

2.4.6.– NORMES, SPECIFICATIONS TECHNIQUES ET ASSURANCE DE LA QUALITE DANS L'ELABORATION DES CLAUSES TECHNIQUES DES MARCHES PUBLICS.

La rédaction des clauses techniques est une opération fondamentale en matière de marchés publics. L'acheteur public doit en effet s'attacher à obtenir aux meilleures conditions les prestations convenant aux besoins de la collectivité publique. Il doit pour ce faire définir rigoureusement le besoin, au moyen notamment de clauses techniques.

Aux termes de l'article 5 du CMP « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins ».

Si les besoins à satisfaire sont exprimés par les services utilisateurs, c'est à la personne responsable du marché, en dernier ressort, qu'il appartient de choisir parmi les diverses prestations possibles. Il lui revient donc la responsabilité d'arrêter les clauses techniques, avant lancement de toute procédure. Un principe fondamental doit présider à l'élaboration de ces clauses : l'égalité d'accès aux marchés publics. Les données techniques du marché ne doivent en effet ni restreindre ni fausser le jeu de la concurrence. Il est essentiel que les spécifications soient neutres, c'est-à-dire ne pré-désignent pas le titulaire du marché par l'introduction de clauses que celui-ci serait le seul à pouvoir satisfaire.

La rédaction des clauses techniques peut ainsi apparaître particulièrement difficile ; toutefois, l'acheteur public dispose d'un certain nombre de moyens qui lui permettront de mener à bien sa tâche.

En premier lieu :

- les normes homologuées ou d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux (cf. infra § 2.4.6.1.) ;
- les prescriptions techniques de la commission technique des marchés, qui comprennent les cahiers des clauses techniques générales (CCTG) et les spécifications techniques (cf § 2.4.6.2.).

En second lieu, et surtout en l'absence de tels documents qui laisse à l'acheteur toute latitude de rédaction, celui-ci doit respecter les principes généraux d'élaboration des clauses techniques. Il disposera dans certains cas des recommandations et guides de la commission technique des marchés. A défaut, il peut envisager ou susciter plusieurs solutions techniques en vue d'un choix ultérieur. Dans des cas particuliers, il peut faire appel à des spécialistes extérieurs à l'administration par la voie des marchés d'études (cf. § 2.4.6.3.).

2.4.6.1. Référence aux normes homologuées.

2.4.6.1.1. – Obligation de se référer aux normes.

Aux termes de l'article 6 du CMP « les prestations qui font l'objet du marché sont définies par référence aux normes homologuées, ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux, dans les conditions et avec les dérogations prévues par le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation.

La référence à ces normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence ».

Le même article 6 exclut cette obligation de référence aux normes pour les marchés mentionnés dans le CMP aux articles 28 (marchés ne dépassant pas 90 000 € HT et pouvant ainsi être passés sans formalités (préalables), 29 (marchés sans formalités préalables pour les achats de denrées alimentaires périssables, dans les conditions les plus avantageuses, sur foires, marchés ou lieux de production, en deçà du seuil de 130 000 € HT pour l'Etat, et de 200 000 € HT pour les collectivités territoriales), et 31 (marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application de dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques).

L'article 13 du décret précité du 26 janvier 1984 précise les modalités de cette obligation de référence aux normes.

A titre indicatif, la circulaire du 5 juillet 1994 du Premier Ministre (NOR : PRMX9400134C) relative à la référence aux normes dans les marchés publics et les contrats soumis à certaines procédures communautaires précise dans sa première partie la portée de l'obligation de référence aux normes.

A cet égard, il convient de faire une distinction entre d'une part la notion de normes obligatoires, et d'autre part celle de référence obligatoire aux normes dans les marchés publics. Le décret modifié n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation, définit ces deux statuts.

2.4.6.1.1.1. - Normes obligatoires.

En application de l'article 12 du décret précité, le ministre chargé de l'Industrie peut rendre obligatoire certaines normes homologuées. C'est une réglementation de portée générale, tous les opérateurs du marché qu'ils soient publics ou privés y sont assujettis.

Compte tenu de cette obligation, une centaine de normes ont été rendues d'application obligatoire, essentiellement pour des raisons :

- de sécurité (exemple : gaz, électricité, extincteurs, grues...);
- de santé ou d'hygiène (exemple : tuyaux d'évacuation en amiante-ciment);
- de lutte contre la fraude (exemple : marquage des draps de lit et des couvertures, caractéristiques du cristal...);
- de rationalisation des échanges (exemples : prises de péritelévision);
- de protection de l'environnement (exemple : réservoirs pour stockages pétroliers).

