

Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (Dispositions générales)

28/08/2001

Abrogée par la *circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics*

TITRE II DISPOSITIONS GENERALES Chapitre Ier Détermination des besoins à satisfaire

Article 5

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 concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

5.1. Importance de la définition des besoins.

On ne saurait trop insister sur l'importance de la définition des besoins de la personne publique. Ceux-ci doivent être identifiés avec précision en amont par les services utilisateurs. Cette phase préalable est essentielle, car le choix de la procédure et sa réussite dépendent de leur identification. Il convient donc de prendre le temps nécessaire pour une bonne appréciation de ces besoins.

Une parfaite évaluation des besoins n'est pas seulement une exigence juridique mais également une condition essentielle pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques.

Le marché ne peut avoir d'autre objet que de répondre exactement aux besoins de la personne publique.

Par besoins de la personne publique, on entend bien évidemment non seulement les besoins liés à son fonctionnement propre (exemple des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également tout le champ des besoins liés à son activité d'intérêt général et qui la conduisent à fournir des prestations à des tiers (transport scolaire par exemple).

Dans certains cas, l'étendue des besoins peut fortement varier suivant la durée de la période retenue et suivant le nombre de services auxquels la prestation est destinée. A cet égard, les marchés fractionnés (article 72) constituent un mode de contrat permettant de pallier les difficultés résultant de l'impossibilité, soit d'évaluer avec précision le volume ou le rythme des besoins à satisfaire lors de la conclusion du marché, soit de s'engager fermement sur la totalité de la prestation envisagée. Cependant, l'incertitude ne peut en aucun cas porter sur la définition même des besoins.

La bonne utilisation des deniers publics doit inciter les acheteurs à définir clairement leurs besoins, y compris lorsqu'ils envisagent, dans le respect des dispositions du code, de passer des marchés sans formalités préalables ou soumis à des modalités de passation allégées.

Dans le cadre de l'application de la loi MOP du 12 juillet 1985, le maître d'ouvrage a l'obligation en matière de constructions neuves comme en matière de réhabilitation ou de réutilisation d'exprimer son besoin en arrêtant le programme et l'enveloppe financière prévisionnelle de son opération.

5.2. La nécessité de professionnaliser l'achat public.

La personne responsable du marché est invitée à se faire assister dans sa tâche par un véritable " service acheteur ". Ce service aura pour mission de prendre en compte les besoins exprimés par les services utilisateurs, de les évaluer et de les traduire dans les documents relatifs aux marchés à passer ; il sera amené à participer non seulement à la préparation des documents nécessaires aux différentes étapes de la passation du marché (avis de publicité, règlement de la consultation, lettre de consultation le cas échéant, cahier des charges...), mais également à la définition préalable des éléments qui permettront, lors du processus de mise en concurrence et sur la base de critères objectifs adaptés à l'objet du marché, la sélection des candidats et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour aider l'acheteur public, un nouvel outil est disponible : la certification ISO des marchés publics.

Le recours à la certification ISO des procédures de marchés peut être utilisé afin de garantir la transparence et la régularité des passations, depuis le stade de la définition des besoins jusqu'à celui de l'attribution du marché. Cette démarche volontaire vise à concilier qualité et transparence, dont le niveau sera reconnu et concrétisé par un organisme extérieur à l'administration.

Afin de faire cohabiter exigences opérationnelles et juridiques, les personnes publiques peuvent soumettre leur processus d'achat à une démarche qualité, allant selon le cas de la tenue de simples réunions de planification des procédures à la description précise de processus de marchés.

Ces démarches qualité peuvent aboutir à la certification ISO des procédures d'achat public. Appliquée aux marchés publics, cette certification vise à prendre en compte simultanément trois exigences : régularité juridique, efficacité organisationnelle et économique en vue de la satisfaction de l'ensemble des acteurs concernés.

Selon son champ d'application, cette certification inclut l'identification, la définition, l'évaluation systématiques des besoins de la collectivité à l'occasion des phases d'élaboration, de passation et d'exécution des marchés publics, en vue de leur amélioration continue.

Ainsi mise en oeuvre, la certification aboutit notamment à garantir la conformité et la régularité des procédures d'achats aux règles du code des marchés publics et à professionnaliser les services opérationnels en les incitant à cerner et planifier les besoins et les procédures susceptibles d'y répondre.

Chapitre II Définition des prestations

Article 6

Pour les marchés autres que ceux qui sont mentionnés aux articles 28, 29 et 31, 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 des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

6.1. Obligation de référence aux normes.

Le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 modifié fixe le statut de la normalisation, en vue d'une meilleure intégration de la normalisation dans le contexte industriel et économique.

Alors qu'en règle générale les normes sont d'application volontaire, l'article 13 du décret précité a rendu la référence aux normes homologuées ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux obligatoire pour tous les marchés publics, sous réserve des exceptions suivantes :

- marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant inférieur à 90 000 Euro HT (article 28 du code) ;

- marchés passés sans formalités pour les achats de denrées alimentaires périssables sur foires et marchés ou sur les lieux de production dont le montant est inférieur au seuil de l'appel d'offres (article 29 du code) ;
- marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application des dispositions relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques (article 31 du code).

Le principe est donc l'obligation de faire figurer dans les documents généraux ou les cahiers des charges propres à chaque marché public les spécifications techniques qu'il est nécessaire de respecter.

La circulaire du 4 juillet 1986 modifiée par celle du 5 juillet 1994, publiée au Journal officiel du 26 août 1994, relative à la référence aux normes dans les marchés publics et les contrats soumis à certaines procédures communautaires, rappelle les principales règles applicables en la matière, résumées ci-après.

6.2. Détermination des normes à appliquer.

Pour l'établissement de ces spécifications techniques, il y a obligation de mentionner, lorsqu'elles existent, par ordre de priorité décroissant les références des normes suivantes :

- les normes nationales homologuées qui transposent les normes européennes ;
- les agréments techniques (par exemple, dans le secteur de la construction) ;
- les spécifications techniques communes (par exemple, dans le secteur des télécommunications) ;
- les normes internationales transposées ;
- les normes nationales homologuées (ne transposant pas de normes européennes).

Dès lors qu'une norme a été homologuée par l'Association française de normalisation (AFNOR), l'acheteur public doit veiller à l'appliquer.

Le recours aux normes internationales ou nationales ne peut avoir lieu que s'il n'existe pas de normes européennes sur le sujet donné.

Chaque année, l'AFNOR publie un catalogue des normes homologuées existantes ; il est recommandé à l'acheteur public de se le procurer ou de le consulter auprès de l'AFNOR, des délégations régionales ou centres associés, membres du réseau de consultation des normes françaises homologuées.

6.3. Dérogation à l'obligation de référence aux normes homologuées.

Il peut arriver que la référence aux normes homologuées ne paraisse pas possible à un acheteur public, soit en raison d'un besoin spécifique, soit en présence de produits innovants ne ressortissant pas totalement à la normalisation, soit enfin du fait d'une norme en retard sur l'état de la technique et non encore révisée. Dans ce cas, il existe une procédure de dérogation définie aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 18 du décret du 26 janvier 1984 modifié.

Ainsi, il peut être dérogé à l'obligation de référence aux normes dans les cas suivants :

- lorsque le caractère innovant du projet rend inapproprié le strict respect des normes ;
- lorsqu'il y a nécessité d'assurer la continuité opérationnelle d'un système existant afin de préserver l'homogénéité d'un parc ;
- lorsqu'il n'y a pas de moyen de vérifier de façon satisfaisante la conformité à la norme (absence de méthodes d'essais) ;
- lorsque le marché porte sur des armes, des munitions ou du matériel de guerre ;
- dans les contrats relevant des activités de réseaux, lorsque les normes européennes sont impropres à l'application particulière envisagée ou ne tiennent pas compte des développements techniques survenus depuis leur adoption.

L'AFNOR doit être avisée de cette dérogation.

6.4. Respect des règles de concurrence.

La référence aux normes ne doit pas aboutir à une distorsion de la concurrence.

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.

La référence à une marque n'est en principe pas admise.

Le décret précité prévoit ainsi explicitement que “ les clauses, spécifications techniques et cahiers des charges des marchés ... 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 ..., sauf lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché ... sans ces références. Dans ce dernier cas, de telles références sont autorisées lorsqu'elles sont accompagnées de la mention : "ou équivalent". ”

Par ailleurs, s'il n'existe pas de norme européenne, l'acheteur public se réfère aux normes nationales, mais en mentionnant dans le cahier des charges : “ ou autres normes reconnues équivalentes ”.

Dans ce cas, le candidat étranger peut apporter la preuve que les normes étrangères utilisées sont équivalentes aux normes citées dans le cahier des charges. Pour prouver cette équivalence, il a la possibilité de produire un document attestant une reconnaissance entre les instituts nationaux de normalisation ou entre les autorités administratives compétentes, ou d'établir un document comparatif des exigences des deux normes et assurer qu'il a répondu aux éventuels écarts, garantissant que le niveau de qualité atteint est identique au regard de la norme citée dans le cahier des charges.

Chapitre III

Coordination et groupement de commandes

Article 7

Au sein d'une personne publique, les services qui disposent d'un budget propre peuvent coordonner la passation de leurs marchés. A cette fin, un service centralisateur est désigné.

Le service centralisateur peut passer un marché, dans le cadre duquel les autres services émettent des bons de commandes.

Il peut aussi conclure une convention fixant le prix des prestations à réaliser et un marché type qui définit les prescriptions administratives et techniques à respecter ; chaque service passe ensuite son propre marché, aux conditions prévues par la convention de prix et le marché type. Les règles applicables à la passation des marchés types et conventions de prix sont celles qui sont prévues par le titre III du présent code pour la passation des marchés.

Le code ouvre la possibilité à une personne publique de coordonner les achats de ses services. Ce mécanisme est le pendant, au sein d'une même personne publique, de celui du groupement de commandes qui concerne la coordination des achats de plusieurs personnes distinctes.

7.1. Les services concernés.

Sont concernées les diverses personnes responsables des marchés relevant d'une même personne publique. La notion de personne responsable du marché est définie à l'article 20.

En conséquence, les services disposant d'une autonomie budgétaire, d'un “ budget propre ” au sein d'une même personne publique peuvent coordonner leurs achats, sans que la notion de budget ne soit prise au sens précis du droit budgétaire.

L'Etat étant une même personne morale, les dispositions de l'article 7 permettent, notamment, aux services ou aux directions d'un même ministère, voire de plusieurs ministères, de se coordonner pour passer leurs achats. Cela vaut également pour les établissements publics de l'Etat.

7.2. L'organisation de la coordination.

Elle implique la désignation d'un service centralisateur soit par les services qui décident de se grouper, soit par l'acte (le <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-dispositions-generales/>)

plus souvent un arrêté) qui attribue la qualité de personne responsable des marchés.

Une seule personne responsable des marchés a la charge d'organiser la procédure de marché pour l'ensemble des services. C'est la personne responsable des marchés du service coordonnateur qui aura la charge d'organiser la procédure de marché pour l'ensemble des services dont il coordonne les achats.

7.3. La définition des besoins.

Elle est réalisée selon des modalités différentes pour les deux hypothèses envisagées à l'article 7.

Dans le cas où le service centralisateur passe un marché dans le cadre duquel les autres services émettent des bons de commande, il appartient au service centralisateur d'apprécier le besoin global des services qui seront habilités à émettre des bons de commande.

Dans le second cas où le service centralisateur conclut une convention de prix dans le cadre de laquelle chaque service dont les achats sont coordonnés passe un marché type, les différents services coordonnés devront avoir au préalable défini et indiqué leurs besoins afin de permettre au service centralisateur d'évaluer l'économie générale du marché à passer. La procédure est alors lancée sur la base des besoins des services coordonnés.

7.4. Les deux procédures d'achats coordonnés.

Le service centralisateur a donc le choix entre deux formules.

7.4.1. La passation de plusieurs marchés.

Cette procédure n'est concevable que si la coordination concerne plusieurs personnes responsables des marchés, chacune passant au terme de la procédure un marché pour ce qui la concerne.

7.4.2. La passation d'un seul marché.

Dans ce cas, chaque service coordonné émet des bons de commande au sein d'un marché unique passé par le coordonnateur.

7.4.3. Le choix entre ces deux procédures.

Il doit s'opérer préalablement, en même temps que la désignation du service centralisateur.

