L'avis d'appel public à la concurrence doit comporter à cet égard toutes précisions utiles ».

En outre, les modes de dévolution autorisés ou envisagés doivent apparaître clairement dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Lorsqu'il s'agit d'un marché d'un volume important et pour des prestations de différentes natures, le fractionnement du marché en lots apparaît le plus approprié. L'attribution des marchés se fait séparément lot par lot. Les contrats peuvent le cas échéant regrouper les lots attribués à une même entreprise.

Par ailleurs, la personne responsable du marché peut, pour des motifs de coordination et de sécurité, prévoir le groupement dans le règlement de la consultation (art. 46-1 du code des marchés publics).

Les cotraitants, titulaires du marché, sont soit solidaires, soit conjoints. Ils sont considérés comme groupés et sont appelés cotraitants s'ils ont souscrit un acte d'engagement unique.

Les cotraitants sont solidaires lorsque chacun d'eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires ; l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des cotraitants vis-à-vis de la personne responsable du marché.

Les cotraitants sont conjoints lorsque chacun d'eux n'est engagé que pour la partie du marché qu'il exécute ; toutefois, l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, est solidaire de chacun des autres dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard de la personne responsable du marché, jusqu'à la date où ces obligations prennent fin ; cette date est soit l'expiration de la garantie technique prévue à l'article 34 du code des marchés publics, soit, à défaut de garantie technique, la date de prise d'effet de la réception des prestations. Le mandataire représente, jusqu'à la date ci-dessus l'ensemble des cotraitants conjoints vis-à-vis de la personne responsable du marché pour l'exécution de ce dernier.

Dans le cas où l'acte d'engagement n'indique pas que les cotraitants sont solidaires ou conjoints :

- si les prestations sont divisées en lots dont chacun est assigné à l'un des cotraitants et si l'un de ces derniers est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, les cotraitants sont conjoints ;
- si les prestations ne sont pas divisées en lots dont chacun est assigné à l'un des cotraitants, ou si l'acte d'engagement ne désigne pas l'un de ces derniers comme mandataire, les cotraitants sont solidaires.

Dans le cas de cotraitants solidaires, si le marché ne désigne pas de cotraitant mandataire, celui qui est énuméré le premier dans l'acte d'engagement est considéré comme mandataire des autres cotraitants.

11.2.2. *Marché fractionné à bons de commande*

L'acheteur public peut recourir à la procédure prévue à l'article 76 du code des marchés publics qui prévoit que « I. Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire définis dans

les conditions prévues à l'article 75 du présent code ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne responsable du marché peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches conditionnelles.

1. Le marché à bons de commande détermine les spécifications, la consistance et le prix des prestations ; il en fixe le minimum et le maximum en valeur ou en quantité. Le montant maximum ne peut être supérieur à quatre fois le minimum.

Le marché s'exécute par émission de bons de commande successifs, selon les besoins. Chaque bon de commande précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée. Il en détermine la quantité.

2. Par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation prévu à l'article 203, lorsque le volume du besoin et sa survenance ne peuvent être *a priori* appréciés par la personne publique contractante, il peut être conclu un marché sans minimum ni maximum.

Dans ce cas, il ne peut être passé de marchés portant sur des prestations identiques.

3. Par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation prévu à l'article 203, la personne responsable du marché peut lancer une procédure d'appel d'offres et conclure, pour les mêmes prestations, des marchés sans minimum, ni maximum, avec plusieurs titulaires lorsque le rendent nécessaires :

- a) Soit la forte volatilité des prix des produits ;
- b) Soit l'obsolescence rapide des produits ;
- c) Soit la circonstance que la survenance du besoin est liée à des situations d'urgence impérieuse ne résultant pas du fait de la personne publique contractante et incompatibles avec le délai de préparation d'un marché.

Dans les cas prévus aux *a* et *b*, le prix peut ne pas être indiqué dans le marché, mais ce dernier doit néanmoins contenir tous éléments permettant de le déterminer au moment de l'émission de chaque bon de commande.