2.4.6.1.1.2. - Référence obligatoire aux normes dans les marchés publics.

Les dispositions précitées de l'article 6 du code des marchés publics ne doivent naturellement pas être interprétées comme une obligation de portée générale, mais ne trouvent à s'appliquer que si l'acheteur exprime une exigence technique particulière dans les documents de consultation. Cette exigence peut porter sur un sous-ensemble ou un élément constitutif du produit à acquérir. Dans ce cas, il faut naturellement proscrire la terminologie « le produit devra être conforme aux normes en vigueur », qui est sans portée, pour, au contraire, analyser le produit au travers des exigences à appliquer à ses divers constituants, et rechercher les normes correspondantes pour y faire référence, en levant, le cas échéant, les options éventuelles que renferment ces dernières. A défaut de cette levée d'option, le titulaire du marché serait autorisé à exécuter la prestation minimale prévue dans la norme.

Si l'acheteur n'exprime pas d'exigence technique particulière, il examine la solution proposée par le fournisseur, et il en vérifie l'adéquation par rapport à la définition de ses besoins tels qu'il les a exprimés dans le dossier de consultation.

2.4.6.1.2. – Conformité aux normes.

Les acheteurs publics peuvent faire référence à une marque de conformité (par exemple NF) comme l'un des critères d'appréciation de la conformité à leurs exigences, sous réserve de compléter par la mention « ou équivalent ». En effet :

- quel que soit l'acheteur, cette marque assure au minimum la conformité à la norme correspondant à ses exigences ;
- pour les acheteurs ne disposant pas de moyens techniques suffisants, un tel produit bénéficie d'une référence de qualité ;
- pour les acheteurs qui possèdent des laboratoires de contrôle, l'existence d'une marque ou d'un agrément doit permettre de limiter le nombre et l'étendue de leurs essais.

Il est à noter que le droit d'usage d'une « marque » certifie la conformité aux normes et documents de référence cités dans le référentiel de la marque.

A la différence de ces marques de conformité, le marquage européen « CE » permet la libre circulation des produits dans l'UE et justifie du respect des exigences essentielles définies par les directives européennes (notamment les impératifs de sécurité, de santé ou de protection des consommateurs et de l'environnement) et aux autres exigences éventuellement incluses dans ces directives ; le marquage CE ne constitue en aucun cas un critère de qualité et ne peut être utilisé par l'acheteur comme seul critère technique d'appréciation ou de choix.

2.4.6.2. - Référence aux prescriptions et aux documents techniques de la Commission technique des marchés.

2.4.6.2.1. – Rôle des groupes permanents d'étude des marchés (GPEM).

Les GPEM sont chargés de proposer à la Commission technique des marchés, placée auprès du ministre chargé de l'économie, compte tenu des dispositions législatives ou réglementaires relatives à la normalisation :

- les prescriptions techniques auxquelles les prestations doivent répondre et qui permettent d'opérer une rationalisation des achats publics, ainsi qu'une sélection technique de produits ou de matériels (spécifications techniques et cahier des clauses techniques générales) ;
- les documents techniques qui facilitent la rédaction des cahiers des charges (recommandations et guides).

2.4.6.2.2. – Prescriptions et documents techniques des GPEM et normes.

Les prescriptions et les documents techniques des GPEM font toujours référence aux normes relatives à la prestation dans les conditions rappelées ci-dessus.

L'acheteur doit toutefois vérifier que les documents énumérés au CCAP (CCTG et spécifications techniques) font bien référence à la dernière édition des normes ; en effet, l'évolution dans ce domaine est très rapide.

Le cas échéant l'acheteur apporte les modifications, compléments ou précisions nécessaires par voie de dérogation dans les documents particuliers (CCAP ou CCTP).

2.4.6.2.3. – Référence aux prescriptions et documents techniques de la Commission technique des marchés.

Aux termes de l'article 133 du code des marchés publics la « commission technique des marchés placée auprès du ministre chargé de l'économie examine et approuve les projets de prescriptions techniques applicables aux marchés publics ».

S'agissant des guides et recommandations techniques, ils constituent des documents d'information et de conseil aux acheteurs qui peuvent s'en inspirer pour l'élaboration des cahiers des charges. C'est pourquoi ces documents techniques ne sauraient faire partie des pièces constitutives du marché, contrairement aux normes, CCTG et spécifications techniques dont la seule référence précise et complète (titre, n°, date) au marché suffit pour les rendre applicables à celui-ci.

2.4.6.3. Spécifications techniques établies par l'acheteur.

2.4.6.3.1. – Conditions minimales à respecter.

L'acheteur public, qui établit ses propres spécifications, doit respecter les principes généraux ci-dessous qui régissent toute rédaction de spécification technique.

2.4.6.3.1.1. – Neutralité.

Lors de la consultation des fournisseurs ou entrepreneurs, les données techniques du marché ne doivent ni restreindre, ni fausser la concurrence :

- les spécifications doivent être « neutres », c'est-à-dire ne pas imposer le choix du titulaire du marché. Les choix doivent être justifiés par des raisons purement techniques ou de sécurité. L'article 13 du décret n° 84-74 déjà cité précise : « Les clauses, spécifications techniques et cahiers des charges des marchés et contrats visés au présent article ne peuvent mentionner des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers à certaines entreprises, et ne peuvent se référer à des brevets ou types, indications d'origine ou de provenance, marques au sens du titre 1^{er} du livre VII du code de la propriété intellectuelle, sauf lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché ou du contrat sans ces références. Dans ce dernier cas, de telles références sont autorisées lorsqu'elles sont accompagnées de la mention « ou équivalent » ;
- par ailleurs, il faut éviter que les documents de consultation ne contiennent des spécifications de finalité trop vagues ; la concurrence ne peut alors jouer correctement et l'acheteur est à la fois gêné pour juger les offres et incertain de la qualité de son achat.

2.4.6.3.1.2. – Coût – efficacité.

Dans la recherche du meilleur rapport coût - efficacité, les services doivent tenir compte de la durée d'utilisation ainsi que de l'existence des produits sur le marché :

- pour ce qui est de la durée d'utilisation, l'acheteur public doit s'efforcer de rendre minimal le coût global de la prestation (c'est-à-dire la somme du coût d'acquisition, du coût d'exploitation et du coût de maintenance) et non le seul coût d'acquisition ;

- il doit chercher à se rapprocher, dans ses spécifications, des produits ou services courants ; l'exigence d'une qualité excessive, toujours coûteuse, doit donc être évitée de même que les spécifications particulières non nécessaires à la satisfaction des besoins de la collectivité.

2.4.6.3.1.3. – Expression fonctionnelle du besoin.

L'acheteur public doit exprimer clairement et complètement ses objectifs en termes de mission, de fonction ou de service, dans une spécification de besoin.

Sauf dans le cas d'une définition en terme de performances des exigences, cette spécification doit être ensuite transposée en termes de solution technique concrète jugée la plus apte à remplir la fonction. Lors de cette transposition, l'acheteur public doit cependant veiller à s'en tenir le plus possible aux exigences de résultats en laissant aux candidats la liberté d'innovation, de choix de solutions et de techniques nouvelles.

2.4.6.3.2. – Susciter ou envisager plusieurs solutions techniques : les variantes.

L'article 50 du CMP dispose : « En cas d'appel d'offres ou de mise en concurrence simplifiée, sauf disposition expresse contraire figurant dans le règlement de la consultation, les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas qualifiées d'intangibles dans le règlement de la consultation. Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base ».

L'appel d'offres avec variantes peut être intéressant pour des prestations complexes ou susceptibles d'être exécutées au moyen de diverses techniques concurrentes. Il permet en outre aux entreprises de proposer des techniques innovantes ou plus performantes. Les concurrents peuvent ainsi valoriser leur savoir-faire et développer leurs recherches.

L'utilisation de l'appel d'offres avec variantes nécessite que l'acheteur public soit capable de définir précisément ses besoins et ses exigences aux concurrents pour la part de prestations correspondant aux variantes autorisées. Le programme de l'opération doit donc être incorporé dans le dossier de consultation car une variante ne pourra être éventuellement retenue que si elle respecte ce programme.

Il convient de bien distinguer, dans les dossiers de consultation, le cas où l'entreprise est autorisée à son initiative à proposer des variantes (cf. ci-dessus) et le cas où le dossier de consultation impose l'étude de plusieurs solutions techniques définies par le CCTP.

Le terme « options » ne figure pas dans le CMP. Ce terme recouvre généralement des prestations supplémentaires, chiffrées et présentées en annexe à l'offre de base, l'acheteur se réservant le droit de les retenir ou non au stade du jugement des offres.

