

IV. CHAPITRE II – MODALITES DE PASSATION DES MARCHES

Pour la rédaction des marchés publics d'équipement multimédia, la personne responsable du marché peut se référer au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG – FCS), objet du décret n° 77-699 du 27 mai 1977. Le chapitre VII de ce CCAG contient en particulier un certain nombre de dispositions spéciales aux marchés d'informatique et de bureautique.

La référence au CCAG - FCS n'est pas obligatoire. Toutefois, si la personne responsable du marché choisit de ne pas y faire référence, elle devra veiller à intégrer dans le CCAP toutes les dispositions nécessaires à la gestion du contrat.

En ce qui concerne les marchés de fournitures et de services, le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 a porté le seuil des procédures formalisées à 150 000 € HT pour l'Etat et à 230 000 € HT pour les collectivités territoriales.

Au-delà de ces seuils, la procédure d'appel d'offres est la procédure de droit commun qu'il convient d'utiliser pour les équipements multimédia. Néanmoins, la réforme du code des marchés publics, objet du décret précité, permet un recours également à la négociation et au dialogue compétitif dans les conditions prévues aux articles 35 et 36.

Sur tous ces points et sur les modalités pratiques des procédures de passation, le manuel d'application du code, objet de la circulaire du 7 janvier 2004 apporte des précisions utiles et constitue un outil de référence.

Le présent chapitre appelle l'attention de l'acheteur public sur un certain nombre de points particuliers et traite de certaines questions concernant directement les achats publics d'équipements multimédia.

Les questions étudiées sont les suivantes :

IV.2.1./ Durée des marchés et reconduction

IV.2.2./ Conditions relatives à la garantie

IV.2.3./ Procédures négociées et l'article 35-I-2°

IV.2.4./ Procédure de dialogue compétitif

IV.2.5./ Allotissement

IV.2.6./ Marchés à bons de commande

Le présent document est mis en ligne et téléchargeable gratuitement sur le portail des marchés publics à la rubrique : « guides et recommandations » des GPEM (Internet : <http://djo.journal-officiel.gouv.fr/marchespublics>).

IV.2.1. - DUREE DES MARCHES ET RECONDUCTIONS

L'article 15 du code des marchés publics stipule que :

«Sans préjudice des dispositions des articles 35, 69 et 72 définissant la durée maximale pour certains marchés, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

Le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché. Il est fixé en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. La personne responsable du marché prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché ne peut refuser sa reconduction ».

Si le matériel multimédia fait l'objet d'un contrat de location ou de prise en crédit-bail, compte tenu de la durée d'amortissement des équipements, la durée maximum du marché se situe entre 3 et 5 ans.

Cette durée est toutefois limitée à quatre ans par l'article 71 du code des marchés publics, s'il s'agit d'un marché à bons de commande sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés notamment par l'objet du marché. Néanmoins, une durée limitée à trois ans paraît préférable en matière d'équipement multimédia compte tenu en particulier des évolutions rapides des besoins et des caractéristiques du marché dans ce secteur d'activité.

Pour plus de souplesse, l'acheteur peut préférer un contrat d'un an reconductible.

Toutefois, la reconduction tacite n'est pas autorisée par l'article 15 ci-dessus du code des marchés publics. Dès lors, pour obtenir des conditions d'achat plus intéressantes financièrement, l'acheteur peut envisager d'opter pour une durée maximum : en effet, dans ce cas, le fournisseur, ayant par avance l'assurance d'encaisser des loyers sur une longue période, pourra présenter des offres plus attractives.

Mais, l'acheteur peut rencontrer des difficultés s'il ne dispose, pour financer ses équipements multimédia, que de crédits de fonctionnement. En effet, ces crédits ne peuvent être engagés que pour des prestations effectuées dans l'année.

Pour y remédier, il est alors nécessaire que le marché inclut une clause lui accordant annuellement la possibilité de résilier le contrat. Une telle clause devra prévoir les modalités de cette résiliation et les indemnités dues au fournisseur en cas d'utilisation de cette faculté. En effet, cette clause sera appelée à jouer, en particulier dans le cas où les crédits attendus ne seraient pas renouvelés, ou que les crédits disponibles seraient insuffisants pour permettre d'engager les dépenses correspondant au montant annuel des loyers.

IV.2.2. – CONDITIONS RELATIVES A LA GARANTIE

IV.2.2.1. - Extension de la période de garantie.

Cette extension présente certains avantages, en particulier du fait que les rémunérations de maintenance peuvent être réduites ou même supprimées pendant la période de garantie.

Dans la pratique, le recours fréquent à cette extension, déjà signalé (cf. page 121), permet d'autre part lorsqu'elle est prévue dès l'acquisition du matériel, de simplifier la gestion du parc en réduisant le nombre d'intervenants.

IV.2.2.2. - Conditions d'utilisation des équipements.

Au titre de la garantie, le titulaire ne s'oblige à remettre en état ou à remplacer à ses frais les équipements que s'il apparaît que ceux-ci sont défectueux. Or, le matériel multimédia est un équipement fragile qui peut facilement devenir inutilisable s'il n'est pas manipulé correctement. La garantie ne sera pas appelée à jouer si le non-fonctionnement a pour origine une mauvaise utilisation et non pas une défectuosité reconnue.

Dans ces conditions, il est nécessaire de prévoir :

- d'une part le niveau de formation nécessaire pour les utilisateurs,
- d'autre part, en ce qui concerne l'analyse des besoins, les sécurités à mettre en place pour limiter les risques de dysfonctionnement de l'équipement du fait d'une mauvaise utilisation (volontaire ou involontaire) du matériel.

Dans certains cas, il peut être envisagé de verrouiller les accès à certaines fonctionnalités des équipements pour éviter que le matériel ne serve à d'autres fins que celles pour lesquelles sa mise en service a été prévue.

Par ailleurs, de même que pour ce qui concerne les questions relatives à la sécurité (notamment la protection contre les virus informatiques), l'analyse des besoins et l'étude de l'environnement et des conditions prévisibles d'utilisation devront être menées de manière approfondie.

IV.2.3. – PROCEDURE NEGOCIEE ET ARTICLE 35-I-2°

Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation, après publicité et mise en concurrence, peut être utilement envisagé. Il permet en effet d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence.

Présentation sommaire de la procédure négociée

Aux termes de l'article 34 du code des marchés publics, la procédure négociée « est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ».

Cette procédure n'est pas fonction d'un seuil et elle n'est utilisable que dans des cas limitativement énumérés à l'article 35. Cet article, qui dresse la liste de ces cas, les classe en trois groupes correspondant à trois modalités de la procédure négociée :

- 1/ cas des marchés qui peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence (article 35-I),
- 2/ cas des marchés qui peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence (article 35-II),
- 3/ cas des marchés qui peuvent être négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence (article 35-III).

D'une manière générale, l'application de l'article 35 ne soulève pas de difficultés particulières pour les équipements multimédia, et il convient de se reporter au détail des cas énumérés.

L'article 35-I-2° du code des marchés publics.

Le point I-2° de l'article 35 mérite toutefois ici quelques développements. Il concerne « les marchés de services, ... , lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ».

Cette disposition ne vise donc pas bien entendu, les équipements multimédia en tant que tel. Toutefois, elle peut les concerner dans des cas très particuliers si la difficulté d'une définition préalable et précise des prestations des services en cause est telle que leurs spécifications ne peuvent être définies dans le cahier des charges, et que l'organisation d'un appel d'offres soit par suite rendue impraticable.

Cette hypothèse vise donc certaines prestations de services spécifiques qui, en raison de leur particulière complexité ne peuvent donner lieu au stade de l'élaboration des pièces du marché à une définition suffisamment précise.