Le règlement de la consultation :

- annonce que ces marchés donneront lieu à remise en compétition lors de l'attribution des bons de commande et indique le nombre maximal de titulaires qui seront retenus ;
- indique que, lors de la survenance des besoins, tous les titulaires seront remis en compétition sur la base du cahier des charges initial et que le choix de l'attributaire du bon de commande sera fonction du prix et, le cas échéant, du délai ;
- précise que les réponses des entreprises seront transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de réception.

La remise en compétition prévue à l'alinéa précédent a lieu dans des formes et délais identiques en assurant la confidentialité des réponses. Celles-ci sont enregistrées dans leur ordre d'arrivée par un agent placé sous l'autorité de la personne responsable du marché. Le contenu de chaque réponse est enregistré.

La personne responsable du marché ou son représentant choisit l'attributaire du bon de commande.

Néanmoins, la procédure dérogatoire de la multiattribution prévue à l'article 76 (alinéa 3) doit rester exceptionnelle.

11.2.3. Appel d'offres sur performances

Le recours à la procédure de l'appel d'offres sur performance est lourde et complexe. Le service doit être en mesure de s'en expliquer devant les organes de contrôle.

Un dialogue encadré acheteur-fournisseur peut avoir lieu uniquement dans le cadre de l'appel d'offres sur performance. En effet, l'article 99 et 303 du code des marchés publics dispose qu'« il est procédé à un appel d'offres sur performance pour des motifs d'ordre technique ou financier, lorsque la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables 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 ».

Cette procédure comporte un dialogue entre les candidats et la Commission d'appel d'offres à partir du programme fonctionnel rédigé par l'administration. L'acheteur public pourra instaurer un dialogue afin que le soumissionnaire améliore les offres en les précisant, les complétant ou les modifiant. Les compléments techniques aux propositions des entreprises soumissionnaires peuvent avoir une incidence sur les prix. Toutefois, ces modifications doivent être marginales et générées uniquement par les modifications techniques apportées à l'offre initiale. 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...).

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 (PRM) et, d'autre part, pour les marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics, à la commission d'appels 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 (délais, garantie de bonne fin) ;
- la détermination de la forme du marché.

11.3. *Référence à la normalisation. – Possibilité d'imposer des contraintes au titulaire du marché*

Lorsqu'une exigence technique particulière est expressément citée dans les documents de la consultation (par exemple : acoustique, sûreté des installations, diffusion de réseau...), l'acheteur public doit faire référence à la norme homologuée correspondante en précisant les options retenues.

Par ailleurs comme cela a été rappelé ci-avant, la personne responsable du marché peut introduire dans la définition du besoin des exigences en matière d'assurance de la qualité conformément aux normes de la série NF EN ISO 9000. Ces exigences doivent cependant être adaptées à la nature du produit objet du marché et ne peuvent être imposées que si la consistance des prestations l'exige.

11.4. *Assurer une bonne 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 précise le dispositif prévu pour l'exercice de la sous-traitance dans les marchés publics.

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

L'article 2.I du CMP prévoit que « le titulaire d'un marché public ayant le caractère de contrat d'entreprise peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la collectivité ou de l'établissement public contractant l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance.

Le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché tant envers l'administration qu'envers les ouvriers.

11.4.2. *L'acceptation des sous-traitants*

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

La définition dans le cahier des charges (CCP) des contraintes techniques propres au marché d'équipement en systèmes électroacoustiques et de vidéocommunication 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.

11.4.3. *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-traitant.

Cette procédure rejoint la réflexion sur la détection des offres anormalement basses en amont de la passation des marchés. Ces offres ont, généralement, pour conséquence principale des difficultés financières pour le sous-traitant. Une vigilance particulière peut éviter les changements fréquents de sous-traitant, l'interruption précoce de l'exécution des prestations du marché ou encore des procédures contentieuses longues et coûteuses.

11.4.4. *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 (ie : seuil de droit commun inférieur à 4 000 francs).

A l'inverse, le paiement des sous-traitants sur la base du paiement direct 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.

11.4.5. *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 d'assurance de la qualité couvrant ce marché.