Il convient en effet que les questions de compétence pour la passation et l'exécution du marché soient clairement et préalablement réglées, que la solution retenue soit qu'une seule autorité ait compétence pour passer le marché et que les autres soient habilitées à émettre des bons de commande dans le cadre du marché qu'elle a passé, ou que plusieurs autorités soient habilitées à passer des marchés distincts.

7.5. Le marché coordonné unique à bons de commande (passation d'un seul marché).

Il suit les règles de l'article 72 relatif aux marchés fractionnés.

Le marché doit indiquer expressément les services habilités à émettre des bons de commande dans le cadre du marché.

Le service centralisateur doit réaliser une estimation des besoins des services dont il assure la coordination et fixer le minimum et le maximum du marché dans le cadre duquel seront émis les bons de commande. En tout état de cause, il appartient au service centralisateur de suivre très précisément l'évolution de l'émission de ces bons de commande par les services afin de veiller à ce que les caractéristiques en montant ou en quantités prévues par le marché soient respectées (minimum et maximum en particulier).

S'agissant des marchés qui peuvent être passés sans minimum ni maximum (2°, éventuellement 3°, et 4° du I de l'article 72), chaque service doit exprimer le plus précisément possible la nature de ses besoins, le montant global du marché unique faisant l'objet d'une estimation. La procédure est choisie en fonction du maximum estimé du marché.

7.6. Convention de prix et marché type (coordination des achats conduisant à la passation de plusieurs marchés).

7.6.1. Etablissement d'une convention de prix et d'un marché type.

Le service centralisateur conclut une convention de prix et un marché type, documents spécifiques à la procédure de coordination des achats.

La procédure de passation des conventions de prix et des marchés types suit les règles de passation des marchés publics.

Elle est choisie en prenant en compte le montant estimé des besoins de tous les services coordonnés.

L'utilisation du marché à bons de commande de l'article 72 est possible. La somme des montants des marchés types passés par les services coordonnés doit s'inscrire dans le cadre des montants minimum et maximum globaux indiqués dans la convention de prix. La procédure est choisie en fonction du montant maximum de la convention de prix.

S'agissant des marchés passés sans minimum ni maximum (2°, éventuellement 3°, et 4° du I de l'article 72), chaque service doit exprimer le plus précisément possible la nature de ses besoins, le montant global de la convention de prix faisant l'objet d'une estimation. La procédure est choisie en fonction du maximum estimé du marché.

Dans la procédure de marché, le cahier des charges prend la forme d'un marché type, afin de permettre son adaptation aux différents marchés qui seront passés par chaque service coordonné. Le marché type vise ainsi à fixer les prescriptions techniques et administratives qui seront communes à tous les marchés passés par les services coordonnés.

L'offre de prix des candidats prend la forme d'une convention de prix, c'est-à-dire d'un engagement du titulaire sur le prix des différentes prestations qui feront l'objet des différents marchés. La convention de prix fixe ainsi, pour une prestation ou un ensemble de prestations, et pour une période définie, les conditions de détermination du prix en suivant les règles fixées aux articles 16 et suivants, ce qui inclut notamment la prise en compte de la variation des conditions économiques dans les conditions prévues par le décret mentionné à l'article 17.

Ces deux documents, marché type et convention de prix, sont des actes très importants qui engagent le titulaire et l'administration contractante.

7.6.2. Passation du marché.

Chaque service coordonné conclut avec le titulaire retenu (ou les titulaires dans les cas où cette possibilité est prévue), en application de la convention de prix et du marché type, un marché correspondant à ses besoins propres. Il est lié par les besoins qu'il a définis, qui ont été pris en compte pour la sélection du titulaire du marché et qui devront être précisés dans le marché que le service va conclure.

Chaque service précise en conséquence le marché type, en indiquant les prestations objet du marché, afin d'obtenir un cahier des charges clair. Les prix du marché sont repris de la convention de prix.

La passation de chaque marché coordonné doit être une simple application des conditions générales définies dans le marché type et dans la convention de prix. Elle ne peut pas donner lieu à modification ni à renégociation des conditions, notamment de prix ou de durée, définies dans la convention de prix.

Le marché type ne peut en conséquence se poursuivre au-delà de la limite de validité de la convention de prix.

Article 8

I. - Des groupements de commandes peuvent être constitués :

1° Soit par des services de l'Etat et des établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ou par de tels établissements publics seuls ;

2° Soit par des collectivités territoriales, par des établissements publics locaux, ou par des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ;

3° Soit à la fois par des personnes publiques mentionnées aux 1o ou 2o ci-dessus.

Des personnes privées, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial et des groupements d'intérêt public peuvent participer à ces groupements à condition d'appliquer les règles prévues par le présent code.

II. - Une convention constitutive est signée par les membres du groupement.

Elle définit les modalités de fonctionnement du groupement.

Elle désigne un des membres du groupement comme coordonnateur, chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un cocontractant. Les personnes mentionnées au quatrième alinéa du I ne peuvent exercer la fonction de coordonnateur.

Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés.

III. - Sont membres de la commission d'appel d'offres du groupement :

1° En ce qui concerne les personnes mentionnées au 1° du I, la personne responsable du marché, telle que définie à l'article 20 du présent code, de chaque membre du groupement ;

2° En ce qui concerne les personnes mentionnées au 2° du I, un représentant de la commission d'appel d'offres de chaque membre du groupement, élu parmi ses membres ayant voix délibérative ;

3° En ce qui concerne les personnes mentionnées au quatrième alinéa du I, un représentant de chaque membre du groupement désigné selon les règles qui lui sont propres.

La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur.

IV. - Pour les marchés des groupements mentionnés au 1° du I, la personne responsable du marché du coordonnateur choisit le cocontractant après avis de la commission d'appel d'offres, dans les conditions fixées par le présent code pour les marchés de l'Etat.

Pour les marchés des groupements mentionnés aux 2° et 3° du I, la commission d'appel d'offres choisit le cocontractant dans les conditions fixées par le présent code pour les marchés des collectivités locales.

V. - La personne responsable du marché de chaque membre du groupement, pour ce qui la concerne, signe le marché et s'assure de sa bonne exécution.

VI. - La convention constitutive du groupement peut également avoir prévu que le coordonnateur sera mandaté pour signer et exécuter le marché au nom de l'ensemble des membres du groupement. Dans ce cas, la commission d'appel d'offres est celle du coordonnateur.

Les groupements de commandes ont pour but la coordination et le regroupement des achats de plusieurs acheteurs. Ils visent ainsi tout à la fois à permettre des effets d'économie d'échelle et une mutualisation des procédures de passation des marchés.

Il est à noter que cette procédure n'est pas réservée à un type donné de prestations, et peut donc concerner tous les types de marchés. Elle est particulièrement adaptée au domaine des fournitures courantes.

Les règles de création et de fonctionnement de ces groupements font l'objet d'une refonte en profondeur qui, par rapport au code précédent, facilite leur formation. Les points principaux du régime des groupements de commandes sont désormais les suivants.

8.1. Les règles de composition.

Le code permet l'ouverture la plus large possible des groupements.

8.1.1. Les groupements de commandes entre personnes morales soumises au code des marchés publics.

Des groupements sont possibles évidemment entre les personnes publiques soumises au code, qu'il s'agisse des services de l'Etat, de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux.

Les groupements peuvent être constitués par une seule de ces catégories de personnes, ou par des personnes relevant de <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-dispositio ns-generales/>

plusieurs catégories. Toutes les combinaisons sont concevables.

8.1.2. Les groupements de commandes avec des personnes ne relevant pas du code des marchés publics.

Peuvent aussi faire partie de groupements avec des personnes publiques soumises au code, des personnes privées, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial et des groupements d'intérêt public, c'est-à-dire des personnes non soumises au code des marchés.

La composition peut ainsi être extrêmement diversifiée et les groupements de commandes apparaissent comme une structure très ouverte.

8.2. Soumission du groupement au code des marchés publics.

Si un groupement de commandes inclut dans sa composition des personnes ne relevant pas du code des marchés publics, cela ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de soustraire le groupement à l'application des dispositions du code des marchés publics.

Une personne ne relevant pas du code des marchés publics et qui décide d'adhérer à un groupement de commandes, accepte de soumettre les achats qu'elle effectuera, dans le cadre de ce groupement, aux dispositions du code des marchés publics. La procédure de passation du marché sera celle résultant de l'application des dispositions du code des marchés publics.

Lorsqu'une personne n'est pas soumise au code des marchés publics et qu'elle adhère à un groupement de commandes, la soumission au code ne concernera que les achats qu'elle effectuera dans le cadre du groupement, et non tous ses achats.

L'adhésion à un groupement n'entraîne donc pas la soumission pleine et entière de tous ses membres au code pour tous leurs achats, mais seulement l'application obligatoire du code pour les procédures organisées dans le cadre du groupement.

8.3. L'initiative de la création.

La création d'un groupement de commandes est laissée à l'initiative des acheteurs qui souhaitent grouper leurs achats.

Les anciennes commissions chargées de la coordination des commandes publiques au plan local ne sont plus prévues dans le code, et l'initiative de la constitution d'un groupement n'est plus du ressort des préfets.

La constitution d'un groupement de commandes a ainsi vocation à résulter d'une initiative spontanée de plusieurs acheteurs, qui n'ont pas besoin d'obtenir l'accord d'un tiers au groupement.

8.4. La convention constitutive du groupement.

Les acheteurs qui décident de créer un groupement en déterminent l'objet et le fonctionnement dans une convention constitutive. L'objet du groupement doit être précis. Il doit, en particulier, faire apparaître clairement si le groupement est créé en vue de la passation d'un marché unique ou d'un marché par chacun des membres du groupement.

Pour des raisons de sécurité juridique et de transparence des procédures, le groupement ne peut fonctionner que si une convention constitutive en a préalablement déterminé le principe ainsi que les modalités de fonctionnement. Cette convention ne constitue pas un marché mais règle les conditions dans lesquelles le ou les marchés vont être passés. Elle doit être signée par tous les membres du groupement mais n'est soumise à aucune mesure particulière de publicité.

Le groupement ne peut donc exister qu'après que la convention a été valablement conclue et est entrée en vigueur.

Une modification de la convention est par ailleurs concevable, mais elle ne saurait être rétroactive.

Cette convention doit nécessairement identifier les membres du groupement ainsi que, le cas échéant, les modalités d'adhésion et de sortie du groupement. Elle doit prévoir la durée du groupement et également mentionner le type d'achats concernés.

Chaque membre s'engage dans la convention à passer, au terme des procédures organisées dans le cadre du groupement, le marché correspondant aux besoins qu'il a indiqués.

La convention indique nécessairement le coordonnateur chargé de la gestion des procédures ainsi que, le cas échéant, les modalités de désignation d'un nouveau coordonnateur se substituant au précédent. Dans le cas de changement du coordonnateur, la convention initiale doit être modifiée pour substituer le nouveau coordonnateur à l'ancien. Le changement ne peut avoir d'effet rétroactif.

Il convient de plus de relever que seule une personne soumise de plein droit au code peut être choisie comme coordonnateur, ce qui est cohérent avec le principe précédemment évoqué selon lequel les groupements sont dans tous les cas soumis au code.

Si les membres du groupement souhaitent donner mandat au coordonnateur de signer et exécuter le marché pour eux, ils doivent l'avoir prévu dans la convention.

La convention précise enfin les modalités de prise en charge par les membres du groupement des frais matériels éventuels de fonctionnement du groupement. Le coordonnateur peut être indemnisé des frais occasionnés par la gestion des procédures du groupement, mais ses fonctions sont pour le reste exclusives de toute rémunération.

8.5. La représentation des acheteurs.

Chaque acheteur est représenté dans la commission d'appel d'offres (CAO) du groupement en fonction de son statut.

Trois cas de figure se présentent :

- l'Etat et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux sont représentés par la personne responsable des marchés compétente. Celle-ci ne peut se faire représenter ;
- les collectivités locales et leurs établissements publics sont représentés par un membre de leur commission d'appel d'offres élu parmi les membres à voix délibérative de celle-ci ;
- les membres du groupement ne relevant pas à titre personnel du code des marchés publics désignent selon les règles qui leur sont propres une personne habilitée juridiquement à les représenter.

C'est le représentant de la commission d'appel d'offres du coordonnateur qui préside la commission d'appel d'offres du groupement.

8.6. Règles de passation des marchés.

Ces règles dépendent essentiellement du statut des différents membres du groupement.

Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

8.6.1. Groupement composé uniquement des services de l'Etat et/ou des établissements publics nationaux autres qu'industriels et commerciaux.

Les règles applicables sont celles des marchés de l'Etat, notamment en matière de publicité et de seuils. La personne responsable des marchés du coordonnateur choisit alors le titulaire après avis de la commission d'appel d'offres (CAO) du groupement.

8.6.2. Groupement composé seulement de personnes soumises au code et comprenant, en tout ou partie, des collectivités locales ou des établissements publics locaux.

Les règles applicables sont celles des marchés des collectivités locales, notamment en matière de publicité et de seuils. La CAO du groupement choisit alors le titulaire.

8.6.3. Groupement comprenant des personnes qui ne sont pas soumises au code.

Ces personnes doivent s'aligner sur les règles applicables aux membres du groupement soumis au code des marchés publics.

Si les membres du groupement soumis de plein droit au code des marchés publics sont uniquement des services de l'Etat et/ou des établissements publics nationaux autres qu'industriels et commerciaux, les règles applicables sont celles des marchés de l'Etat. La personne responsable des marchés du coordonnateur choisit alors le titulaire après avis de la CAO du groupement.

Si, parmi les membres du groupement soumis de plein droit au code des marchés publics, se trouvent des collectivités locales ou des établissements publics locaux, les règles applicables sont celles des marchés des collectivités locales. La CAO du groupement choisit alors le titulaire.

8.6.4. Composition de la commission d'appel d'offres.

Elle est régie par le III de l'article 8. Il convient toutefois de rappeler que le représentant de la DGCCRF et le comptable doivent obligatoirement être convoqués aux réunions des commissions d'appel d'offres pour les marchés que passent les membres du groupement. Dans ces conditions, le groupement étant chargé de passer un marché pour le compte de ses membres, le représentant de la DGCCRF et le comptable de chacun de ces membres doivent être convoqués aux réunions de la commission d'appel d'offres du groupement.

8.6.5. Cas des groupements où le coordonnateur a été mandaté pour signer et exécuter le marché au nom de l'ensemble des membres du groupement.

La CAO compétente est celle du coordonnateur et non celle du groupement.

Les règles applicables aux marchés publics passés en exécution d'un mandat varient en fonction de la présence ou non parmi les membres du groupement de collectivités locales ou d'établissements publics locaux. Si le groupement comprend de tels organismes, les règles applicables sont celles des marchés publics des collectivités locales ; si tel n'est pas le cas, les règles applicables sont celles des marchés publics de l'Etat.

8.6.6. Exercice du contrôle de légalité.

Le groupement de commandes n'ayant pas de personnalité juridique propre, mais correspondant simplement à une gestion coordonnée des procédures de marchés de plusieurs personnes distinctes, les membres du groupement soumis au contrôle de légalité y demeurent soumis pour les achats qu'ils réalisent dans le cadre d'un groupement.

Dans l'hypothèse où le coordonnateur a reçu mandat de signer et exécuter un marché unique pour l'ensemble des membres du groupement, c'est à lui qu'il revient de transmettre le marché au contrôle de légalité et notamment au préfet si des collectivités territoriales ou leurs établissements publics figurent parmi les membres du groupement et/ou aux commissions spécialisées de marchés si l'Etat est membre de ce groupement.

8.7. Deux procédures possibles.

Les membres du groupement peuvent librement choisir, soit de signer chacun un marché en en assurant l'exécution, soit de donner mandat au coordonnateur pour réaliser ces opérations pour eux.

8.7.1. Cas de figure général : la conclusion de plusieurs marchés.

Elle s'applique à défaut d'indication contraire dans la convention constitutive et conduit à ce que chaque membre du

groupement passe un marché pour ce qui le concerne.

Chaque membre du groupement passe ainsi un marché avec le titulaire retenu au terme de la procédure groupée. Il ne peut remettre en cause le choix opéré dans le cadre du groupement en concluant le marché avec un autre opérateur.

Le marché passé par chaque membre du groupement portera sur l'intégralité des besoins qu'il a indiqués au coordonnateur et qui ont été consignés dans la convention constitutive ou dans un document annexé à cette convention.

Chaque membre du groupement est tenu par les besoins qu'il a indiqués au coordonnateur et qu'il doit reproduire dans le marché qu'il conclut avec le titulaire sélectionné par le coordonnateur.

Il ne peut enfin modifier l'objet du marché qu'il s'est engagé à conclure.

8.7.2. Passation d'un marché unique.

La convention constitutive peut avoir prévu que le coordonnateur sera mandaté pour signer et exécuter le marché pour l'ensemble des membres du groupement.

Cela n'est possible que si la convention constitutive du groupement l'a expressément prévu.

Dans ce cas, le code prévoit la passation d'un seul marché par le coordonnateur, la CAO compétente étant celle du coordonnateur, et le coordonnateur ayant compétence pour signer le marché et en assurer l'exécution au nom et pour le compte des membres du groupement.

8.7.3. Mixage interdit entre les deux procédures.

Le choix entre les deux procédures possibles doit être préalable et explicite ; il portera en bloc sur une des deux procédures indiquées ci-dessus.

En particulier, le coordonnateur ne peut pas être mandaté partiellement.

De même, les règles de compétence ne peuvent connaître de dérogation, en particulier quant à la CAO compétente.

Article 9

L'Union des groupements d'achats publics, à laquelle l'Etat et les collectivités territoriales peuvent demander d'effectuer leurs achats de fournitures et de services, est soumise, sous réserve des dispositions qui lui sont propres, au présent code.

L'UGAP est soumise à une réglementation qui lui est propre et qui détaille ses missions ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement (décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des groupements d'achats publics).

Le code des marchés publics se borne à rappeler la possibilité pour les collectivités publiques de s'adresser à l'UGAP pour leurs achats de fournitures et de services (ce qui rentre dans le champ des missions de l'UGAP, telles qu'elles sont définies par l'article 1er du décret du 30 juillet 1985).

Par ailleurs, le code des marchés publics intègre dans son champ d'application les marchés passés par l'UGAP, alors même qu'elle a le statut d'établissement public national à caractère industriel et commercial (le décret du 30 juillet 1985 pose le même principe dans son article 17, sous réserve de quelques adaptations qu'il prévoit dans son titre IV consacré aux marchés passés par cet établissement).

Enfin, le nouveau code des marchés publics met fin à compter de sa date d'entrée en vigueur (9 septembre 2001) au monopole détenu par l'UGAP en matière d'achat des véhicules automobiles de l'Etat et de ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux.

Chapitre IV
L'allotissement
Article 10

Des travaux, des fournitures ou des prestations de services peuvent être répartis en lots donnant lieu chacun à un marché distinct ou peuvent faire l'objet d'un marché unique.

La personne responsable du marché choisit entre ces deux modalités en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques qu'elles procurent.

Pour la détermination des procédures applicables à la passation des marchés comportant des lots, la personne publique contractante évalue le montant du marché conformément aux dispositions de l'article 27.

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.

Pour un marché ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé.

10.1. Choix du mode de dévolution.

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.

10.2. L'intérêt de l'allotissement.

L'allotissement des marchés publics est de nature à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et à augmenter le nombre de compétiteurs, favorisant la mise en concurrence ; en conséquence, il doit être encouragé.

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 peut notamment être avantageusement pratiquée lorsque l'importance des travaux, fournitures ou 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.

La politique d'allotissement ne répond donc pas seulement à des nécessités techniques mais aussi au fait de permettre l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

L'allotissement ne doit pas être utilisé afin de répartir artificiellement les fournitures, services ou travaux entre autant d'entreprises à qui l'acheteur public veut assurer une part de la commande et qui seraient ainsi favorisées. Ce " saupoudrage " dont l'objectif est étranger au souci de sécuriser l'approvisionnement ou d'ouvrir l'accès de la commande publique à toutes les catégories d'entreprises aurait pour effet, avéré ou potentiel, de fausser le jeu de la concurrence entre ces entreprises et de créer des obstacles supplémentaires à l'entrée sur le marché de nouveaux compétiteurs.

10.3. Marché distinct.

Un lot est une unité autonome qui est attribuée séparément. Ainsi, chaque lot est attribué individuellement à l'entreprise dont l'offre a été retenue pour ce lot. Concrètement, cela signifie qu'un acte d'engagement est signé par la personne responsable du marché pour chacun des lots, quel que soit son montant.

Si une même entreprise est retenue pour plusieurs lots, un marché est passé pour chaque lot séparément qui lui sont attribués. Il en est de même lorsqu'une unique entreprise est attributaire de l'ensemble des lots (cas d'une entreprise générale, par exemple, dans le domaine des travaux de bâtiment).

Dans ces deux cas, il sera possible en pratique de permettre à l'entreprise attributaire de fournir les documents exigés au moment de l'attribution (exemple : les certificats fiscaux et sociaux) en un seul exemplaire pour l'ensemble des lots attribués.

Dans l'hypothèse où des candidats présentent une offre en groupement, des dispositions spécifiques de présentation de l'acte d'engagement figurent à l'article 51.

10.4. Marché unique.

Un marché unique n'est passé que dans le cas où la consultation n'a pas prévu la décomposition des prestations en plusieurs lots.

10.5. Appréciation des seuils de procédure en cas d'allotissement.

Comme cela est souligné à l'article 27, paragraphe IV, 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.

10.6. Annonce de l'allotissement des prestations.

Le choix du mode de dévolution par marchés séparés en lots ou par marché unique doit apparaître nettement, dans un souci de transparence. La politique d'allotissement, par ses effets directs sur l'importance des marchés, est en effet un élément essentiel qui doit être annoncé dès l'avis d'appel public à la concurrence ou, à défaut, le règlement de la consultation.

Il convient d'éviter, dans le règlement de la consultation, de pratiquer des divisions de lots en sous-lots. En effet, le lot, qui est la partie des prestations pouvant être attribuée séparément, n'a pas à être lui-même décomposé, car il y aurait alors un risque d'ambiguïté sur la nature de l'unité autonome d'attribution.

10.7. Conséquences de l'allotissement sur le déroulement de la procédure.

10.7.1. Immutabilité de la division des lots.

La division annoncée doit être respectée. Modifier la composition d'un lot en cours de procédure entache le marché d'illégalité.

10.7.2. Examen individuel de chaque lot.

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.

Il est interdit aux candidats de proposer un rabais conditionné par l'attribution de plusieurs lots. Cette interdiction conduit à une plus grande diversité des offres et à une plus grande concurrence. Cependant, si une offre contenant une telle proposition de rabais ne doit pas être considérée comme non conforme et rejetée pour ce seul motif, il est impératif que l'acheteur public ne prenne pas en compte ces propositions de rabais lors de la comparaison des offres pour le choix du

titulaire du marché. De même, de tels rabais, consentis en fonction du nombre de lots obtenus, ne peuvent en aucun cas être pris en compte lors de la mise au point du marché.

10.7.3. Possibilité d'attribuer plusieurs lots à un même candidat.

Les dispositions de l'article 10 n'interdisent pas d'attribuer 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. Cependant, le règlement de la consultation peut interdire qu'un candidat se voie attribuer plusieurs lots. Une telle règle qui doit, si l'acheteur public décide d'en faire application, être annoncée dans le règlement de la consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence, trouve notamment à s'appliquer lorsque le motif du recours à l'allotissement est d'assurer la sécurité des approvisionnements.

10.8. Cas particulier d'une obligation d'allotir : l'interdiction totale des marchés d'entreprise de travaux publics (METP).

Pour un marché ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la construction fait obligatoirement l'objet d'un marché séparé.

Cette disposition se combine avec les termes de l'article 94 qui interdisent l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Ces mesures, qui ont pour effet d'interdire les METP, permettent une mise en concurrence et une plus grande transparence pour chacun des différents besoins de la collectivité (par exemple, travaux d'une part et financement d'autre part), permettant de recueillir un plus grand nombre d'offres et des offres plus adaptées à chaque besoin exprimé.

Par ailleurs, elles favorisent l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, les METP n'étant accessibles, en pratique, qu'aux grandes entreprises.

Les formules de METP avec paiement différé présentaient de nombreux inconvénients : endettement indirect de la collectivité locale, coût élevé, opacité dans la répartition du marché entre la construction, le financement et l'exploitation ou la maintenance, frein pour l'accès direct des petites et moyennes entreprises à la commande publique, réduction de la concurrence.

Cependant, ces dispositions n'interdisent pas d'attribuer les deux lots à la même entreprise, si celle-ci est mieux-disante sur les deux lots ; toutefois, dans ce cas, deux marchés distincts seront conclus avec la même entreprise.

En effet, maintenir la possibilité de confier à une même entreprise la construction d'un ouvrage et l'exploitation du service public qui lui est associé peut, dans certains cas, répondre à un besoin. Distinguer, dans des lots différents, la construction et l'exploitation n'empêche pas de retenir un seul titulaire, si l'entreprise qui a remporté le lot relatif à la construction de l'ouvrage s'avère la mieux placée pour en assurer l'exploitation.

Chapitre V

Documents constitutifs du marché

Article 11

A l'exception de ceux auxquels sont applicables les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre III du présent code, les marchés publics sont des contrats écrits. L'acte d'engagement, les cahiers des charges et, le cas échéant, les bons de commande, en sont les pièces constitutives.

L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique.

Le bon de commande est le document écrit adressé par la personne publique contractante au titulaire du marché ; il précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée et en détermine la quantité.

Pour les marchés de conception-réalisation, définis à l'article 37 du présent code, sont en outre des pièces constitutives :

1° Le programme de l'opération, au sens de l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée ;

2° Les études de conception présentées par le titulaire retenu.

11.1. Caractère écrit des marchés publics.

11.1.1. Le principe : les marchés publics sont des contrats écrits.

Les marchés publics doivent être conclus sous forme écrite. Au-dessus du seuil de 90 000 Euro HT et en dehors des cas explicitement énumérés au point 11.1.2 ci-après, un marché public est irrégulier s'il n'a pas été conclu sous la forme écrite.

11.1.2. Les exceptions : les marchés passés sans formalités préalables.

En ce qui concerne les marchés passés sans formalités préalables, la forme écrite, telle que prévue par le code des marchés publics, n'est pas indispensable. Une commande verbale ou un contrat écrit sous une forme libre (exemples : lettre, fax, coupon de commande) sont également acceptables.

Ne sont ainsi pas soumis à l'obligation d'adopter la forme d'un marché rédigé selon les règles prévues par le code des marchés publics :

- article 28 : marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant (ne dépassant pas le seuil de 90 000 Euro HT) ;
- article 29 : marchés passés sans formalités préalables en raison de la nature particulière des produits (denrées alimentaires périssables sur foires ou marchés ou sur les lieux de production) ;
- article 30 : marchés soumis au régime allégé (services juridiques, services sociaux et sanitaires, services récréatifs, culturels et sportifs, services d'éducation ainsi que des services de qualification et insertion professionnelles) ;
- article 31 : marchés dont l'objet est la décoration d'une construction publique (1 % décoration) ; dans ce cas également un document écrit peut se révéler utile surtout si le montant du marché est important.

11.1.3. Cas particulier des marchés de maîtrise d'oeuvre d'une opération soumise à la loi MOP.

Les prestations de maîtrise d'oeuvre d'une opération soumise à la loi MOP doivent impérativement donner lieu à la passation d'un contrat écrit, quel que soit leur montant, même si celui-ci est inférieur au seuil visé à l'article 74, c'est-à-dire 90 000 Euro HT.

Cette obligation résulte de la loi MOP précitée et du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires qui prévoit que le contrat de maîtrise d'oeuvre doit comporter les modalités de fixation du montant de la rémunération du titulaire. Un tel acte, qui doit permettre de recueillir l'accord du maître d'ouvrage public et du maître d'oeuvre privé sur la mission, ne peut être qu'un contrat écrit.

11.1.4. Autres hypothèses où un écrit est nécessaire.

Lorsqu'il existe des normes, les marchés doivent y faire référence et cette obligation conduit la personne responsable du marché à rédiger un acte écrit.

Il en est de même lorsqu'il est nécessaire de fixer les conditions dans lesquelles les litiges susceptibles de survenir en cours d'exécution du contrat. Ceci peut se révéler particulièrement utile pour les marchés portant sur des prestations délicates à réaliser ou dont l'exécution prend un certain temps.

Il est enfin nécessaire de recourir à un écrit, en vertu de règles comptables, lorsque l'acheteur public prévoit d'accorder au titulaire du marché des avances ou des acomptes.

11.2. Pièces constitutives d'un marché public.

11.2.1. L'acte d'engagement.

L'acte d'engagement est un élément essentiel de la procédure de passation d'un marché.

Il fait désormais l'objet d'une définition précise à l'article 11 qui indique que c'est " la pièce signée par un candidat à un <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-dispositio ns-generales/>

marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique ”.

L'acte d'engagement comporte les principales données administratives et financières de l'offre du candidat, ou de ses offres en cas de variantes.

La signature de l'acte d'engagement par une personne dûment habilitée à cet effet par le candidat au marché, constitue une formalité substantielle prescrite à peine d'irrecevabilité de l'offre. Si le marché est néanmoins conclu sur le fondement d'un acte d'engagement signé par une personne non habilitée à cet effet, il est entaché de nullité.

Une fois signé par l'acheteur public, l'acte d'engagement crée le lien contractuel entre les parties.

Afin de l'aider dans sa procédure d'achat, l'acheteur public peut utiliser l'imprimé adéquat, accessible par voie électronique (adresse : minefi.gouv.fr) et accompagné d'une notice d'utilisation.

11.2.2. Les cahiers des charges.

Les cahiers des charges font l'objet d'un article spécifique. Il s'agit de l'article 13 du nouveau code des marchés publics.

11.2.3. Les bons de commande.

Le bon de commande fait également l'objet d'une définition : c'est “ le document écrit adressé par la personne publique contractante au titulaire du marché ; il précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée et en détermine la quantité ”.

Les bons de commande, éléments constitutifs du marché, doivent impérativement figurer dans la liste des documents contractuels. Ils sont placés en dernière position des documents contractuels.

11.3. Cas particulier des marchés de conception-réalisation.

Les derniers alinéas de l'article 11 concernent les seuls marchés de conception-réalisation. Ils visent à rappeler les dispositions figurant à l'article 7 du décret n° 93-1270 du 29 novembre 1993 portant application du I de l'article 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, qui dispose que :

“ Le contrat de conception-réalisation est constitué au moins des pièces suivantes :

- 1° Le programme de l'opération au sens de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée qui doit préciser la topographie et la constitution du sous-sol et comporter des exigences de résultats vérifiables à atteindre et des besoins à satisfaire ;
- 2° Les études de conception présentées dans l'offre et retenues par le maître de l'ouvrage ;
- 3° L'acte d'engagement. Dans le cas de concurrents groupés, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. ”

Article 12

Les pièces constitutives du marché comportent obligatoirement :

- 1° L'identification des parties contractantes ;
- 2° La justification, par référence à l'arrêté la désignant, de la qualité de la personne signataire du marché au nom de l'Etat et, le cas échéant, la délibération autorisant la personne responsable du marché à passer le marché ;
- 3° La définition de l'objet du marché ;
- 4° La référence aux articles et alinéas du présent code en application desquels le marché est passé ;
- 5° L'énumération des pièces du marché ; ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces ;
- 6° Le prix ou les modalités de sa détermination ;
- 7° La durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement ;
- 8° Les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations ;
- 9° Les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de paiement ;
- 10° Les conditions de résiliation ;
- 11° La date de notification du marché ;
- 12° Le comptable assignataire ;
- 13° Les éléments propres aux marchés fractionnés, tels que définis à l'article 72 du présent code.

L'article 12 donne la liste des mentions obligatoires devant figurer dans les pièces du marché ; il ne s'applique pas aux marchés passés sans formalités préalables.

Ces dispositions sont destinées à éviter les contestations qui peuvent naître d'une présentation irrégulière ou incomplète des marchés.

12.1. Remarques d'ensemble.

Les mentions visées aux 1°, 3° et 6° doivent être considérées comme substantielles. L'omission de l'une d'entre elles entraînerait la nullité du contrat.

Les autres informations doivent figurer dans les marchés pour des raisons de bonne administration et pour la bonne exécution du contrat. L'omission de l'une d'elles, si elle n'est pas par elle-même une cause de nullité du marché, est de nature à justifier une suspension des paiements car la régularité formelle du marché public s'en trouve affectée.

Les mentions obligatoires figurant à l'article 12 peuvent se trouver dans l'une ou l'autre des pièces constitutives du marché.

Les marchés peuvent aussi contenir d'autres mentions ou stipulations que les mentions obligatoires de l'article 12.

12.2. Remarques particulières.

12.2.1. L'identification des parties contractantes.

L'attention est appelée sur la nécessité de désigner correctement le véritable créancier. A cet effet, les titulaires, personnes morales, doivent être désignées sous leur dénomination sociale correcte et complète, telle qu'elle figure au registre du commerce et des sociétés.

La désignation sans ambiguïté du titulaire du marché est également indispensable en cas de groupement d'entreprises, surtout si celles-ci décident d'ouvrir un compte commun pour les paiements relatifs au marché.

12.2.2. La justification, par référence à l'arrêté la désignant, de la qualité de la personne signataire du marché au nom de l'Etat et, le cas échéant, la délibération autorisant la personne responsable du marché à passer le marché.

Le marché doit être, à peine de nullité absolue, signé par la personne compétente pour le faire. L'incompétence de la
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-dispositions-generales/>

personne signataire n'est en effet pas susceptible de régularisation ainsi que cela est indiqué dans le commentaire de l'article 20 du code.

12.2.3. La définition de l'objet du marché.

Un objet incertain affecterait la validité du marché. Il convient donc que le marché conclu précise cet objet de façon claire.

12.2.4. L'énumération des pièces du marché.

Ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces.

Malgré les précautions prises lors de leur élaboration, il peut arriver que des contradictions apparaissent entre les différentes pièces du marché. C'est le cas notamment lorsque des clauses dérogatoires aux documents ont été introduites dans les pièces particulières. Pour éviter toute difficulté, les pièces sont donc rangées par ordre de priorité : il s'agit d'une mention obligatoire prévue par l'article 12.

L'ordre de priorité des pièces, fixé par le cahier des clauses administratives générales, va du particulier au général ; il est identique pour toutes les catégories de marchés :

- 1° Acte d'engagement ;
- 2° Cahier des clauses administratives particulières ;
- 3° Cahier des clauses techniques particulières ;
- 4° Pièces particulières, annexes éventuelles ;
- 5° Cahier des clauses techniques générales ;
- 6° Cahier des clauses administratives générales ;
- 7° Bons de commande.

Le cahier des clauses administratives particulières rappelle cet ordre de classement des pièces pour le marché donné.

12.2.5. La durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement.

La durée de l'engagement doit nécessairement être définie par le marché. Le respect de la durée d'exécution est un impératif : le manquement à cette obligation déclenche l'application de pénalités de retard et sert de base à leur calcul.

Cette durée peut toutefois, en fonction de circonstances exceptionnelles, être prolongée par avenant dans les conditions précises prévues pour l'adoption des avenants (par exemple, durée exceptionnellement longue des intempéries dans le cas des marchés de travaux).

12.2.6. Les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations.

La livraison des fournitures, la réception des travaux ou l'admission des prestations s'analyse comme une étape essentielle des engagements contractuels. C'est pourquoi, les conditions de réception, livraison ou d'admission des prestations font partie des mentions obligatoires. L'acheteur pourra introduire dans les documents contractuels toute condition particulière venant compléter les dispositions du cahier des clauses administratives générales sur ce point.

12.2.7. Les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de paiement.

La fixation d'un délai de paiement constitue une nouveauté du code des marchés publics. Il convient de se référer à l'article 96 du code qui prévoit que " les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai maximum fixé par voie réglementaire ".

12.2.8. Les conditions de résiliation.

Lorsque les mentions relatives aux conditions de résiliation figurent déjà dans les cahiers des clauses administratives

générales (CCAG), elles peuvent ne pas être traitées dans les pièces particulières. Dans le cas où la personne responsable du marché entend ne pas se référer à un CCAG, elle doit prévoir d'insérer de telles clauses dans ses documents de marché.

12.2.9. La date de notification du marché.

Point de départ des obligations contractuelles, c'est la notification qui constitue le point de départ de la relation avec la personne publique. L'article 79 du code définit les modalités de notification.

Article 13

Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés.

Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux sont :

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés ;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

La personne responsable du marché décide de faire ou non référence à ces documents.

Les documents particuliers sont :

1° Les cahiers des clauses administratives particulières, qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ;

2° Les cahiers des clauses techniques particulières, qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché.

Si la personne responsable du marché décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.

Les cahiers des charges sont des documents contractuels qui " déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés ". Ils comprennent des documents généraux qui réunissent les clauses applicables à toute une catégorie de marchés et des documents particuliers qui contiennent les clauses propres au marché.

En outre, chacun de ces ensembles est subdivisé en deux groupes : les cahiers du premier groupe contiennent des clauses administratives, ceux du second groupe rassemblent les clauses techniques.

13.1. Les cahiers des clauses générales.

Les documents généraux officiellement approuvés réunissent les clauses applicables à toute une catégorie de marchés.

Le code indique que la personne responsable du marché est libre de faire référence à ces documents auxquels il est, par ailleurs, toujours possible de déroger lorsqu'elle décide de les appliquer. Dans ce cas, le cahier des clauses administratives particulières doit indiquer les articles des CCAG auxquels il déroge.

La rédaction des cahiers des charges d'un marché est un exercice difficile et à risque que seules les collectivités qui disposent des moyens nécessaires peuvent effectuer. En effet, leur contenu est appelé à devenir la loi des parties. C'est pourquoi la référence au cahier des clauses générales reste une facilité qui garantit à la personne responsable du marché une sécurité juridique appréciable.

13.1.1. Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG).

13.1.1.1. Définition.

Les CCAG rassemblent l'ensemble des clauses administratives qui s'appliquent à des prestations de même nature.

Les clauses d'un CCAG ne sont applicables qu'à un marché qui s'y réfère expressément. Les marchés passés en vertu du nouveau code des marchés publics peuvent continuer à faire référence aux CCAG existants (cf. point suivant) même si certaines dispositions qu'ils contiennent peuvent ne plus trouver à s'appliquer et qu'il sera nécessaire de prévoir dans les CCAP des dispositions spécifiques pour l'indication des délais de paiement et non plus de mandatement.

Les CCAG seront prochainement actualisés et modernisés.

Le service qui passe un marché et qui choisit un CCAG de référence peut être confronté à une difficulté : en effet, ce choix peut ne pas être facile lorsque l'objet du marché porte à la fois sur des fournitures et des travaux. Il sera, dans ce cas, fait référence de manière explicite au CCAG de la catégorie à laquelle le marché doit se rattacher conformément aux principes énoncés au point 1.1.5.4 ci-dessus.

En outre, en cas de nécessité, il sera possible d'introduire dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) des clauses supplémentaires dont le contenu sera inspiré des clauses du CCAG non retenu mais en veillant à ne pas se référer nommément à ce second CCAG afin de ne pas créer d'ambiguïté.

13.1.1.2. Les différents CCAG.

Ils sont au nombre de quatre.

13.1.1.2.1. Le CCAG Fournitures courantes et services.

Approuvé par le décret n° 77-699 du 27 mai 1977 (brochure no 2014 Journaux officiels), il concerne tous les achats de fournitures courantes et de prestations de services. Le CCAG Fournitures courantes comporte un chapitre relatif aux marchés d'informatique et de bureautique qui ne s'applique qu'aux marchés qui s'y réfèrent expressément.

13.1.1.2.2. Le CCAG Travaux.

Il fait l'objet du décret n° 76-87 du 21 juin 1976 (brochure no 2006 Journaux officiels).

13.1.1.2.3. Le CCAG Prestations intellectuelles.

Approuvé par le décret n° 78-1306 du 26 décembre 1978 (brochure n° 2012 Journaux officiels), ce CCAG comporte 3 options (A, B, C) qui apportent des solutions juridiques différentes aux problèmes de propriété littéraire et artistique et de propriété industrielle. L'acheteur public doit choisir l'une de ces options. Il la précisera dans le cahier des clauses particulières.

- L'option A concerne le cas où l'acheteur public se réserve la libre utilisation des résultats ; elle s'applique principalement aux marchés de prestations intellectuelles ne comportant pas de clauses de propriété industrielle. Il appartient à l'acheteur public de déterminer l'étendue des droits du titulaire.

- L'option B concerne les cas où la méthodologie présente un caractère suffisamment original pour demeurer la propriété du titulaire ; elle peut comporter des clauses de propriété industrielle. Dans l'option B, les droits de chacune des parties sont strictement limités.

Les études de caractère administratif, économique, juridique, sociologique, artistique, littéraire, les études de logiciel d'application en informatique, les conseils en informatique, en organisation, en formation, en stratégie commerciale peuvent donner lieu à l'application soit de l'option A, soit de l'option B.

- L'option C est utilisée pour les marchés de prestations intellectuelles à vocation industrielle. Dans cette option, les deux parties peuvent, sous certaines conditions, utiliser assez librement les résultats des prestations.

Dans un certain nombre de cas particuliers non mentionnés ci-dessus (par exemple recherche fondamentale, recherche

opérationnelle, études à caractère médical, contrats internationaux...), il appartiendra au titulaire et à l'acheteur public de choisir l'option la mieux appropriée.

13.1.1.2.4. Le CCAG Marchés industriels.

Le décret n° 80-809 du 14 octobre 1980 (brochure n° 2016 Journaux officiels) approuve ce CCAG qui comporte deux chapitres applicables uniquement aux marchés qui s'y réfèrent expressément : le chapitre VI (stipulations spéciales aux marchés de réparation et de modification) et le chapitre VII (marchés industriels comportant une part d'études).

13.1.2. Les cahiers des clauses techniques générales (CCTG).

Les CCTG rassemblent l'ensemble des clauses techniques qui s'appliquent à des prestations de même nature.

Les CCTG applicables aux marchés publics de travaux rassemblent l'ensemble des dispositions techniques relatives aux travaux de bâtiment et de génie civil. Ils se présentent comme une collection de fascicules traitant chacun d'un thème spécialisé (ex. : CCTG " terrassements généraux ", CCTG " étanchéité des ouvrages souterrains ", etc.).

Il existe d'autres CCTG portant sur des prestations telles que la réalisation ou l'entretien d'installations de chauffage, la location d'articles de textile.

Lorsque la personne responsable du marché décide de faire référence à un cahier des clauses techniques générales, il est possible de déroger à certaines clauses de ce CCTG. Dans ce cas, le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) doit indiquer les articles des CCTG auxquels il déroge.

13.2. Les cahiers des clauses particulières.

Ces documents font partie du dossier de consultation. Ils doivent donc être rédigés de façon exacte, claire et complète, avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence de façon à être disponibles dès que les candidats en feront la demande.

13.2.1. Les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP).

Les CCAP fixent plus précisément les engagements contractuels du titulaire du marché. Ces documents types se présentent comme des cadres en partie rédigés et prêts à recevoir les informations propres à chaque marché ; ils apportent ainsi une aide précieuse au rédacteur, lui font gagner du temps et éviter des oublis.

Il existe un CCAP type pour les contrats de maintenance de certains matériels ou équipements, les marchés publics de nettoyage de locaux, etc.

Il est possible de modifier la présentation et le contenu du CCAP type proposé seulement comme modèle, tout en abordant cette démarche avec une grande prudence.

Il est rappelé que toute dérogation aux dispositions des CCAG doit être clairement définie et, en outre, récapitulée dans le dernier article du CCAP. Si une dérogation au CCAG n'est pas récapitulée en fin de CCAP, elle est réputée non écrite.

13.2.2. Les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP).

Les CCTP rassemblent les clauses techniques d'un marché déterminé. Ce sont les stipulations qui donnent une description précise des prestations à réaliser et permettent à la personne responsable de suivre le déroulement du marché et la bonne exécution de ces prestations.

Il existe des CCTP applicables aux installations de détection incendie, à la maintenance des installations d'éclairage public, etc.

Il est rappelé que toute dérogation aux dispositions des CCTG doit être clairement définie et, en outre, récapitulée dans le dernier article du CCTP.

Les CCTP doivent être rédigés de façon claire et impartiale. Les exigences techniques doivent être définies en liaison directe avec le besoin défini par l'acheteur public et l'objet du marché et doivent leur être proportionnées, de façon à ne pas constituer une restriction déguisée à l'accès à la commande publique. Si des exigences techniques spécifiques peuvent être posées, elles ne doivent en effet pas aboutir à exclure arbitrairement certains candidats, ni à en favoriser d'autres.

Dans le cas où, par son importance ou par sa nature, le marché ne justifie pas l'établissement de deux documents particuliers distincts, le CCAP et le CCTP peuvent être réunis en un seul document : le cahier des clauses particulières.

Article 14

La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement.

Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

Le code des marchés publics offre la possibilité de prévoir des conditions sociales ou environnementales obligatoires dans le cadre de l'exécution d'un marché public. Ces dispositions nouvelles traduisent le souci d'intégrer dans le droit de la commande publique des préoccupations citoyennes importantes qui n'étaient jusqu'alors qu'imparfaitement prises en compte.

Ainsi, dans le domaine social, les maîtres d'ouvrage soucieux de lier dépenses publiques et intérêt général peuvent désormais, en toute légalité, inscrire leur volonté de promouvoir l'emploi et combattre l'exclusion par l'inscription dans leurs marchés publics de conditions d'exécution pour l'embauche de publics prioritaires. Une offre qui ne satisferait pas une telle condition serait irrecevable pour non-conformité au cahier des charges.

Dans ce cadre, à titre d'exemple, ils peuvent fixer dans le cahier des charges de leurs marchés publics des conditions particulières permettant de promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés d'insertion, comme par exemple les bénéficiaires du RMI ayant signé un contrat d'insertion dans l'année, les travailleurs handicapés reconnus par la COTOREP, les jeunes ayant un faible niveau de formation, les jeunes n'ayant jamais travaillé et inscrits auprès du RELAIS 16/25 ans des Missions locales ou les chômeurs inscrits à l'ANPE depuis plus d'un an en continu ou depuis plus de deux ans en chômage récurrent. Cette énumération n'est pas limitative. Le cahier des charges peut prévoir que ces conditions ne s'appliquent seulement qu'à certains lots.

Concrètement, cela pourra se traduire par une affectation d'un certain pourcentage d'heures travaillées à ces publics. Ce peut être également l'obligation d'employer un nombre défini de jeunes chômeurs ou de chômeurs de longue durée. Autre exemple, en cas de sous-traitance, il peut être demandé aux candidats de sous-traiter un lot ou une fraction du marché à une entreprise d'insertion.

Ainsi la personne publique peut faire de l'action d'insertion une modalité obligatoire d'exécution du marché, en insérant dans le cahier des charges une clause que l'entreprise choisie, quelle qu'elle soit, devra respecter. L'entreprise peut dans ce cas agir directement ou avoir recours à des structures d'insertion agréées.

A terme, ces mesures permettront de faciliter le passage d'une personne exclue du marché du travail d'une structure d'insertion agréée vers une entreprise ordinaire. Par ailleurs, elles contribuent à l'amélioration de la gestion prévisionnelle de leur personnel par les entreprises candidates en sensibilisant de nouvelles personnes à leur métier.

Dans ce même esprit de lutte contre la précarité et de promotion de l'emploi, les personnes publiques peuvent également, sans fragiliser la passation de leur marché, exiger des entreprises que la fabrication des produits achetés réponde à des conditions de production socialement satisfaisantes, par exemple, qu'elles n'aient pas requis l'emploi d'une main-d'oeuvre infantine dans des conditions contraires aux conventions internationalement reconnues. La personne publique peut dans ce cas exiger que les fournitures bénéficient d'un label de qualité sociale de production ou répondent à des conditions équivalentes.

Afin d'éviter que ces mesures n'aient un caractère discriminatoire, l'article 14 prévoit que ces conditions sont bien des conditions d'exécution du marché et non pas des critères de choix du titulaire. En outre, les acheteurs publics ne doivent pas, bien entendu, établir leurs cahiers des charges de manière à ce qu'une seule entreprise soit en mesure de satisfaire aux conditions d'exécution qui y sont fixées.

De manière plus efficace que si ces clauses étaient érigées en critère de choix, le nouvel article 14 permet donc à la collectivité publique de fixer elle-même le niveau d'exigence sociale ou environnementale qu'elle voudra voir réaliser par les titulaires de ses marchés - quels qu'ils soient - et ainsi de développer une véritable politique d'achat citoyen sans pour autant méconnaître les exigences du droit de la commande publique et de la concurrence.

Chapitre VI

Durée du marché

Article 15

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 peut refuser sa reconduction.

Conformément au principe général selon lequel tout contrat doit déterminer les obligations des parties, les marchés publics doivent obligatoirement définir leur durée.

Le point de démarrage de la durée du marché est, sauf indication contraire du marché, la date de sa notification au titulaire. En effet, pour certains marchés, notamment des marchés de travaux, la date de commencement du marché sera la date de la notification de l'ordre de service prescrivant le début des travaux ou des prestations ; dans ce cas, si le marché ne prévoit pas un tel ordre de service, la date de commencement du marché sera également la date de notification du marché.

Pour le cas particulier des marchés fractionnés, il convient de se reporter au point 72.4.2 ci-après.

En dehors des dispositions particulières qui limitent la durée de certains marchés, c'est-à-dire les marchés fractionnés de l'article 72, les marchés complémentaires de fournitures ou d'installations d'usage courant (article 35, III, 1°, a), les marchés de prestations identiques de services ou de travaux (article 35, III, 2°) ainsi que les marchés de communication prévus à l'article 69, il appartient à l'acheteur public de fixer cette durée, en respectant l'obligation d'une remise en concurrence périodique qui s'oppose à ce que la durée fixée soit excessive.

Pour apprécier cette durée, il peut être notamment tenu compte du temps nécessaire à la réalisation des prestations ou de la durée d'amortissement des matériels nécessaires à l'exécution du marché.

Lorsque la personne responsable du marché prévoit une reconduction, elle doit interroger le titulaire du marché pour vérifier qu'il acceptera la reconduction puisque le code prévoit la possibilité de refus et, en cas de refus, disposer du temps suffisant pour la passation d'un nouveau marché.

Les reconductions, qui constituent la conclusion d'un nouveau marché, sont obligatoirement expresses. Elles ne sauraient permettre de modifier les conditions du marché qui ne peuvent l'être que par avenants dans les conditions prévues à l'article 19.

L'article 15 précise clairement que le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché et que celles-ci sont encadrées. L'acheteur public doit donc estimer le montant de ses besoins en y intégrant la valeur de ces reconductions.

Pour un marché d'un an reconduit deux fois de suite, c'est la valeur de l'ensemble des prestations à réaliser sur ces trois ans qu'il faut prendre en compte.

Chapitre VII

Prix du marché

Article 16

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités. Des clauses incitatives liées aux délais d'exécution, à la recherche d'une meilleure qualité des prestations et à la réduction des coûts de production peuvent être insérées dans les marchés.

16.1. Définition des prix.

Dans tous les marchés, même de montant inférieur à 90 000 Euro HT, la définition des prix doit être guidée par les principes suivants.

Le prix rémunère le titulaire auquel est confiée l'exécution d'une prestation répondant aux besoins exprimés par l'acheteur public, ouvrage, produit ou service.

La détermination du prix résulte de la confrontation de l'offre et de la demande ; ce prix varie naturellement selon l'étendue des besoins à satisfaire et des aléas économiques et techniques liés à l'exécution du marché.

Ces risques sont fonction de la nature des prestations, qui peuvent aller des fournitures courantes sur prix de catalogue (" achats sur étagère ") aux travaux de bâtiment ou de génie civil réalisés à la demande d'une personne publique, dont les éléments sont chiffrés ou calculés d'après un devis.

C'est un des rôles essentiels de la personne responsable du marché de choisir la forme et le contenu des prix. A cet effet, elle s'attachera en particulier à laisser au titulaire le maximum de responsabilité, en prenant cependant toutes dispositions de nature à réduire les aléas dans l'exécution de la prestation.

La personne responsable du marché doit rassembler les informations permettant de juger si les prix obtenus sont acceptables.

Les développements suivants, avec ceux relatifs aux articles 17 et 18, exposent les conditions de détermination des prix dans les marchés publics et les orientations à suivre pour obtenir le meilleur prix contractuel. Pour plus d'information, il convient de se reporter à la circulaire du ministre chargé de l'économie et des finances du 5 octobre 1987, relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics (n° NOR : ECOM8710070C ; JO du 24 octobre 1987).

16.2. Typologie générale des prix.

Dans un marché public, il convient de distinguer :

- le prix unitaire, du prix forfaitaire et du prix global ;
- le prix initial, du prix de règlement ;
- le prix ferme, éventuellement actualisable, du prix ajustable et du prix révisable (v. commentaire de l'article 17) ;
- le prix initial définitif, du prix provisoire (v. commentaire de l'article 18) ;
- le prix hors taxes (HT), du prix toutes taxes comprises (TTC), lequel comprend la taxe sur la valeur ajoutée et les taxes

parafiscales applicables, le cas échéant.

Que le prix soit ferme, révisable en fonction des conditions économiques ou ajustable par rapport à une référence, il est en général prévu au marché que le prix de règlement tiendra compte des variations éventuelles du taux ou de l'assiette des taxes sur le chiffre d'affaires applicables à la prestation.

16.3. Choix de la forme des prix.

Le marché peut comporter soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires, soit à la fois des prix forfaitaires et des prix unitaires (art. 16, premier alinéa) :

- est forfaitaire tout prix qui rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations, un ouvrage ou une partie d'ouvrage définis dans le marché ;
- est unitaire tout prix qui sera multiplié par la quantité effectivement livrée ou exécutée pour déterminer le montant du règlement.

Il peut également être indiqué, dans le dossier de consultation, que l'administration se propose de forfaitiser certaines quantités indiquées par les candidats pour la réalisation d'un ouvrage ou, plus généralement, d'une prestation.

La fixation d'un prix forfaitaire est recommandée pour toutes les prestations qui peuvent être bien définies au moment de la conclusion du marché.

16.3.1. Incidence des aléas de quantités.

Si les prestations comportent des incertitudes sur les quantités, le choix de prix unitaires est plus pertinent. Dans ce cas, une partie des aléas techniques, celle résultant des quantités, est prise en charge par l'administration.

16.3.2. Le partage des risques : clauses incitatives.

Pour les marchés importants, il est possible, au lieu de se contenter de ces pourcentages de réduction, de prévoir un coefficient d'incitation, ce qui constitue un mode de rémunération intermédiaire entre le forfait et les prix unitaires.

D'une manière générale, le prix doit procéder autant que possible d'un partage des risques entre l'acheteur public et le titulaire du marché, avec la préoccupation de protéger ce dernier contre les conséquences des aléas les plus lourds, mais aussi une incitation :

- au respect des engagements contractuels (délais, qualité) ;
- à la réduction des coûts (une formule consiste à prévoir dans le marché un pourcentage de réduction applicable aux prix unitaires en fonction des quantités commandées).

L'application de ce principe conduit à insérer dans les marchés des clauses comportant le maximum d'incitations financières à la bonne exécution du contrat ; celles-ci peuvent revêtir différentes formes :

- incitation au respect des délais (pénalités pour retard ; voire primes d'avance dans les cas spécifiques où l'acheteur a intérêt à la réduction du délai prévu au contrat) ;
- incitation à la qualité (primes pour dépassement de performances, intéressement au bon fonctionnement) ;
- incitation portant sur le respect des quantités mises en oeuvre (dans un marché de génie civil par exemple, abattement sur les prix lorsque les quantités dépassent celles initialement prévues).

Le marché peut également comporter une clause d'intéressement, où la réduction de prix obtenu est compensée et encouragée par une augmentation proportionnelle de la marge du titulaire. Le règlement résulte alors d'une comparaison d'un prix résultant d'un contrôle des coûts avec un prix d'objectif, soit global fixé au marché, soit résultant de l'application aux quantités réellement exécutées de prix unitaires fixés au marché. La différence est partagée entre les cocontractants selon une formule d'intéressement, qui peut revêtir diverses formes.

Sur ces questions, il convient de se reporter à la circulaire n° 2485, du ministre de l'économie et des finances du 4 mars 1969, relative au guide des clauses de caractère incitatif dans les marchés (brochure n° 2007 éditée par la Direction des Journaux officiels).

Article 17

Sous réserve des dispositions de l'article 18, un marché est conclu à prix définitif.

Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Le prix ferme est actualisable dans des conditions fixées par décret.

Un marché est dit à prix ajustable ou révisable lorsque le prix peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans des conditions fixées par le décret mentionné à l'alinéa précédent. Lorsqu'un marché comporte une clause de variation de prix, il fixe la périodicité de mise en oeuvre de cette clause.

17.1. Marchés à prix initial définitif.

La règle est de conclure à prix initial définitif (art. 17, premier alinéa). Cela signifie que le prix ou les modalités de sa détermination sont fixés initialement dans les documents contractuels du marché.

Lorsque le marché est conclu à prix initial définitif, le prix réglé peut cependant être différent du prix prévu en raison de modifications du volume ou de la nature de la prestation. Ces modifications doivent faire l'objet soit d'un avenant, soit d'une décision de poursuivre prise par la collectivité, lorsqu'elles excèdent les limites de variations prévues au marché.

Lorsque le marché a été passé après mise en concurrence, les modifications de volume en dehors des limites contractuelles précisées dans l'appel d'offres doivent rester exceptionnelles. En effet, ces modifications ne sauraient bouleverser l'économie du marché sans contrevenir aux principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures édictés à l'article 1er du code des marchés publics.

17.2. Incidence des aléas économiques sur la forme des prix.

Les aléas portent sur les fluctuations qui peuvent affecter les éléments du coût de la prestation pendant la durée qui s'écoulera entre le moment où le prix a été établi et la fin de l'exécution de la prestation.

Les documents contractuels doivent définir expressément les conditions prévues pour tenir compte, le cas échéant, des variations des conditions économiques, en référence aux règles fixées par le décret d'application de l'article 17 du code des marchés publics.

Trois éléments doivent permettre à la personne publique contractante de choisir entre forme de prix ferme (le cas échéant actualisable) ou, la forme de prix ajustable ou révisable :

- la nature de la prestation à commander ;
- sa durée d'exécution ;
- l'évolution prévisible de la conjoncture pour cette prestation et pendant cette durée.

L'analyse préalable de ces trois éléments est menée par la personne publique contractante avant le lancement de la consultation. Elle suppose un effort de réflexion et de recherche d'informations concernant la prestation commandée, mais également l'environnement économique dans lequel s'exécutera la prestation. Cette analyse doit permettre à la personne publique de porter un jugement permettant de choisir la forme du prix adaptée aux intérêts des cocontractants.

Pour des marchés comportant des prestations de nature différente identifiées dans des postes distincts (marché global de réalisation pour la défense, notamment), il peut être recouru à plusieurs formes de prix.

17.2.1. Quand choisir un prix ferme, le cas échéant actualisable.

Le prix ferme doit être adopté lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante, c'est-à-dire chaque fois qu'il n'y a pas lieu de craindre des mouvements de prix

brusques et imprévisibles, eu égard à l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques de la prestation considérée pendant sa période d'exécution (art. 17, deuxième alinéa).

Le prix ferme est, le cas échéant, actualisable pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques entre sa date d'établissement et le début d'exécution des prestations, selon les règles fixées par le décret d'application précité.

L'actualisation est de droit pour les marchés de travaux et les marchés de services autres que courants, à savoir ceux pour lesquels l'acheteur public impose des spécifications techniques qui lui sont propres ; elle est facultative pour les marchés de fournitures et services courants.

S'agissant notamment des marchés d'une durée inférieure ou égale à douze mois, dans un contexte de faible inflation, il doit être recouru très généralement à la forme du prix ferme. Toutefois, la nature de la prestation elle-même est également à prendre en considération. Ainsi, le prix ferme est-il déconseillé quand le marché met en oeuvre des produits ou matières dont les cours évoluent, même sur de courtes périodes, de manière inopinée (produits pétroliers et leurs dérivés par exemple).

Dans le silence du marché, le prix est ferme. Alors le prix de règlement est égal au prix initial figurant au contrat.

