

Principaux écueils dans les marchés publics ICT

France Vlassembrouck

- I. OBJET DU MARCHE
- II. CHOIX DU MODE DE PASSATION
- III. SELECTION ET ATTRIBUTION
- IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES
- V. REGULARITE DES OFFRES
- VI. INFORMATIONS ET CONFIDENTIALITE

I. OBJET DU MARCHE

– PRODUITS ET SERVICES: DEFINITIONS ET APPLICATIONS

a) Fournitures

“contrat à titre onéreux conclu entre un fournisseur et un pouvoir adjudicateur ayant pour objet l’acquisition, par contrat d’achat ou d’entreprise, la location, la location-vente ou le crédit-bail, avec ou sans options d’achat, de produits” (art. 5, al. 1er, 2^e tiret, Loi 24/12/1993)

- Achat, location, leasing de hardware
- Achat d’un logiciel existant : operating system -pour autant qu’il n’est pas compris dans le hardware-; progiciel système (MS Office, shell Linux, ...), progiciel applicatif (ERP, progiciel comptable, ...)

I. OBJET DU MARCHE

b) Services

“contrat à titre onéreux conclu entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet des services visés dans l’annexe 2 de la loi” (art. 5, al. 1er, 3^e tiret, Loi 24/12/1993)

- Acquisition d’un logiciel sur mesure
- Services d’implémentation
- Consultance

I. OBJET DU MARCHE

c) Quid des marchés mixtes ?

- Achat de hardware et services de maintenance et de support
- Achat de logiciel et services d'implémentation

=> Qualification déterminée par la partie du marché ayant la valeur estimée la plus élevée

I. OBJET DU MARCHE

B. OBJET DETERMINE OU DETERMINABLE

CE, 9 mars 2011, n°211.865

Marché ouvert pluriannuel ou à bons de commande (avec un minimum): marché de services relatif à la mise à disposition de personnel spécialisé en informatique pour la conception, le développement, l'exploitation et la maintenance d'applications informatiques pour le pouvoir adjudicateur

= marché à bordereau de prix, déterminé quant à son objet mais non quant aux quantités

+ faculté pour le pouvoir adjudicateur d'adapter ses commandes à ses besoins, évolutifs et conjoncturels (renfort-obligation de moyen)

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

A. TROIS MODES DE PASSATION

- **L'adjudication publique et restreinte (toujours avec publicité):**
libre choix
- **L'appel d'offre général et restreint (toujours avec publicité):**
libre choix
- **La procédure négociée (avec ou sans publicité):**
dans les secteurs classiques: décision motivée sur la base d'un des cas de procédure négociée avec ou sans publicité, limitativement énumérés par la loi

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

a) Adjudication (art. 15, Loi 24/12/1993)

Le marché doit être attribué au soumissionnaire régulier le plus bas

=> Un seul critère d'attribution: le prix. Adéquation pour les marchés informatiques ?

b) Appel d'offres (art. 16, Loi 24/12/1993)

Le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante/économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur

=> En principe, deux ou plusieurs critères d'attribution

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

c) Les procédures négociées (art. 17, Loi 24/12/1993)

Le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante/économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur au terme des négociations

Liberté de négociation, sauf pour les marchés européens dans les secteurs classiques: faculté de négocier les conditions du marché limitée au contenu des offres

=> En principe, critères d'attribution

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

B. ANALYSE DE QUELQUES CAS DE PROCEDURE NEGOCIEE

Rappel: interprétation stricte des cas de procédure négociée (dérogation au principe de mise en concurrence) + charge de la preuve dans le chef du pouvoir adjudicateur

a) Procédures négociées avec publicité

“Dans le cas d’un marché public de services: la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d’adjudication ou d’appel d’offres” (art. 17, §3, 4°, Loi 24/12/1993)

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

=> Recours à cette procédure par le Ministère de la Communauté flamande pour l'outsourcing de la fonction informatique

Selon le Ministère de la Communauté flamande: impossibilité de fixer un prix global et de spécifier de manière suffisamment précise le marché

>< Cour des Comptes: un certain nombre de services visés avaient été attribués, dans le passé, selon les procédures classiques + le Ministère de la Communauté flamande a créé lui-même l'impossibilité de décrire de manière suffisante les services futurs pour des motifs économiques ("schaalvoordelen")