Si le donneur d'ordre rend cette disposition obligatoire, cette exigence doit être prévue au règlement de la consultation et justifiée par le contenu des prestations. Dans ce cas, chaque plan d'assurance qualité peut lui être remis.

11.5. Les prix

Les prix doivent être indiqués en HT et TTC dans l'acte d'engagement.

11.5.1. La fixation et la détermination détaillée des prix

Le prix des prestations faisant l'objet du marché sont :

- soit des prix forfaitaires ;
- soit des prix unitaires ;
- soit à la fois des prix forfaitaires et des prix unitaires.

Le prix forfaitaire ou global est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, indépendamment des quantités mises en œuvre pour leur réalisation. Pour que le prix soit considéré comme forfaitaire, il faut qu'il soit indiqué comme tel dans le marché.

La fixation d'un prix forfaitaire est recommandée pour toutes les prestations dont la consistance peut être bien définie au moment de la conclusion du marché.

Le prix unitaire est le prix à l'unité d'une prestation déterminée. Il se présente généralement comme un prix forfaitaire à l'unité mais il peut aussi, dans des cas exceptionnels, n'être pas définitif et revêtir un caractère provisoire ou relever de la procédure des dépenses contrôlées.

11.5.2. La révision, l'ajustement et l'actualisation

Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à faire encourir des aléas majeurs au titulaire et à l'administration contractante à raison de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme, il doit prévoir :

- que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date ou le mois d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations ;
- que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations ;
- les modalités de cette actualisation.

Un marché est dit ajustable lorsque le prix de règlement est calculé à partir d'une référence qu'il définit et qui doit être représentative de l'évolution du prix de la prestation elle-même.

Cette solution peut être plus judicieuse que celle du prix ferme pour des fournitures courantes :

- dont les prix sont susceptibles de varier de façon importante et imprévisible pendant la durée d'exécution du marché ;
- dont les prix sont susceptibles de baisser pendant la durée d'exécution du marché ;
- qui font l'objet de livraisons échelonnées sur une assez longue durée.

Elle peut également être adoptée pour certaines prestations de services courants, à condition que la référence choisie pour l'ajustement soit significative.

Le recours à cette forme de prix de règlement implique que le marché précise la référence qui sera utilisée pour ajuster le prix initial (exemple : mercuriale, barème applicable à l'ensemble de la clientèle du titulaire, indice publié par l'INSEE, etc.) ainsi que, le cas échéant, le rabais ou le coefficient qui sera appliqué à cette référence.

L'administration contractante peut introduire, dans une clause d'ajustement de prix, et afin de se protéger d'une hausse excessive :

- une clause butoir, afin de limiter les hausses de prix dues à l'application de la clause d'ajustement ;
- et/ou une clause de sauvegarde, lui permettant de résilier le marché sans indemnité dès que le nouveau prix dépassera un pourcentage d'augmentation fixé au marché.

Un marché est dit à prix révisable lorsqu'il :

- fixe le prix initial de la prestation ;
- prévoit la modification de ce dernier par l'application d'une formule représentant conventionnellement la composition du coût de la prestation.

La formule de révision doit inclure un terme fixe dont la valeur minimale est de douze et demi pour cent.

Le marché doit indiquer :

- la date ou le mois d'établissement du prix initial ;
- les modalités de la révision.

La révision s'effectue généralement au moyen d'une formule paramétrique, les indices susceptibles de représenter les différents paramètres qu'elle doit comporter (salaires et charges sociales, matières premières, fournitures approvisionnées à l'extérieur, frais généraux) peuvent être recherchés dans le bulletin mensuel de statistique édité par l'INSEE et dans le bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

11.6. *Les contrôles*

On ne traitera ici que du contrôle des marchés de l'Etat, les collectivités locales étant soumises au contrôle de légalité.

11.6.1. *La commission spécialisée des marchés*

Pour les marchés de l'Etat, les projets de marchés sont adressés à la commission lorsque le montant maximum prévu est supérieur au seuil de saisine (exemples : CSM approvisionnements généraux : 6 MF.

11.6.2. *Le contrôle des dépenses engagées*

Les marchés sont soumis au contrôle financier en application de l'article 5 de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées.