PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Richard Ganem
Pascal Bouret

Les Marchés publics d'informatique

02332 4043

67
35

QUE SAIS-JE ?

Les marchés publics d'informatique

RICHARD GANEM

Diplômé d'Études approfondies en droit public
Formateur agréé CCM
Chef du service des affaires juridiques
et de l'administration du siège
INRIA (Institut national de recherche en informatique
et en automatique)

PASCAL BOURET

Docteur en droit
Formateur agréé CCM
Chef de la division du financement et de la logistique
de l'Établissement national des invalides de la marine (ENIM)



16
D2 MON
1717

ISBN 2 13 048925 7

Dépôt légal — 1re édition. : 1997, novembre

© Presses Universitaires de France, 1997
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

INTRODUCTION

Dans toute collectivité, publique ou privée, les achats d'informatique représentent, aujourd'hui, un investissement humain, matériel et organisationnel tel qu'ils en engagent et en conditionnent le fonctionnement et même la pérennité. Dans le secteur public, la continuité des missions et des activités, l'adaptabilité des conditions de leur mise en œuvre constituent les fondements mêmes du service public « à la française ». Sur cette base, c'est une obligation pour les collectivités publiques, leurs responsables et leurs agents, de réussir l'acte d'achat, financé par les deniers publics ainsi que de maîtriser les modes de passation et les techniques contractuelles relatives aux marchés publics[1]. Ils doivent aussi prévenir les risques contentieux, de nature civile ou pénale, dans un contexte marqué depuis le début des années 1990 par une inflation des textes législatifs et réglementaires sans précédent et par une augmentation inédite des cas de mise en jeu de la responsabilité d'élus et de certains de leurs collaborateurs.

L'environnement technique est évidemment prédominant ; les aspects réglementaires et juridiques « ordinaires » se doublent d'un régime propre aux marchés publics d'informatique et de l'applicabilité, en ce qui touche les logiciels, du droit de la propriété littéraire et artistique, pendant longtemps ignoré de l'Administration. D'où la grande complexité qui caractérise la préparation, la passation, la rédaction et l'exécution des marchés publics d'informatique.

Le présent ouvrage se propose de faire le point sur les trois premiers de ces aspects, avant la promulgation d'un nouveau Code des marchés publics, en chantier depuis deux ans.

1. Il est rappelé qu'un marché public est un contrat, passé par une personne publique, ayant pour objet la réalisation de travaux, fournitures ou services. Ses caractéristiques découlent des articles 1er, 39 ou 250 du Code des marchés publics.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES

BOCCRF	*Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CCAG/FCS	Cahier des clauses administratives générales / Fournitures courantes et services
CCAG/MI	Cahier des clauses administratives générales / Marchés industriels
CCAG/PI	Cahier des clauses administratives générales / Prestations intellectuelles
CCAP	Cahier des clauses administratives particulières
CCDA	Commission de coordination de la documentation administrative
CCITT	Comité consultatif international pour le téléphone et le télégraphe
CCM	Commission centrale des marchés
CCTP	Cahier des clauses techniques particulières
CEI	Comité électronique international
CEN	Comité européen de normalisation
CENELEC	Comité européen de normalisation électrotechnique
CEPME	Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises
CERFA	Centre d'étude et de révision des formulaires administratifs
CIIBA	Comité interministériel pour l'informatique et la bureautique dans l'Administration
CMP	Code des marchés publics
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COMIB	Commission ministérielle de l'informatique et de la bureautique
COSIFORM	Commission pour la simplification des formalités incombant aux entreprises
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSMI	Commission spécialisée des marchés d'informatique
GCCQ	Groupe de coordination pour la construction de la qualité
GPEM	Groupe permanent d'études des marchés
INPI	Institut national de la propriété industrielle
ISO/OSI	International standard organisation ou OSI en français
JOCE	*Journal officiel des communautés européennes*
JORF	*Journal officiel de la République française*
PAQL	Plan d'assurance qualité logiciel
PRM	Personne responsable du marché
RMP	*Revue des marchés publics*
SERICS	Service des industries de communication et de services
SSII	Société de services, d'ingénierie et d'informatique

PREMIÈRE PARTIE

LA SPÉCIFICITÉ DES MARCHÉS PUBLICS D'INFORMATIQUE

Chapitre I

L'ENVIRONNEMENT DES MARCHÉS PUBLICS D'INFORMATIQUE

Secteur par nature et par vocation pluridisciplinaire, les marchés publics d'informatique évoluent dans un contexte où les aspects technico-commerciaux et économiques s'avèrent prépondérants. De leur côté, les aspects juridiques se caractérisent par leur diversité, leur multiplicité et leur complexité, marqués autant par le droit privé que par le droit public.