Toutes les prestations associées aux équipements multimédia, même les prestations d'infogérance, ne sont pas des prestations qui, par nature, peuvent faire l'objet de marchés négociés au titre de l'article 35-I-2°. Par exemple, les prestations relatives à la gestion d'un parc, ne sont, par nature, pas des prestations spécifiques pouvant bénéficier de ces dispositions. Par contre, il pourrait en être autrement si la maintenance de ces équipements, utilisés par exemple dans le cadre d'une activité de recherche, pose des questions complexes dont la résolution suppose la mise en œuvre de solutions techniques innovantes.

L'appréciation se fait au cas par cas. Il est vivement recommandé de n'utiliser cette procédure dérogatoire aux règles de mise en concurrence que dans des cas dûment justifiés sur la base d'un rapport circonstancié, et seuls des éléments objectifs doivent être pris en compte. Le rapport de présentation doit apporter la justification du recours à cette procédure qui ne concerne que des projets techniques complexes.

Le présent document est mis en ligne et téléchargeable gratuitement sur le portail des marchés publics à la rubrique : « guides et recommandations » des GPEM (Internet : <http://djo.journal-officiel.gouv.fr/marchespublics>).

IV.2.4. – PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF

La procédure de dialogue compétitif cherche à répondre aux difficultés spécifiques rencontrées par les acheteurs, notamment pour des secteurs particulièrement complexes en évolution constante, dans lesquels les acheteurs connaissent leurs besoins mais ignorent à l'avance la meilleure solution technique pour les satisfaire.

Les acheteurs publics peuvent en effet objectivement ne pas être en mesure de définir les moyens - qu'ils soient techniques, financiers ou juridiques - qui répondraient le mieux à leurs besoins. Ils peuvent également souhaiter trouver des solutions innovantes en étant objectivement dans l'incapacité d'évaluer ce que les opérateurs peuvent offrir en termes de solutions techniques ou financières.

Ainsi, dans le domaine des équipements multimédia, cette procédure peut s'avérer particulièrement bien adaptée. Il en va notamment ainsi lorsqu'il n'est pas possible de préjuger des solutions qui pourraient être apportées aux besoins de la collectivité en raison de l'évolution rapide des techniques et des modes de commercialisation ; ou encore lorsque la nature des besoins à satisfaire est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre des propositions homogènes.

Ce sont les caractéristiques du marché dont la passation est envisagée qui autorisent ou non le recours à cette procédure. Celle-ci offre de larges possibilités de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites.

IV.2.4.1. Les 2 cas de recours à la procédure de dialogue compétitif :

- Lorsque la personne responsable du marché n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins :

- Lorsque la personne responsable du marché n'est pas en mesure d'établir le montage juridique et financier d'un projet.

IV.2.4.2. Le programme fonctionnel

Pour la mise en œuvre de cette procédure, la personne publique définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire.

Le programme fonctionnel détaillé, ne décrit que les exigences de la personne publique (obligation de résultat), et ne décrit pas de solution technique particulière imposée pour satisfaire ces exigences ou atteindre ces résultats. Il exprime seulement, autant que possible sous la forme de valeurs quantifiées, des performances à atteindre et le mode de vérification est à préciser (référence des normes d'essai ou d'épreuve quand elles existent, ou spécifications techniques et mode de preuve de conformité).

Il incombe aux entreprises qui participent à la consultation de définir les spécifications techniques de la prestation à fournir. Ce sont donc elles qui élaborent le projet de cahier des clauses techniques particulières du marché et qui le remettent à l'appui de leur offre. Elles le font au vu du programme fonctionnel et dans le respect des exigences qu'il contient.

Selon la marge d'incertitude rencontrée par l'acheteur, la procédure de dialogue compétitif peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, ou sur l'exécution d'un projet préalablement défini en tout ou partie.

IV.2.4.3. Les modalités de passation

La procédure de dialogue compétitif débute par un avis d'appel public à la concurrence. Dès la sélection des candidatures, le dialogue s'ouvre à partir d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini proposé par l'acheteur. Ce dialogue peut se dérouler en autant de phases successives nécessaires à l'acheteur pour définir son besoin.