17.2.2. Quand choisir un prix ajustable ou révisable.

En revanche, si le choix du prix ferme peut exposer le titulaire ou la personne publique contractante à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations, il est recommandé d'adopter le prix ajustable ou le prix révisable. Alors, le prix initial figurant au contrat est modifié pour effectuer le règlement.

Le prix ajustable et le prix révisable sont donc les deux modalités de prix de règlement qui permettent de tenir compte de l'évolution des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Elles sont fondamentalement différentes en ce que :

- l'ajustement s'effectue en fonction d'une référence représentative du prix de la prestation elle-même ;
- la révision s'effectue en fonction d'éléments représentatifs du coût de la prestation.

17.2.2.1. Le prix ajustable.

Le prix ajustable est recommandé pour les prestations faisant l'objet d'échanges commerciaux sur le marché. Ces prestations se caractérisent par un prix résultant du jeu de l'offre et de la demande observable et connu. L'évolution du prix est mesurable au moyen d'indices statistiques, d'index ou de publications telles que barèmes, tarifs ou mercuriales. Le marché stipule alors les abattements, rabais ou, plus rarement, majorations fermes - en valeur absolue ou en pourcentage - à appliquer aux prix de référence ainsi que toutes précisions nécessaires pour définir sans ambiguïté les prix de référence choisis, en particulier les publications où ces prix peuvent être trouvés.

Certains achats sont susceptibles d'ajustements fréquents (papier, par exemple).

La référence à des prix de tarifs ou de catalogues doit être envisagée avec circonspection ; elle ne doit notamment pas exposer l'acheteur public à une dérive incontrôlée du niveau des prix tel qu'il se présentait à l'établissement du marché, suite à un changement de la politique de marge du fournisseur par exemple. Il conviendra par conséquent de toujours veiller à assortir cette référence d'une clause butoir et de sauvegarde.

En définitive, le prix ajustable ne vise donc pas à maintenir la marge commerciale du titulaire, mais à évoluer en proportion de l'évolution du prix de la prestation fixé par le libre jeu de la concurrence.

17.2.2.2. Le prix révisable.

Le prix révisable est recommandé pour des prestations pour lesquelles la personne publique contractante impose des spécifications techniques qui lui sont propres. Dans ce cas, le prix n'est ni observable, ni connu. Il découle des éléments de

coût entrant dans la réalisation de la prestation. Le prix révisable est modifié en fonction des variations des facteurs objectifs du coût des éléments de la prestation concernés (SMIC, matériaux, matières premières, produits fabriqués, sous-ensembles, énergie, etc.). Il ne tient donc pas compte des facteurs propres au titulaire tels que l'évolution de la productivité, les améliorations ou innovations techniques ou la politique sociale de l'entreprise.

Les formules de révision sont fondées sur des indices de coûts unitaires, en particulier de main d'oeuvre ; elles comprennent nécessairement un terme fixe pour représenter l'amélioration de la productivité et la concurrence, qui permettent de contenir voire de réduire les prix, tandis que les coûts des matières premières et de la main d'oeuvre dérivent.

17.3. Recommandations pour la rédaction.

Lorsque, compte tenu des circonstances économiques du moment et en raison de la durée d'exécution du marché, la personne publique contractante décide de traiter sur la base d'un prix ajustable ou d'un prix révisable, elle doit, lors de la mise en concurrence des candidats, le faire connaître dans les pièces de la consultation et indiquer les conditions de la mise en oeuvre de l'ajustement ou de la révision. En effet, la forme du prix - ferme, ajustable ou révisable - peut avoir sur l'ampleur de la concurrence un effet incitatif ou au contraire, dissuasif.

Les conditions de l'ajustement ou de la révision sont, bien entendu, incluses dans le marché et constituent un des éléments qui influent sur les offres de prix. L'introduction, par voie d'avenant, d'une clause d'ajustement ou de révision à un marché passé sur la base d'un prix ferme constituerait une irrégularité grave, de nature à fausser les conditions de la mise en concurrence initiale. Il en est de même des modifications des conditions de mise en oeuvre de ces clauses.

Article 18

I. - Les marchés négociés peuvent être conclus à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants :

- 1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;
- 2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;
- 3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini au II de l'article 72 du présent code, doivent être fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;
- 4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou la personne responsable du marché, sous réserve que celle-ci ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;
- 5° Lorsque, dans le cas de marchés passés pour les besoins de la défense sans mise en concurrence, en application du 4° du III de l'article 35, les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter ne sont pas connus au moment de la négociation du prix du marché. Dans ce cas, seuls font l'objet de prix provisoires les éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter et pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu.

La personne publique contractante peut demander l'introduction dans le cahier des charges du marché d'exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants et vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci sont choisis par le titulaire du marché.

II. - Les marchés conclus à prix provisoires précisent :

- 1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, éventuellement dans la limite d'un prix plafond ;
- 2° L'échéance à laquelle devra intervenir un avenant pour fixer le prix définitif ;
- 3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;
- 4° Les vérifications sur pièces et sur place que l'administration se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

III. - Lorsque, pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1er de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, les marchés de maîtrise d'oeuvre sont passés à prix provisoires, ils le sont conformément au décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

18.1. Marchés à prix provisoire : cadre juridique, double limitation du champ d'application.

Conformément à l'objectif d'unification des procédures guidant la réforme du code des marchés publics, le recours à la forme des prix provisoires dans les marchés publics est désormais ouvert aux collectivités territoriales et à leurs établissements.

Exceptionnellement, la nécessité peut imposer de commencer l'exécution du marché alors que des inconnues demeurent pour la détermination du prix initial.

Le prix provisoire est un prix qui, tel que défini initialement, nécessite pour le fixer définitivement une négociation. Cette négociation intervient pendant la durée du marché. L'accord entre les parties se concrétise par un avenant fixant le prix définitif du marché, forfaitaire ou assorti d'une clause d'intéressement.

Cette catégorie de marchés demeure donc une exception au principe selon lequel les marchés sont conclus à prix initial définitif, édicté au premier alinéa de l'article 17.

En vertu de l'article 97, le prix provisoire constitue la base d'après laquelle s'opèrent la mobilisation bancaire du marché et le versement d'acomptes.

Hormis le cas spécifique, visé au III de l'article 18, des marchés de maîtrise d'oeuvre d'une opération soumise à la loi MOP, le recours au prix provisoire fait l'objet d'une double limitation :

- en premier lieu, il n'est ouvert que dans le cadre d'un marché négocié, procédure dont le champ d'application est lui-même circonscrit à douze cas listés à l'article 35 du code des marchés publics (v. commentaire des articles 34 et 35) ;

- en second lieu, il n'est permis que dans l'un des cinq cas limitativement énumérés à l'article 18 du même code :

1° Prestations complexes ou technique nouvelle présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants ; l'urgence - invoquée souvent abusivement - ne suffit pas en soi à justifier le recours au prix provisoire, notamment pas lorsque les services ont retardé sans motif valable la passation d'un marché pour lequel un prix initial définitif aurait pu être arrêté.

2° et 3° Attente des résultats d'une enquête de coût, analyse effectuée dans la comptabilité du titulaire d'un marché pour déterminer le coût de revient constaté d'une prestation :

- soit au titre d'un marché antérieur (2e cas) ;

- soit sur les premières tranches, conclues à prix définitifs, d'un marché dont les dernières tranches sont fixées à prix provisoire (3e cas).

Le contrôle des coûts de revient n'étant institué qu'à l'égard des marchés publics de l'Etat (articles 126 à 129 du code), ces deux cas ne peuvent concerner les marchés des collectivités territoriales que si ces dernières stipulent dans leurs contrats un dispositif de contrôle des coûts analogue.

4° Marché de production de série dont les prix sont remis en cause. Cette situation peut notamment se produire lorsque les marchés antérieurs sont anciens et que, de ce fait, l'application d'une formule de mise à jour de prix, avec ou sans partie fixe et abattement de productivité, ne saurait retracer fidèlement l'évolution des coûts des prestations concernées.

Sous réserve que la personne responsable du marché ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs, un marché à prix provisoire peut alors être conclu.

5° Parties en sous-traitance d'un marché passé pour les besoins de la défense, sans mise en concurrence. L'acquisition des grands systèmes d'armes peut nécessiter d'en confier la responsabilité globale de conception, de définition détaillée, de fabrication et de fourniture à un " maître d'oeuvre industriel ", appelé également ensemblier, intégrateur ou architecte industriel. Les restructurations et concentrations affectant l'industrie d'armement imposent alors souvent le choix de ce maître d'oeuvre (monopole de fait ou position dominante). En revanche, celui-ci est alors tenu de recourir à la sous-traitance pour l'acquisition de sous-systèmes ou d'équipements, en faisant largement appel à la concurrence et de façon transparente pour le maître de l'ouvrage.

A cet effet, les modalités de mise en oeuvre de cette disposition - notamment quant au choix des sous-traitants - ont lieu d'être soigneusement réglées dans les documents contractuels, en conformité avec la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance (JO du 3 janvier 1976) et à ses textes d'application (circulaires du ministre de l'économie et des finances du 7 octobre 1976, JO du 7 novembre 1976 ; circulaire du 31 janvier 1983, JO du 13 mars 1983).

En toute hypothèse,

- un prix provisoire n'est prévu qu'à concurrence des éléments sous-traités du marché pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu ;

- seul le titulaire du marché principal de maîtrise d'oeuvre industrielle demeure personnellement responsable envers le service acheteur de la totalité du marché, même pour la partie sous-traitée.

S'agissant du cas spécifique des marchés de maîtrise d'oeuvre d'une opération soumise à la loi MOP, visé au III de l'article

18 du code des marchés publics, le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé prévoit en son article 29 que, " dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du contrat avec le maître d'oeuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage. "

18.2. Clauses obligatoires.

Elles sont énoncées à l'alinéa II de l'article 18 :

- conditions de détermination du prix définitif ;
- phases ou échéances pour passer un avenant fixant le prix définitif ;
- règles comptables auxquelles le titulaire doit se conformer ;
- le cas échéant, vérifications sur pièces et sur place des éléments techniques et comptables du coût de revient.

18.2.1. Les règles comptables à préciser dans le marché (art. 18-II, 3°).

Un soin particulier doit être apporté à la rédaction des clauses édictant les règles comptables visées au 3° du II de l'article 18 du code dans les cas de marchés à prix provisoires. En effet, ces obligations n'étant plus codifiées, elles ne sont désormais opposables que pour autant qu'elles aient été stipulées dans les documents contractuels.

Les services contractants doivent donc, dans tous les marchés à prix provisoires, énoncer systématiquement les règles déclinées ci-après, qu'ils aient ou non l'intention d'effectuer une enquête.

18.2.1.1. Les cahiers des charges doivent contenir des clauses par lesquelles les fournisseurs (titulaires du marché et, le cas échéant, sous-traitants) s'engagent :

A observer les obligations comptables que ces mêmes cahiers définissent ;

A permettre à l'acheteur public de prendre connaissance des divers documents prévus par ces mêmes obligations.

18.2.1.2. Les fournisseurs doivent identifier chacun des documents concernés par ces obligations comptables afin de permettre le contrôle.

18.2.1.3. La comptabilité des fournisseurs doit retracer, sans omission ni double emploi, avec justification à l'appui, les opérations se rapportant à ce marché et permettre de dégager :

Les dépenses afférentes aux approvisionnements (matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc.) destinés à entrer dans la composition des prestations qui font l'objet du marché, les frais concernant la main-d'oeuvre effectivement afférents à l'exécution de ces prestations, ainsi que toutes autres charges individualisées directement applicables au marché.

Les charges directes ainsi visées sont constituées par les dépenses exposées exclusivement pour l'exécution du marché et, de ce fait, imputables en totalité au marché. L'énumération ci-dessus est donc non limitative. Constituent également des charges directes : les frais d'étude, de démarrage et d'essais, qui ne s'appliquent qu'à l'exécution du marché (voir ci-dessous au point 18.2.1.5).

Toutes les autres charges, dites indirectes, imputables pour partie seulement au marché.

Les charges indirectes sont les charges générales de l'entreprise qui ne peuvent être individualisées pour le marché considéré et qui, pour cette raison, sont imputables pour une quote-part au marché.

Les écritures spéciales propres à chaque marché sont appuyées de toutes justifications afférentes aux opérations qu'elles retracent ; ces justifications peuvent être constituées par les références aux documents figurant à l'appui de la comptabilité générale de l'entreprise.

