

IV.2. LES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS

Le code des marchés publics institué par décret du 7 janvier 2004 est accompagné d'une circulaire ministérielle portant manuel d'application. Ce manuel apporte des précisions utiles concernant les modalités pratiques des procédures de passation et constitue un outil de référence.

Parmi les points clefs de la réforme mise en place par ce décret, il convient de noter la priorité donnée au dialogue et à la négociation pour adapter au mieux l'offre à la demande :

- désormais, la négociation est toujours possible en dessous des seuils européens,
- pour les marchés plus complexes, la procédure de dialogue compétitif (décrite à la section 4 du présent chapitre) permet d'introduire une phase de négociation

IV.2.1. LES PROCÉDURES POSSIBLES POUR LA PASSATION DES MARCHÉS D'ACQUISITION DE RESSOURCES NUMÉRIQUES

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 peut élaborer son marché avec ses moyens techniques et juridiques internes en s'aidant, le cas échéant, du présent guide d'aide à l'achat public.

En l'absence de compétences internes suffisantes, l'acheteur public peut recourir à un marché de définition dans les conditions prévues à l'article 73 du code des marchés publics lorsqu'il ne peut élaborer en interne les documents de marché pour l'acquisition des prestations souhaitées.

Les marchés de définition sont des prestations intellectuelles destinées à explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur et d'en tracer le cadre tant juridique que technique.

Ils doivent permettre notamment :

- 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 d'exécution de ces prestations.

IV.2.1.1. L'APPEL D'OFFRES

Il peut être ouvert ou restreint, et est obligatoire lorsque les seuils sont atteints (150 000 € pour les marchés de l'État et 230 000 € pour les marchés des collectivités territoriales).

IV.2.1.1.1. Appel d'offres ouvert

Il s'agit d'une procédure formalisée de mise en concurrence et d'attribution non négociée des marchés publics. Dans ce cas, il n'est pas possible de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre et l'attribution du marché s'effectue dans le respect de critères fixés préalablement par l'acheteur public dans le règlement de la consultation.

IV.2.1.1.2. Appel d'offres restreint

Dans le cadre de cette procédure, les candidats ne peuvent adresser leurs offres qu'après décision de la personne publique, qui fixe la liste des candidats admis et sélectionnés « prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats » (article 52 du Code des marchés publics).

La sélection des propositions s'opère en fonction du ou des critères préalablement définis et dans les conditions prévues à l'article 53 du Code des marchés publics.

IV.2.1.2. MARCHÉ NÉGOCIÉ

Au delà des seuils, le marché négocié (articles 34 et 35, 66 et 67 du Code des marchés publics) est une procédure dérogatoire à l'appel d'offres.

La procédure des marchés négociés implique qu'après examen des offres présentées par les candidats de son choix, la personne responsable du marché engage les négociations.

L'article 35-III-4° trouve une large application dans le domaine de l'achat des ressources numériques. En effet, il dispose que « peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : ... 4° les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ».

Pour que les dispositions de l'article 35-III-4° puissent être appelées à jouer, deux conditions cumulatives doivent être réunies ; la preuve doit être apportée :

- d'une part concernant les raisons tenant à la spécificité technique ou artistique ou à la protection des droits d'exclusivité,
- d'autre part concernant l'existence d'un seul fournisseur potentiel bien déterminé.

IV.2.1.3. LES MARCHÉS PUBLICS PASSÉS SELON UNE PROCÉDURE ADAPTÉE

Les marchés publics de fournitures et de services peuvent être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions fixées par l'article 26-II du Code des marchés publics, lorsque les seuils de 150 000 €HT pour l'État et de 230 000 €HT pour les collectivités locales, ne sont pas atteints.

Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune condition.

Au-delà des seuils précités, la procédure d'appel d'offres est la procédure de droit commun.

Pour le calcul des seuils, il convient de se reporter à l'article 27 qui n'impose plus de référence à une nomenclature.

IV.2.2. CAS PARTICULIER DE LA PROCÉDURE DE DIALOGUE COMPÉTITIF

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 ressources numériques, 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.2.2.1. 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.2.2.2. 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.2.2.3. 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.2.3. FORMES POSSIBLES DE MARCHÉS

IV.2.3.1. L'ALLOTISSEMENT DES MARCHÉS EN MATIÈRES DE RESSOURCES NUMÉRIQUES

La répartition du marché en lots (article 10 du Code des marchés publics) est possible lorsqu'il présente des intérêts économiques, techniques ou financiers, notamment lorsque :

- ◆ l'importance et la diversité des produits risquent de dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise ;
- ◆ les entreprises ne possèdent pas une compétence reconnue dans la production de l'ensemble des ressources numériques prévues au marché ;
- ◆ 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.