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

=> CE, 24 août 2006, n° 161.963, *Proconsultant informatique*

“Considérant que le marché litigieux a été attribué par procédure négociée après que deux appels ont été lancés en vue de l’attribuer par appel d’offres; qu’il résulte du dossier administratif que les procédures d’appel d’offres se sont révélées peu avantageuses notamment en raison de l’évolution rapide de la technologie dans le domaine considéré, cette procédure nécessitant des délais tels que la technologie retenue serait déjà obsolète ou peu s’en faut; qu’au terme du second appel d’offres, la partie adverse a pu, sans commettre d’erreur manifeste d’appréciation, s’estimer de ce fait en présence d’une situation où la nature des services à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d’adjudication ou d’appel d’offres”

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

=> Conditions

- Services (intellectuels ?)
- Nature spécifique de la prestation de services rendant impossible l'établissement précis des spécifications
 - > spécifications: exigences du projet et non spécifications techniques
- Impossibilité d'établir de manière précise les spécifications rendant impossible l'attribution selon les modes classiques
 - > dialogue nécessaire avec les soumissionnaires

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

b) Procédures négociées sans publicité

“les (...) fournitures ou services ne peuvent en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d’exclusivité, être confiés qu’à un (...) fournisseur ou prestataire de services déterminé” (art. 17, §2, 1° f, Loi 24/12/1993)

=> 2 conditions cumulatives pour l’hypothèse “spécificité technique”:

- Existence d’une spécificité technique des produits/services faisant l’objet du marché
- Spécificité technique rendant absolument nécessaire d’accorder ledit marché à une entreprise déterminée

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

=> Cas d'application:

- Compatibilité plus difficile ou plus onéreuse ? Non
- Bon passé ? Non
- Expérience acquise unique ? Fonction de l'état d'avancement de la technique et du caractère répandu du projet
- CE, 15 juillet 2008, n°185.406, *Esri Belux*
 - * décision de la Ville de Genk de s'affilier au système GIS (système informatique géographique intégré) de la Ville de Louvain
 - * recours à la procédure analysée pour l'acquisition de modules spécifiques (G@lileomodules) et du software de base (Smallworld software)

II. CHOIX DU MODE DE PASSATION

- * pas de démonstration par la Ville de Genk que l'emploi des modules G@lileo constituait la seule manière de répondre aux besoins du système intégré GIS, ni que l'utilisation du logiciel Smallworld était la seule technique informatique possible => illégalité

III. SELECTION ET ATTRIBUTION

A. RAPPEL DE LA DISTINCTION SELECTION/ATTRIBUTION

=> Les critères de sélection portent sur la capacité de la personne du soumissionnaire (sur les plans économique, financier et technique) à mener à bien le marché

Distinction entre critères de sélection sensu lato et sensu stricto

Les critères d'attribution concernent la qualité intrinsèque de l'offre même

III. SELECTION ET ATTRIBUTION

- => - Procédures ouvertes: sélection et attribution en une phase
- Procédures restreintes et, souvent, négociées: sélection et attribution en deux phases:
 - * il y a, en premier lieu, une décision de sélection. Seuls les candidats sélectionnés sont invités à déposer une offre
 - * ensuite, le marché sera attribué

En toute hypothèse, distinction claire entre sélection et attribution (deux opérations distinctes)

III. SELECTION ET ATTRIBUTION

B. DISTINCTION OU CONFUSION: PROBLEMATIQUE DE L'EQUIPE DU PRESTATAIRE DE SERVICES PROPOSEE

- **Critère de sélection: la personne du soumissionnaire jugée sur la base de l'expérience de son personnel en général ?**
- **Critère d'attribution: la personne des membres de l'équipe du soumissionnaire qui exécuteront concrètement les services ?**

III. SELECTION ET ATTRIBUTION

CE, 27/09/2005, n°149.414, *Ernst & Young / BTC*

- Lien clair avec la spécificité de l'objet du marché
- Expérience spécifique en matière de coopération au développement de l'équipe affectée peut servir de critère d'attribution

+ CE, 10/10/2006, n°163.337, *Gems International*

+ CE, 26/04/2007, n°170.589, *Soresma*

+ CE, 08/06/2009, n°193.924, *Securitas Transport Aviation Security*

+ CE, 25/05/2010, n°204.259, *Aubay*

III. SELECTION ET ATTRIBUTION

MAIS CJCE, 24/01/2008, C-532/06 – Lianakis

**+ CJCE, 12/11/2009, C-199/07,
*Commission/République hellénique***

III. SELECTION ET ATTRIBUTION

C. POC (PROOF OF CONCEPT): CRITERE D'ATTRIBUTION?

CE, 25 mai 2010, n° 204.259, Aubay

- **Appel d'offres général avec critères d'attribution: le prix (40 %) et la valeur technique du service proposé sur la base du POC (60 %), avec 8 sous-critères pondérés**

Désignation, dans l'offre, d'un analyste et de deux programmeurs du personnel du soumissionnaire qui participeront au POC, avec CV et description précise et complète de leur identité et de leurs compétences théoriques et pratiques

III. SELECTION ET ATTRIBUTION

- **Selon le CE, valeur technique sur la base du POC = critère d'attribution et non de sélection:** la valeur technique est à apprécier selon une évaluation faite par le pouvoir adjudicateur d'un exercice développé après l'ouverture des offres et réalisé par chaque soumissionnaire

Il s'agit d'analyser et de programmer, sur la base d'un dossier conceptuel, un module d'application d'une complexité moyenne qui devra fonctionner sur la plate-forme installée et maintenue par l'administration

- **Selon le CE, les offres ne comportent aucun volet sur le critère d'attribution "valeur technique"**, seules les grandes lignes des prestations étant prévues à l'annexe E du CSCh => élément prépondérant de la valeur intrinsèque des offres examiné non sur la base des offres remises au jour du dépôt des offres mais sur la base d'une évaluation des prestations postérieures => illégal

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

A. MENTION DE PRODUITS DE FABRICATION OU D'ORIGINE DETERMINEE ?

a) Art. 83bis e.s., AR 08/01/1996

=> Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence

=> Le pouvoir adjudicateur inclut les spécifications techniques dans les documents du marché

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

=> Interdiction de produits de fabrication ou d'origine déterminée (art. 85, 1er al., AR 08/01/1996)

(i) Principe

Il est interdit d'introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises, même si, par ex., les procédés ne sont plus protégés par des droits de propriété intellectuelle

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

- *“Est notamment interdite l'indication de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée”*
- Condition de l'interdiction: spécifications favorisant ou éliminant certaines entreprises

Pas le cas si toutes les entreprises utilisent le même procédé (preuve ?) ou si le produit est fabriqué par une seule entreprise

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

(ii) Exceptions

- Les spécifications sont justifiées par l'objet du marché

Appréciation en fait: CE, 26 mai 2006, n° 145.026, *Denys*

- ***“A titre exceptionnel, une telle indication accompagnée de la mention "ou équivalent", est autorisée lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés”***

Quid “équivalent” ? deux interprétations: ou le produit répond au standard pour l'accès au marché national d'origine; ou bien le produit atteint, ou même dépasse les exigences de prestation prescrites

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

b) Circulaires

(i) Circulaire de la Chancellerie du Premier Ministre du 23/06/2004

- Répète les principes de la loi
- Rappelle l'objectif : supprimer tout monopole et étendre autant que possible le champ de la concurrence
- Interdit de mentionner le nom de marque, même suivi des mots "*ou équivalent*"
- Donne quelques exemples, dont:
"la mention dans un marché informatique d'une marque d'un logiciel de connexion ou de microprocesseurs provenant d'un producteur déterminé", avec référence au fameux arrêt Unix (CJCE, 24/01/1995, C-359/93)
- Dit que les dérogations mentionnées à l'article 85, alinéa 2 sont de stricte interprétation (AR 08/01/1996: "exceptionnellement")

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

(ii) Circulaire complémentaire de la Chancellerie du Premier Ministre du 08/12/2006 (specifications techniques des microprocesseurs dans les marchés informatiques)

- Rappel de l'interdiction de mentionner des noms de marques (y compris les noms de processeurs-types tels que Intel et AMD)
- Mention de la capacité de traitement désirée des processeurs n'est pas suffisant: il est recommandé d'utiliser des "benchmarks"
- Annexe technique du Fedict avec la description des benchmarks pour les desktops, notebooks, serveurs et postes de travail
- Énumération (non limitative) des benchmarks d'usage

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

Observations concernant la circulaire du 08/12/2006

- Difficulté de choisir les benchmarks justes et pertinents
- L'interprétation du benchmark par le pouvoir adjudicateur demande une grande compétence technique
- Dans le cas où les machines proposées doivent être testées par rapport au benchmark utilisé: d'abord investir dans un logiciel de benchmarking = investissement de quelques milliers d'euros !

IV. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

B. Service Level Agreements (SLA)

- Détermination du niveau de service attendu
- Pour des marchés de services (p.ex. contrats de maintenance, services télécom,...)
- L'engagement de moyens devient un engagement de résultat
- Le niveau de qualité des services doit pouvoir être établi d'une façon mesurable
 - P.ex.: temps d'intervention ou de réparation après un appel
 - P.ex.: pourcentage de disponibilité d'une connexion télécom
- Dispositions claires : qui va enregistrer le niveau des prestations et selon quelle méthode
- Le non respect de l'engagement de qualité doit être sanctionné (financièrement via pénalités et/ou amendes spécifiques)

V. REGULARITE DES OFFRES

A. RESERVES

- **Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du CSCh, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et, partant, comme nulles les offres qui expriment des réserves (art. 110, §2, AR 08/01/1996)**
- **Réserve lorsque le soumissionnaire refuse d'exécuter le marché conformément aux prescriptions du CSCh ou fait dépendre un certain point d'une condition non prévue dans le CSCh et dans la réglementation des marchés publics**
- **Seule une réserve affectant un élément essentiel de l'offre entraîne la nullité absolue de celle-ci**

V. REGULARITE DES OFFRES

- Ex: CE, 8 juin 2007, n° 172.065, *Priminio*

Réserves substantielles:

- * par rapport au délai de validité des offres fixé par le CSCh au 5 septembre 2007: faire dépendre la validité de l'offre d'une notification du marché au plus tard le 1er juin 2007
- * par rapport aux QP (40.000 postes client): exiger l'engagement du pouvoir adjudicateur d'acquérir 40.000 postes

V. REGULARITE DES OFFRES

B. RECTIFICATION DES ERREURS MATERIELLES

- **Art.111, AR 08/01/1996: possibilité pour le pouvoir adjudicateur de rectifier les erreurs purement matérielles, en recherchant, par tous moyens, l'intention réelle du soumissionnaire**

*“**Notamment** en analysant l’offre et en comparant ses prix à ceux des autres soumissionnaires et les prix couramment pratiqués” => aussi sur la base des explications du soumissionnaire: CE, 9 mars 2011, n°211.865*

V. INFORMATION ET CONFIDENTIALITE

A. OBLIGATION DANS LE CHEF DU POUVOIR ADJUDICATEUR

- **Art. 65/4, 65/5 et 65/8 , Loi 24/12/1993:** communication de la décision motivée d'attribution, dûment motivée en droit et en fait
- **Art. 65/10:** certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises

V. INFORMATION ET CONFIDENTIALITE

=> Comment combiner ?

CE, 9 mars 2011, n°211.865:

- Prix revêtant un caractère confidentiel comme souligné par certains soumissionnaires dans leur offre (>< CE, 9 avril 2009, n°192.276, *Imtech Telecom*)
- Lecture combinée des dispositions 65/5, 65/8 et 65/10: le pouvoir adjudicateur peut estimer qu'il n'est pas possible de reproduire les explications du rapport d'analyse des offres dans la décision d'attribution sans rendre publics certains éléments constitutifs des prix du soumissionnaire-adjudicataire

V. INFORMATION ET CONFIDENTIALITE

B. OBLIGATION DANS LE CHEF DE L'INSTANCE DE RECOURS

Art. 65/26, Loi 24/12/1993: obligation d'assurer la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur qui est tenu de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant lui-même connaître de telles informations et les prendre en considération.

Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure, et selon quelles modalités, il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable

COORDONNEES

France Vlassembrouck

Loyens & Loeff

Rue Neerveld 101-103

1200 Bruxelles

Tél.: 02/743.43.17

E-mail: france.vlassembrouck@loyensloeff.com