A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.

Tout au long de la phase de dialogue, la personne responsable du marché ne peut élaborer le cahier des charges en combinant des éléments proposés par les candidats, sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier les propositions successives issues du dialogue.

Le cahier des charges est arrêté après la phase de dialogue. Les offres sont alors déposées et l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie selon les modalités classiques de la procédure d'appel d'offres.

IV.2.5. – L'ALLOTISSEMENT

L'article 10 du code des marchés publics définit les conditions et les modalités de l'allotissement des marchés.

C'est la personne responsable du marché qui décide de passer des marchés séparés en lots ou un marché unique. Pour ce faire, elle procède à une analyse des avantages économiques, financiers ou techniques que chacun de ces modes procure. La politique d'allotissement dépend étroitement de la situation du marché, des caractéristiques de la prestation à réaliser et des objectifs recherchés.

La division des prestations en lots : ordinateurs, imprimantes, logiciels, serveurs... est utile lorsque l'importance des fournitures ou des services à réaliser, risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes. Il en est de même dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires qui grèvent d'autant le coût de la prestation, ou encore pour assurer la sécurité des approvisionnements.

L'allotissement est un procédé qui permet d'étendre le champ de la concurrence à des entreprises compétitives qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité du marché. L'enjeu d'un allotissement efficace est d'en définir le niveau adéquat pour ouvrir la concurrence tout en bénéficiant d'économies d'échelle.

Lorsqu'un marché comporte plusieurs lots, c'est la valeur estimée de la totalité des lots qui est prise en compte pour l'appréciation des seuils de procédure. Néanmoins, une souplesse est offerte par le III de l'article 27 : il permet de passer des marchés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 €, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur de l'ensemble du marché.

Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Lorsque les prestations sont réparties en lots, chaque candidat doit faire une offre chiffrée pour chaque lot qu'il souhaite se voir attribuer, de telle sorte que l'appréciation des différentes offres reçues puisse être faite pour chaque lot considéré séparément.

Les dispositions du code des marchés publics autorisent l'attribution de plusieurs lots à la même entreprise, si celle-ci a effectué une offre pour chacun de ces lots et qu'elle est mieux-disante sur chacun d'eux examiné individuellement. Le recours à l'allotissement est alors ici facilité grâce à l'introduction à l'article 10 d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire.

Cependant, le règlement de la consultation peut interdire qu'un candidat se voie attribuer plusieurs lots. Par ailleurs, il est interdit aux candidats de proposer un rabais conditionné par l'attribution de plusieurs lots.

IV.2.6. – MARCHES A BONS DE COMMANDE

Lorsque la nature des besoins à satisfaire est connue et peut faire l'objet d'un cahier des charges mais que les quantités susceptibles d'être commandées restent incertaines, il peut être conclu des marchés fractionnés.

Le code des marchés publics prévoit deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande (article 71) et les marchés à tranches conditionnelles (article 72)

Les marchés sont à bons de commande lorsque l'incertitude porte sur l'évaluation quantitative et le rythme du besoin global à satisfaire. Cette catégorie de marchés est réservée à des achats échelonnés, et peut concerner des équipements multimédia.

Le marché est alors exécuté 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.

Les bons de commande ne peuvent modifier les conditions initialement fixées au marché. Ils peuvent néanmoins compléter ce dernier notamment sur les conditions d'exécution de la commande (lieux, délais et bien sûr quantités et montant du bon de commande résultant de l'application des clauses contractuelles).

La durée des marchés à bons de commande doit être définie et limitée. Elle est au maximum de quatre années consécutives, reconduction comprise, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés par l'objet du marché. L'acheteur public peut donc opter, soit pour un marché à durée définitivement arrêtée lors de sa conclusion, soit pour un marché comprenant une période ferme susceptible d'être reconduite.

Les bons de commande signés par la personne responsable du marché ou le représentant expressément désigné par elle peuvent être émis jusqu'à l'expiration de la durée de validité du marché.