18.2.1.4. Préalablement à la passation du marché, l'acheteur public doit demander au candidat de produire les règles de

répartition des charges indirectes adoptées par lui en fonction de la structure et des conditions d'exploitation de l'entreprise.

18.2.1.5. Lorsque l'exécution de la prestation faisant l'objet du marché entraîne des frais non permanents (tels que frais d'étude, d'essais, de démarrage, etc.), ces frais sont distingués, dans la comptabilité tenue dans les conditions prévues au

18.2.1.3 ci-dessus, des frais courants et normaux de construction ou de fabrication.

18.2.1.6. Chaque fournisseur dresse :

Un tableau faisant ressortir les éléments de calcul de l'amortissement de ses principales installations ou de ses principaux équipements utilisés pour l'exécution du marché ;

Un état spécial présentant le montant des charges indirectes à répartir suivant les règles adoptées et les répartitions opérées entre le marché considéré et les autres travaux, fournitures ou services.

18.2.1.7. Les commissions versées à des intermédiaires à l'occasion des marchés à prix provisoire doivent être déclarées aux acheteurs publics contractants et portées distinctement dans la comptabilité tenue dans les conditions prévues au 18.2.1.3 ci-dessus.

Les mesures de publicité auxquelles donnent lieu la passation des marchés publics permettent aux entreprises d'avoir aisément connaissance des besoins des acheteurs publics et, par conséquent, de se porter candidates sans l'intervention de tiers. Dès lors, le recours à des intermédiaires doit demeurer exceptionnel.

18.2.1.8. Par dérogation aux dispositions énoncées aux 18.2.1.3, 18.2.1.5, 18.2.1.6 et 18.2.1.7 ci-dessus, il peut être décidé que le fournisseur fera apparaître, dans la comptabilité propre au marché considéré, pour certains éléments du prix, non leur valeur réelle, mais leur valeur établie d'après des bases forfaitaires fixées dans le marché.

Cette faculté est appelée à jouer dans le cas où, ayant déjà fait exécuter des marchés de même nature et procédé à une analyse des éléments de prix, l'acheteur public a des indications suffisantes pour fixer les bases forfaitaires dans un ou plusieurs marchés nouveaux.

18.2.2. Les modalités de contrôle (art. 17-II, 4°).

La nature et les modalités du contrôle auquel doit se soumettre le titulaire du marché sont fixées dans les documents contractuels. Ce contrôle est exercé en application des articles 126 à 129 du code.

Par ailleurs, les enquêtes chez les sous-traitants du titulaire d'un marché ne peuvent être effectuées que si cette disposition a été prévue dans le contrat passé avec l'entreprise titulaire et acceptée par ceux-ci.

Pour un commentaire complet de ces dispositions, voir :

- l'instruction du 15 octobre 1964 pour l'application de l'article 54 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 instituant un droit de contrôle des prix de revient pour certains marchés (JO du 30 octobre 1964) ;
- les directives du Premier ministre du 10 octobre 1969 pour la mise en oeuvre d'une méthode rationnelle de négociation des prix et des marges dans les marchés de gré à gré (revue Marchés publics, n° 85 bis) ;
- la circulaire du ministre de l'économie et des finances du 26 juillet 1971 relative à la pratique des analyses de coûts dans les marchés publics.

L'ensemble de ces textes est également repris dans le recueil des textes relatifs aux prix dans les marchés publics (brochure n° 2007, éditée par la Direction des Journaux officiels).

18.2.3. Les modalités propres aux marchés pour les besoins de la défense.

En outre, indépendamment de ces obligations communes à l'ensemble des marchés à prix provisoires mais pour les

mêmes motifs, dans le cas des marchés passés pour les besoins de la défense, il doit être également spécifié systématiquement que les fournisseurs sont soumis aux contrôles définis par les textes relatifs au régime des matériels de guerre, armes et munitions.

Il s'agit notamment des textes suivants :

- décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, complété par le décret du 6 mai 1995 portant sur le même objet, qui assure la transposition de la directive communautaire du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, ainsi que la transposition partielle de la directive du 5 avril 1993 relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil (JORF, 7 mai 1995, p. 7458) ;
- arrêté interministériel du 20 décembre 2000 définissant le cadre général dans lequel sont déterminés les coûts de revient des prestations des sociétés intervenant dans les domaines de l'aéronautique, de l'espace, des télécommunications et de la construction électronique ;
- cahiers des clauses administratives communes (CAC/DGA : BOA n° 24-25 du 19 juin 2000 ; CAC/AFQ/2000 : BOA n° 39 du 25 septembre 2000, modifié au BOA n° 44 du 9 octobre 2000).

Ce régime est applicable sauf dérogation prévue par arrêté du ministre de la défense. Cette faculté de dérogation est appelée à jouer lorsque l'administration dispose de tous les éléments qui lui permettent d'apprécier de façon suffisante les prix qui lui sont proposés pour certaines catégories de matériels de guerre. Lorsqu'il en est ainsi, la référence à l'arrêté du ministre de la défense est portée dans les marchés.

18.3. Emploi des prix provisoires et recommandations.

Si, compte tenu de l'importance des intérêts en jeu, le prix provisoire peut être admis exceptionnellement pour des marchés d'un montant élevé, il est fortement déconseillé de l'utiliser pour des marchés de faible montant.

Lorsque l'acheteur public ne dispose pas des moyens suffisants pour suivre de près la prestation objet du marché, la méthode du prix provisoire présente des inconvénients sérieux :

- du point de vue économique, elle induit un risque de dérive des coûts lors de la première étape. Contrairement à ce qui est fréquemment admis, cet inconvénient subsiste si un plafond a été prévu ; en effet, à ce stade, l'intérêt du titulaire est de se rapprocher du prix plafond alors que, le plus souvent, celui-ci n'a pas lui-même fait l'objet au préalable d'une négociation serrée de la part du service acheteur ;
- du point de vue pratique, elle nécessite une enquête comptable exigeant des délais trop longs pour que puissent être, en général, respectées les règles fixées par le code pour transformer le prix provisoire en prix définitif.

Le prix provisoire devient donc souvent très proche d'un prix en dépense contrôlée pure, forme de prix désormais proscrite par le code des marchés publics. Il convient par conséquent d'appliquer au prix provisoire la règle de la marge définie en valeur absolue - et non en pourcentage - et surtout de limiter le plus possible l'usage de ce système, en recourant de préférence à des clauses d'intéressement.

Lorsque la procédure du prix provisoire est utilisée, il est donc nécessaire de veiller fermement, pour ne pas tendre vers un règlement en dépense contrôlée :

- 1° A ce que les prix provisoires soient plafonnés et de façon réaliste - à défaut de quoi le marché est vicié par indétermination du prix ;
- 2° A ce que le prix définitif soit fixé le plus rapidement possible.

C'est pourquoi il convient de bien indiquer dans le marché les phases auxquelles les parties feront le point pour se mettre d'accord sur les éléments de coût à retenir ainsi que le moment (date ou fin d'une phase technique) où un ou des avenants concrétiseront ces accords, et notamment le prix définitif (v. la lettre collective n° 144 M du 31 octobre 1972 sur les avenants aux marchés publics, § II, A 1).

La mise en oeuvre de clauses d'intéressement dans un marché à prix provisoire peut permettre utilement d'inciter le titulaire à la réduction des coûts.

Chapitre VIII Avenants

Article 19

Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.

Cet article constitue un rappel à la vigilance sur les conditions d'exécution du marché et le respect de la mise en concurrence initiale.

19.1. Définition de l'avenant.

Un avenant est un contrat écrit constatant un accord de volonté des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur.

L'avenant n'est conclu valablement que s'il est signé tant par la personne publique que par le titulaire du marché.

19.2. Objet de l'avenant.

19.2.1. Changement des obligations des parties.

L'avenant peut modifier les obligations réciproques des parties sur de nombreux points.

S'agissant du prix, le principe est celui de l'irrévocabilité des prix contractuels. Cependant, il est possible de modifier le prix dans des cas exceptionnels d'erreur purement matérielle (CE, 21 mai 1990, Sté Frédéric Roudet). Ce principe, par ailleurs, ne fait pas obstacle à l'indemnisation du cocontractant, en cas de sujétions techniques imprévues ou d'application de la théorie de l'imprévision. Enfin, un avenant au marché initial peut permettre de prendre en compte une durée d'exécution et/ou des frais ou travaux supplémentaires sous réserve qu'il n'y ait pas bouleversement de l'économie du marché et que les conditions de la mise en concurrence initiale ne soient pas remises en cause.

De même, l'avenant peut prévoir, toujours dans les limites de la règle de l'interdiction de bouleverser l'économie du marché, une poursuite des prestations au-delà de la date du terme fixée par le marché. L'avenant ne pourra toutefois pas avoir pour effet de prolonger le marché au-delà de la durée maximale prévue par le code pour certains types de marchés (exemple : trois ou cinq ans selon les cas de marchés à bons de commande). Si la durée du marché atteint déjà ces durées maximales, le marché ne peut être prolongé.

Enfin et toujours dans les mêmes limites, l'avenant peut également modifier d'autres obligations réciproques des parties. Il peut notamment s'agir de la définition technique de la prestation, de la variation dans la masse des travaux ou des fournitures, des délais d'exécution, du lieu de réalisation ou de livraison des prestations, du paiement direct des sous-traitants ou du mode de règlement.

19.2.2. Changement de la personne publique cocontractante.

L'avenant a également vocation à régir les changements qui peuvent affecter la personne publique contractante (exemples : cession volontaire du marché, fusion de communes ou d'établissements publics). Ce n'est cependant pas nécessaire lorsque le transfert s'effectue entre services de l'Etat, celui-ci étant une seule et unique personne publique.

19.2.3. Changement du titulaire du marché.

De même, les modifications affectant la personne du titulaire du marché doivent donner lieu dans certains cas à la passation d'un avenant. A titre d'exemples, on peut citer : le décès du cocontractant, l'apport du marché par son titulaire à une société ou à un GIE, la disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle, la cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers.

Dans ces hypothèses, l'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 a précisé que la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique. Aussi, après appréciation des garanties professionnelles et financières que peut apporter le cessionnaire reprenant le contrat, pour assurer la bonne fin du contrat, la personne publique <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-dispositions-generales/>

cocontractante peut autoriser la cession. Si la cession lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat, la collectivité publique est tenue de refuser son autorisation de cession.

En revanche, un avenant n'est pas nécessaire dans les cas suivants : reprise du contrat par l'administrateur judiciaire lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, changement n'affectant pas la forme juridique de l'entreprise mais sa raison sociale ou sa domiciliation, changement de la structure de l'entreprise n'entraînant pas la création d'une nouvelle personne morale (par exemple : transformation d'une SARL en SA), changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire.

19.3. L'avenant ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet.

Modifier par avenant le marché, que ce soit en quantité ou en qualité des prestations prévues au départ peut avoir pour effet de remettre en cause a posteriori le respect des règles de publicité et de mise en concurrence. Un avenant bouleversant l'économie du marché ne constitue pas un avenant mais un nouveau contrat, un marché distinct du marché initial.

Pour définir la notion de " bouleversement de l'économie du contrat ", il convient de procéder soit à une évaluation quantitative de l'augmentation du marché entraînée par les nouvelles prestations, soit à une analyse de la portée des modifications sur le contrat initial.

Aucun texte ne fixe de limite chiffrée sous la forme d'un pourcentage en plus ou en moins du montant initial du marché au-delà de laquelle les avenants bouleverseraient l'économie du contrat et présenteraient un caractère illégal.

L'appréciation de la validité des avenants doit s'effectuer au cas par cas, en fonction des circonstances de fait propres à chaque espèce.

Par ailleurs, sont irréguliers les avenants relatifs à une prestation sans lien avec l'objet initial du marché.

19.4. L'exception des sujétions techniques imprévues.

Des avenants qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat sont autorisés dans l'hypothèse où le titulaire s'est trouvé confronté à des sujétions techniques imprévues. Dans ce cas, en effet, les théories jurisprudentielles ouvrent au cocontractant de l'administration un droit à indemnité couvrant les charges supportées par l'entreprise, et non prévues au contrat, afin d'assurer la continuité du service public. L'avenant concrétise ce droit à indemnité.