Les modes de dévolution autorisés ou envisagés doivent apparaître clairement dans l'avis public ou le règlement de la consultation. Lorsqu'il s'agit d'un marché d'un volume important et pour des prestations de différentes natures, la division du marché en lots apparaît la plus appropriée.

Dans le cas où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est possible de conclure avec ce même titulaire un seul marché regroupant tous les lots concernés.

IV.2.3.2. LES MARCHÉS FRACTIONNÉS

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)

IV.2.3.3. GROUPEMENTS DE COMMANDE

(article 8 du code des marchés publics)

La personne publique dispose d'une liberté de choix totale : acheter seule ou décider de grouper ses achats avec un ou plusieurs autres acheteurs.

Les groupements de commandes ont pour avantage de permettre la coordination et le groupement des achats d'acheteurs distincts afin de réaliser des économies tout en mutualisant les procédures de passation des marchés. Ils concernent tous les types de marchés mais sont particulièrement adaptés au domaine des ressources numériques.

Le groupement nécessite un accord entre les différents acheteurs qui en déterminent librement l'objet (besoin, achats concernés), le fonctionnement (durée, modalités d'adhésion) et choisissent un coordonnateur. Cet accord est matérialisé par une convention signée par tous les membres du groupement. Deux types de groupement sont possibles :

- les acheteurs décident de se grouper uniquement pour choisir un prestataire. Chacun des membres signe ensuite un marché dont il assure seul l'exécution avec le titulaire retenu en commun;
- les acheteurs décident de se grouper pour tout ou partie de la vie d'un marché. Ils doivent alors donner mandat au coordonnateur de signer le marché pour l'ensemble de membres du groupement. En ce qui concerne l'exécution du marché, la convention de groupement peut prévoir que le coordonnateur en sera chargé pour l'ensemble des membres du groupement. Néanmoins, il est maintenant également possible de prévoir dans ce type de groupement, en particulier s'il comprend un grand nombre d'adhérents, que la personne responsable du marché de chaque membre du groupement sera chargée de l'exécution.

Les acheteurs publics ont la possibilité de se grouper entre eux et de désigner un des membres du groupement comme coordonnateur. Ils peuvent aussi avoir recours à une Centrale d'achat et notamment à l'UGAP (Union des groupements d'achats publics) dont il est fait mention à l'article 9 du code des marchés publics.

IV.2.4. LA SOUS TRAITANCE

Pour les marchés publics de services, les articles 112 à 114 du Code des marchés publics fixent le régime de la sous-traitance

IV.2.4.1. LA SOUS-TRAITANCE NE PEUT PORTER SUR LA TOTALITÉ DU MARCHÉ

L'article 112 du Code des marchés publics n'autorise qu'une sous-traitance partielle des prestations du marché. 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 pas à rendre inefficaces les contraintes techniques exigées du titulaire du marché.

IV.2.4.2. 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.

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

IV.2.4.3. L'AGRÈMENT DES CONDITIONS DE PAIEMENT DES SOUS-TRAITANTS

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.

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 l'étranglement financier du 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.

IV.2.4.4. LES MODALITÉS DE PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT

Ces modalités sont prévues par les articles 115 et 116 du Code des marchés publics.

L'article 115 1^o alinéa 1 prévoit notamment le paiement direct lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 €

IV.2.5. LES PRIX

IV.2.5.1. LA FIXATION ET LA DÉTERMINATION DÉTAILLÉE DES PRIX (ARTICLES 16 À 18 DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS)

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 obtenir un prix forfaitaire, il faut le préciser 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.

IV.2.5.2. LA RÉVISION, L'AJUSTEMENT ET L'ACTUALISATION

A/ Un marché est conclu à **prix ferme** dans le cas où cette forme de prix ne serait 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 faut 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.

B/ Un marché est dit à **prix 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 ;
- qui font l'objet de livraisons échelonnées sur une assez longue durée.

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 dans le cahier des charges du marché.

C/ Un marché est dit à **prix révisable** lorsqu'il 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'étranger, frais généraux) peuvent être recherchés dans le bulletin mensuel de statistique édité par l'I.N.S.E.E. et dans le bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.