Les deux grandes catégories de marchés à bons de commande sont différenciées par la formulation de leur montant. Dans l'un des cas le montant est annoncé sous la forme d'un minimum et d'un maximum, dans l'autre cas sous la forme de l'absence de minimum et de maximum.

IV.2.6.1. Marchés comportant un minimum et un maximum en valeur ou en quantité

Afin que le marché soit équilibré et équitable, il convient que la fourchette entre le minimum et le maximum soit réaliste et corresponde à des estimations raisonnables. C'est la raison pour laquelle un écart maximum est fixé entre le minimum et le maximum du marché. Le I de l'article 71 fixe ce maximum à quatre fois le minimum.

Il appartient toutefois à la personne responsable du marché de fixer ces montants minimaux et maximaux en fonction de l'importance et de l'évolution possible des besoins et non par un recours systématique à l'écart maximal prévu par le code entre le minimum et le maximum.

IV.2.6.2. Marchés sans minimum ni maximum

L'article 71-II dispose que « lorsque le montant des besoins et le rythme auquel les bons de commande devront être émis ne peuvent être appréciés a priori par la personne publique, il peut être conclu un marché sans minimum ni maximum. »

Le service qui entend recourir aux marchés à bons de commande sans minimum ni maximum devra, conformément aux exigences de l'article 71 motiver ce choix dans le rapport de présentation du marché.

Par ailleurs, le recours aux marchés sans minimum ni maximum ne prive pas le titulaire du marché du droit d'exclusivité dont il dispose pour l'approvisionnement de l'acheteur public pour les prestations objet du marché. Il ne peut en conséquence être conclu simultanément, pour des prestations identiques, au sein ou en dehors d'un même marché sans minimum ni maximum, plusieurs marchés formalisés ou non formalisés avec un autre fournisseur que le titulaire du marché.

Néanmoins, pour des besoins occasionnels de faible montant (moins de 1% du montant total du marché et moins de 10 000 € HT), l'acheteur peut s'adresser à un prestataire autre que le titulaire du marché.

IV.2.6.3 Cas particulier des achats de prestations soumis à une obsolescence rapide.

Ce cas particulier est l'un des cas visé au IV de l'article 71. Dans ce cas, « la personne publique peut lancer une procédure d'appel d'offres et conclure, pour les mêmes prestations, des marchés sans minimum ni maximum avec plusieurs titulaires qu'elle remettra ensuite en compétition, préalablement à l'émission de chaque bon de commande. »

Cette procédure ne peut toutefois être utilisée qu'en cas de nécessité. Il appartient donc également ici à la personne responsable du marché de motiver le recours à ce dispositif.

Les produits à obsolescence rapide sont essentiellement des matériels informatiques et bureautiques enregistrant des progrès technologiques permanents permettant une baisse des prix. Les équipements multimédia sont donc concernés.

Cette hypothèse doit simplement permettre à la personne publique confrontée à une évolution de la gamme des matériels objet du marché de bénéficier au meilleur prix des améliorations apportées par les fabricants dans la limite des spécifications du marché.

En revanche, quand un marché à bons de commande fait référence à une liste de produits déterminés, la fabrication ou l'achat de nouveaux produits non prévus au marché ne peut faire l'objet que d'un nouveau marché.

De même, lorsque la personne publique entend bénéficier d'avancées techniques qui n'existaient pas au moment de la consultation initiale et qui modifient de manière substantielle les prestations, c'est-à-dire qui changent les caractéristiques même du service rendu ou changent le besoin initialement exprimé (par exemple, changement de la nature des prestations), elle doit relancer une consultation pour conclure un nouveau marché.

Enfin les modalités de remise en compétition doivent être effectuées dans les conditions et selon les modalités définies par l'article 71.

Le présent document est mis en ligne et téléchargeable gratuitement sur le portail des marchés publics à la rubrique : « guides et recommandations » des GPEM (Internet : <http://djo.journal-officiel.gouv.fr/marchespublics>).