On présentera ainsi leur environnement sous un triple éclairage : technique, économique et juridique.

I. — L'environnement technique

L'on examinera les deux points suivants : terminologie et normalisation.

1. **La terminologie informatique.** — L'existence d'un vocabulaire informatique, en France, est surtout liée

au problème de la protection de la langue française. La loi n° 94-665 du 4 août 1994 a élargi le champ d'application et renforcé les dispositions de la loi du 31 décembre 1975, première du genre. Elle est intervenue après la modification de la Constitution en 1992 qui a fait du français la langue de la République.

Ainsi est interdite la présence d'expressions ou de termes étrangers, lorsqu'il existe une expression ou un terme français équivalent, approuvé par un arrêté ministériel et rendu obligatoire l'emploi de la langue française dans deux cas : dans la documentation technique d'un produit, d'un bien ou d'un service ; dans la rédaction de contrats auxquels sont parties une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public.

A ce jour, cinq arrêtés relatifs à l'enrichissement du vocabulaire informatique ont été publiés[1].

2. **La normalisation technique.** — La recherche d'un consensus entre constructeurs et utilisateurs sur des règles techniques communes permettant le passage de l'informatique entre deux systèmes et aussi la participation de deux systèmes pour l'exécution de tâches partagées apparaît comme une des finalités principales actuelles de la normalisation. C'est dans les marchés publics que la référence aux normes applicables s'est vue reconnaître un aspect obligatoire. Cette obligation déjà ancienne au plan international a été reconnue au plan européen depuis le 1er février 1988 jusqu'à devenir une nécessité technique autant que juridique dans le domaine de l'informatique.

A) *L'obligation de référence aux normes.*

a) Les textes généraux. Le second alinéa des articles 75 et 272 du Code des marchés publics (CMP) pose le principe selon lequel « les prestations sont définies par référence aux normes homologuées ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux sous les conditions prévues au

1. Les termes approuvés par ces arrêtés sont regroupés dans *Le Dictionnaire des termes officiels de la langue française* publié par le *Journal officiel,* brochure n° 1468. Les listes de termes régulièrement publiées au *Journal officiel* peuvent être consultées par Minitel 36-17 NORMATERM.

décret n° 84-74 du 26 janvier 1984[1] modifié fixant le statut de la normalisation ».

De son côté, l'article 13 de ce dernier décret reprend le même principe : « ... l'introduction ou la mention explicite des normes... est obligatoire dans les clauses, spécifications et cahiers des charges des marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils prévus aux articles 123 et 321 CMP passés par les personnes soumises aux dispositions des livres II et III. »[2]

Enfin, une circulaire du Premier ministre en date du 5 juillet 1994[3] a précisé la portée de l'obligation de référence aux normes. Il en découle un certain ordre de priorité des normes qui s'étagent sur au moins trois niveaux différents :

— *Les normes européennes :* dites « harmonisées », elles proviennent de directives définissant les exigences essentielles des produits dans les domaines exclusifs de la santé, de la sécurité et de l'environnement et sont transposées automatiquement par l'Association française de normalisation (AFNOR) en normes françaises homologuées applicables alors dès le jour de leur publication.

— *Les normes internationales :* en l'absence de normes européennes, la réglementation communautaire invite les acheteurs publics à se référer en priorité aux normes nationales transposant les normes internationales. Par ailleurs, il doit être fait référence aux normes étrangères applicables en France en vertu d'un accord international.

— *Les normes nationales :* en l'absence de normes transposant des normes européennes ou internationales, on fera référence aux normes nationales homologuées en ajoutant la mention « ou autres reconnues équivalentes ».

b) Possibilité de dérogation. Cette possibilité est reconnue par l'article 18 du décret du 28 janvier 1984 déjà cité. Ainsi, est-il prévu qu'en cas de difficultés dans l'application des normes homologuées il peut être dérogé à l'obligation d'introduire ou de mentionner explicitement les normes applicables. Pour les marchés de fournitures nécessitant une publication communautaire, les avis publiés doivent indiquer les motifs de dérogations éventuelles.

Sur le plan national, les dérogations sont justifiées dans le rapport de présentation prévu aux articles 203 et 312 *ter* du CMP. Dans la plupart des cas, l'AFNOR doit être informée au moyen

1. *JORF* du 1er février 1984, p. 490.
2. Les collectivités territoriales y sont soumises depuis l'intervention du décret n° 86-450 du 13 mars 1986, *JORF* du 16 mars 1986.
3. *JORF* du 26 août 1994, p. 12391-12393.

d'un document dont le modèle est annexé à la circulaire du 5 juillet 1994.

c) Dispositions particulières au domaine des technologies de l'information et des télécommunications. Une décision n° 87/95 du Conseil des communautés européennes[1] qui a fait l'objet de la recommandation du groupement permanent d'études des marchés « informatique et communication » C. 1.89, adoptée le 29 mai 1989[2], applicable directement en droit interne depuis le 1er février 1988, a eu pour objet principal de confirmer l'obligation de référence aux normes européennes (norme de base: EN) et aux normes internationales quand elles sont acceptées par le pays et la collectivité contractante et de l'élargir aux prénormes européennes (ENV), normes prospectives d'application provisoire devant être converties en normes européennes dans les trois ans. Toutefois, cette mesure ne concerne que les marchés de fournitures d'un montant supérieur à 100 000 écus, ayant pour objectif de permettre l'échange de données et d'informations ou l'interopérabilité des systèmes. Elle concerne autant les marchés d'achats que ceux de location ou de crédit-bail.

Des dérogations sont prévues au-delà de ce seuil dans certains cas.

d) Aspects pratiques. L'obligation de référence aux normes ne s'applique, il faut le rappeler, qu'en ce qu'elle couvre une exigence du cahier des charges. Obligation informative, elle doit alors être mise en œuvre par l'acheteur autant dans les documents précontractuels (avis d'appel public à la concurrence, cahier des charges fonctionnel) que contractuels (CCTP, CCAP). Obligation opérationnelle, elle s'impose à toute entreprise participant à une consultation lancée par une collectivité publique (appel d'offres, négociation).

B) *L'état actuel des normes applicables.*

a) Le domaine d'application. Le domaine d'application couvert par la décision n° 87/95/CEE englobe toutes les normes qui peuvent servir de base à l'échange d'informations et de données et à l'interfonctionnement des systèmes. Les principales concernent ainsi l'échange des données informatisées, les télécommunications, mais aussi les supports matériels utilisables lors des échanges (bandes magnétiques, disques et disquettes). Parallèlement, il ne faut pas oublier que la référence à une norme non obligatoire constitue toujours une facilité pour l'acheteur:

1. *JOCE* du 7 février 1987.
2. *BOCCRF* du 29 janvier 1989, p. 166.

ainsi, pour les architectures de données ou les standards de programmation.

b) Le modèle OSI. Des normes ont été élaborées progressivement pour chacune des sept couches du modèle. De plus, pour assurer une interprétation unitaire et donc permettre une utilisation homogène des normes de base contenant un nombre élevé d'options, il s'est avéré nécessaire de réaliser des assemblages de normes préexistantes et de spécifier les options résiduelles grâce à des profils d'applications. Les normes et prénormes européennes (EN et ENV) actuelles, au nombre de plusieurs dizaines, constituent la base de ces profils, fixant les conditions d'utilisation des normes internationales OSI en Europe.

Les profils couvrent aujourd'hui : le transport de l'information à travers les réseaux de paquets, de circuits, les réseaux locaux et le RNIS (réseau national interservices) ; la gestion d'applications diverses : services télématiques, de messagerie, de transfert de fichiers, etc.

c) Les instruments méthodologiques au plan européen. On peut citer le projet EPHOS visant à harmoniser les documents servant de base à la mise en concurrence dans les marchés publics, et le projet EUROMÉTHODE visant à faciliter de son côté l'évaluation des propositions des fournisseurs.

On retiendra que la normalisation, outil indispensable de réalisation d'un bon achat, se caractérise actuellement par la superposition de deux systèmes normatifs, l'un européen, l'autre national à l'initiative de chaque pays membre de l'Union économique européenne, une prise en compte de plus en plus en amont dans le cycle « conception/industrialisation/commercialisation », une accélération du rythme des procédures, le foisonnement d'organismes parallèles et l'absence de vue d'ensemble qui en résulte des évolutions en cours, enfin l'importance des enjeux en présence.

II. — L'environnement économique

Il va être présenté au point de vue de l'offre commerciale des entreprises. Fournisseurs et acheteurs sont deux familles d'acteurs évoluant chacune dans un contexte particulier. Le marché pour les premiers, qui conditionne l'élaboration et la formalisation de l'offre, la définition de leurs besoins et les contraintes juridiques et comptables pour les seconds, qui imposent un mode propre d'analyse de l'offre.

1. Élaboration et formalisation de l'offre commerciale.

A) *Le marché.* — En 1995, les dépenses d'informatique en France ont représenté environ 100 milliards de francs, le poids de la commande publique (État, collectivités locales et entreprises publiques) comptant pour environ 15 % de l'ensemble. Cela étant, l'on a constaté sur la période 1994-1996 un accroissement des commandes de logiciels de plus de 6 % et corrélativement une baisse sensible des commandes de matériels de l'ordre de 3 à 4 %.

L'offre technique et commerciale des fournisseurs est fortement marquée par ces données de base.

B) *L'offre proprement dite.* — Quel que soit son client, la démarche commerciale du fournisseur est toujours la même : cibler les clients potentiels, hiérarchiser les priorités d'actions, en termes d'opportunités, promouvoir son apport personnel, se faire connaître, ce qui implique l'établissement de liens de confiance.

Au niveau technique, les technologies évoluent très vite. Un délai moyen de six mois est observé entre chaque annonce de nouveaux produits, et les matériels sont de plus en plus fiables permettant aux fournisseurs d'offrir des garanties plus longues (un an, deux ans, même parfois trois années et plus sur certains éléments matériels (disques)). Au niveau financier, l'offre est non seulement dépendante du marché mais également du mode procédural choisi par la personne publique ou des contraintes réglementaires ou contractuelles : marché à bons de commande, marché à tranches conditionnelles, marché à lots, prix forfaitaires, obligations de moyens ou de résultats. Ce sont autant de paramètres qui vont influer sur son montant. Ce dernier dépend aussi des politiques de remise, de promotions exceptionnelles, de garantie prolongée et de services supplémentaires offerts en sus de la fourniture principale.

2. **Analyse de l'offre.** — Les candidats aux marchés publics expriment dans leur offre la réponse qui doit permettre de satisfaire les besoins des collectivités publiques. Il sera procédé à une analyse de l'offre sur la base de plusieurs critères, qui aboutit à une décision du choix du fournisseur et à la motivation et l'information de ce choix.

A) *Les critères de choix.* — Il convient de distinguer entre les critères de sélection des candidatures et les critères d'appréciation des offres :

Les critères de sélection des candidatures : la liste des candidats admis à présenter une offre est établie en tenant compte des garanties professionnelles et financières présentées par chacun d'eux. Au titre des premières seront examinés les moyens techniques, les effectifs, les références de l'entreprise. Au titre des secondes, sera vérifiée l'aptitude du candidat à assumer le risque financier du marché jusqu'en fin d'exécution. Il doit également produire les certificats fiscaux et sociaux attestant des déclarations et du paiement des impôts et des cotisations sociales.

Au stade de l'examen des candidatures, la personne publique peut décider de limiter le nombre de candidats admis à déposer une offre, après l'avoir précisé au préalable dans l'avis d'appel public à la concurrence ; de faire appel à des candidats n'ayant pas répondu à la publicité si leur nombre apparaît insuffisant.

Les critères d'appréciation des offres : les offres reçues seront jugées en tenant compte de plusieurs critères, indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation, hiérarchisés et classés par ordre décroissant d'importance. Ceux tirés du Code des marchés publics sont au nombre de quatre : le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique et le délai d'exécution. Il peut en être ajouté d'autres, sous réserve qu'ils soient spécifiés dans le règlement de la consultation et justifiés par

l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Cette analyse des offres, qui repose sur une pondération de chaque critère, en cas d'appel d'offres, fonde la notion du « mieux-disant ». On ne la confondra pas avec celle de « moins-disant », impliquant l'attribution automatique du marché à l'entreprise dont l'offre est la moins chère (ce qui ne peut advenir qu'en cas d'adjudication).

B) *La décision du choix.* — Il peut être fourni dans le dossier de consultation des entreprises une grille de réponse, à remplir par chaque entreprise et appelée à servir pour le dépouillement des offres. Dans le domaine de l'informatique, il est effectivement essentiel d'acquérir une bonne connaissance des produits proposés, ce qui ne se déduit pas toujours des offres reçues, souvent élaborées par des professionnels du marketing. Ainsi la grille de réponse sera axée non seulement sur les produits : qualité, conception, performances, fonctionnalités, délais de livraison et de réalisation, mais également sur les services : assistance, formation, garantie, maintenance, suivi logiciel et sur des engagements précis de délais d'intervention et de réparation. On sera également soucieux d'apprécier les produits disponibles dans le futur en demandant les évolutions à venir, afin de repérer la capacité d'évolution d'une offre.

Le choix de l'entreprise retenue appartient à la personne responsable du marché pour l'État et ses établissements publics et à la commission d'appel d'offres pour les collectivités locales et leurs établissements publics (sauf en cas de marché négocié pour ces dernières).

C) *La motivation et l'information du choix.* — Toute collectivité publique est tenue de motiver son choix au regard de ses autorités de contrôle. Cette motivation apparaît dans le rapport de présentation dont le modèle est fixé par un arrêté du ministre de l'Écono-