Les options ne doivent pas empêcher un classement objectif et transparent des offres.

2.4.6.4. Qualité.

2.4.6.4.1. – Généralités.

La qualité est « l'ensemble des propriétés et caractéristiques d'une entité qui lui confèrent l'aptitude à satisfaire des besoins exprimés et implicites » (NF-EN-ISO 9000 : 2000 « Systèmes de management de la qualité – Principes essentiels et vocabulaire »).

L'acheteur public doit contribuer activement au management de la qualité. Cette action doit commencer dès l'expression du besoin par une formulation claire et complète, comportant toute la flexibilité admissible dans les caractéristiques et performances.

Le niveau de qualité exigé pour un produit est fonction du degré d'innovation, de la complexité, de la difficulté de réalisation, du risque potentiel.

2.4.6.4.2. – Marchés de produits, prestations ou travaux complexes.

Pour ces produits l'acheteur peut être amené à s'intéresser non seulement au produit fini mais à son processus d'élaboration. Dans ce cas l'acheteur peut demander à son fournisseur de lui donner une information plus ou moins détaillée sur la structure de son entreprise, son organisation, ses méthodes, ses procédés, sur l'identification des personnes et services responsables du management de la qualité.

L'acheteur peut aussi recourir aux moyens suivants (par ordre d'exigence croissant) :

- consultation du Manuel d'Assurance Qualité : les dispositions générales relatives à la qualité chez le fournisseur sont consignées dans un Manuel d'Assurance de la Qualité, document contractuel servant de base au dialogue client – fournisseur.
- consultation du Plan assurance de la qualité : si la nature du produit le justifie, les dispositions d'assurance de la qualité spécifiques à la production considérée sont assemblées dans un plan d'assurance de la qualité.
- réalisation d'audits : les audits pourront être effectués pour apporter la preuve que les référentiels normatifs en matière de système qualité sont bien respectés.

L'utilisation de la certification de système qualité dans les marchés publics appelle les précisions suivantes :

- concernant la phase initiale de la procédure (examen des candidatures), si la qualité du produit ou du service à acquérir et notamment des critères de complexité, sûreté, fiabilité, coût global l'exigent, l'acheteur public peut, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, demander que les entreprises, qui se portent candidates, soient en mesure de justifier qu'elles ont une organisation basée sur un système qualité répondant aux exigences d'une des normes de la série NF-EN-ISO 9000 : 2000, la norme ainsi citée devant être en adéquation avec le niveau de la qualité du produit, **mais cette exigence doit demeurer exceptionnelle.**
- À partir de ce principe de base, lié à la justification des capacités techniques des candidats prévue à au 1° de l'article 45 du code des marchés publics, ceux-ci ont deux moyens à leur disposition :
 - Proposer un certificat attribué par un organisme certificateur ;
 - Justifier de l'existence d'un manuel qualité et de procédures qui peuvent être éventuellement vérifiées par l'acheteur ou son représentant.

Il n'est donc pas possible d'imposer aux candidats d'être en possession d'une certification de système qualité, exigence qui remettrait en cause le principe d'égalité d'accès des entreprises à la commande publique.

Dans la phase d'examen des offres, l'analyse menée à partir de l'ensemble des critères cités dans le règlement de la consultation permet, normalement, d'identifier objectivement l'une d'entre elles comme étant la meilleure ; le fait que l'entreprise correspondante soit ou non certifiée n'intervient pas dans cette décision.

2.4.6.4.3. – Marchés de produits, prestations ou travaux courants.

Pour un produit courant, l'acheteur peut ne s'intéresser qu'au produit fini. Outre ses propres contrôles, il dispose, pour s'assurer de la qualité des produits finis, des outils suivants :

- Déclaration du fournisseur : c'est une procédure par laquelle le fournisseur donne une assurance écrite qu'un produit, un processus ou un service est conforme aux exigences spécifiées.
- Marque ou Label : en l'absence d'exigences particulières de l'acheteur une marque de conformité (ex : NF), ou un label, garantit que le produit est conforme aux normes citées au règlement utilisé pour la délivrance du droit d'usage de la marque ou du label.
- Certification : c'est une procédure par laquelle une tierce partie (c'est-à-dire un organisme indépendant de l'acheteur et du fournisseur) donne une assurance écrite qu'un produit, un processus ou un service est conforme aux exigences spécifiées.