



Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics

Guide de bonnes pratiques

Guide élaboré par l'atelier de réflexion PME et commande publique

Décembre 2012



TABLE DES MATIERES

PREAMBULE	5
FICHE N° 1 LES ORIENTATIONS DE LA POLITIQUE ACHATS DES ACHETEURS PUBLICS.....	7
FICHE N° 2 L'ANALYSE DU BESOIN	9
FICHE N° 3 MODE DE DÉVOLUTION - ALLOTISSEMENT	17
FICHE N° 4 PERMETTRE L'ACCÈS DES PME AUX MARCHÉS GLOBALISÉS	21
FICHE N° 5 GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES (OU GROUPEMENT D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES).....	23
FICHE N° 6 AUTORISER LES VARIANTES	27
FICHE N° 7 LA VARIATION DU PRIX DANS LES MARCHÉS PUBLICS	29
FICHE N° 8 LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS SELON L'ARTICLE 53 DU CMP	35
FICHE N° 9 LA CONFIDENTIALITÉ DES OFFRES	39
FICHE N° 10 L'INDEMNISATION POUR LA REMISE DE PRESTATIONS À L'APPUI DES OFFRES.....	41
FICHE N° 11 L'EXAMEN DE LA CANDIDATURE DES NOUVELLES ENTREPRISES OU DES NOUVEAUX ENTRANTS EN MARCHÉS PUBLICS.	43
FICHE N° 12 LA DIFFUSION D'UNE TRAME DE MÉMOIRE TECHNIQUE	45
ANNEXE 1 AIDE À LA RÉDACTION D'UN MÉMOIRE TECHNIQUE	47
ANNEXE 2 : EXEMPLES D'ÉLÉMENTS POUVANT ENTRER DANS LE CONTENU D'UN MÉMOIRE TECHNIQUE	53
FICHE N° 13 LES ASSURANCES DANS LES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX.....	55
FICHE N° 14 RÈGLES ET BONNES PRATIQUES DE LA SOUS-TRAITANCE DANS LES MARCHÉS PUBLICS.....	59
ANNEXE	65

PREAMBULE

DIRECTION GENERALE DE LA COMPETITIVITE,
DE L'INDUSTRIE ET DES SERVICES

DIRECTION DES AFFAIRES
JURIDIQUES

Le premier guide élaboré par l'atelier de réflexion PME et commande publique, qui avait pour principal objectif d'accompagner la mise en œuvre de la réforme du code des marchés publics est paru en février 2008, quelques mois seulement avant une crise économique sans précédent.

Nous sommes depuis, encore davantage, aux côtés des entreprises, pour les aider à exister dans cette crise. Dans les actions que nous sommes, chacun, amenés à conduire, nous veillons à créer ou maintenir un environnement et des conditions favorables à leur survie et à leur développement, en particulier pour les plus petites d'entre elles, PME et TPE.

C'est la volonté de susciter et de développer auprès des acheteurs ce « réflexe PME », qui a motivé les travaux de refonte de ce guide, qui prend le titre « Outil pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics ».

Restituer et mutualiser les bonnes pratiques en matière d'achat public, pour susciter la concurrence la plus large possible, identifier, pour les corriger, les comportements d'achat susceptible de constituer des freins à l'accès des PME et TPE à la commande publique, telles ont été les orientations du travail collaboratif mené par les membres de l'atelier.

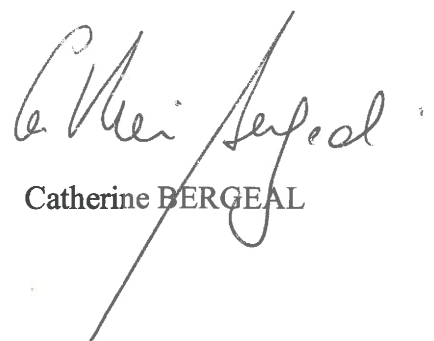
L'un des axes de la professionnalisation des acheteurs publics passe par la prise de conscience que l'acte d'achat est structurant pour son environnement économique. L'acheteur a tout à gagner à identifier, connaître et utiliser les outils à sa disposition, pour susciter l'intérêt du plus grand nombre d'opérateurs économiques possible. Ce guide a vocation à l'y aider.

Le monde de l'achat public et celui de l'entreprise ne sont pas deux univers étanches qui ne se rencontrent que le temps d'une procédure. Le dialogue est enrichissant, salutaire, nécessaire. Ce guide est le fruit de ce dialogue, nourri, constructif, parfois vif, mais plus que jamais indispensable entre les acheteurs et les entreprises.

Que tous les membres de l'atelier soient ici remerciés pour l'implication, l'enthousiasme et l'intelligence qu'ils ont mis dans ce travail.



Pascal FAURE



Catherine BERGEAL

FICHE N° 1

Les orientations de la politique Achats des Acheteurs publics

Les pouvoirs adjudicateurs de l'État et de ses établissements publics administratifs, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics locaux, des établissements publics de santé (hôpitaux ...), et l'Union des Groupements d'Achat Public (centrale d'achats à laquelle ils peuvent s'adresser), sont tenus, dans le cadre de leurs achats de travaux, de fournitures et de services, de respecter le code des marchés publics. Ce code est fondé sur les principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Les politiques publiques, que mettent en œuvre les acheteurs publics, concernent, en priorité, **l'accès des PME à la commande publique** et doivent, à ce titre, être incluses dans les stratégies d'achat.

En outre, les activités des acheteurs publics peuvent judicieusement être encadrées par des chartes de déontologie ou de bonnes pratiques permettant d'accompagner les acheteurs dans leur métier et d'identifier les risques liés à leur fonction afin de les prémunir contre les comportements répréhensibles.

Les acheteurs publics acquièrent une connaissance du tissu économique relatif aux marchés sur lesquels ils travaillent, et ce tant sur la nature des acteurs opérant sur le marché, que sur l'état de l'offre. Cette connaissance doit conduire les acheteurs à élaborer des contrats adaptés aux spécificités et à l'état technologique de l'offre.

En amont des consultations, les acheteurs publics s'engagent à développer une information à destination des entreprises afin d'offrir la plus grande visibilité possible sur leurs besoins et leurs méthodes de contractualisation et stimuler la concurrence. La désignation d'interlocuteurs dédiés pour les entreprises et la mise en place d'une communication pérenne sur le sujet permettent de faciliter l'accès aux marchés publics pour les entreprises.

Le profil d'acheteur ou le site internet peut être utilisé, à cet effet, par l'adjonction de rubriques sur les projets d'équipements, la politique d'achat du pouvoir adjudicateur, l'organigramme des services acheteurs.

Les acheteurs ont le souci de l'amélioration continue de leur dispositif contractuel et, notamment, des relations qu'ils développent avec leurs fournisseurs. Les pratiques de dialogue lors de l'exécution des contrats et le recours prioritaire à la médiation, en cas de difficultés, font partie des engagements pris par les acheteurs publics. De telles pratiques doivent être encouragées.

Les acheteurs recherchent **un niveau de professionnalisation, par exemple lors de l'établissement du mémoire technique**, leur permettant d'être efficaces, d'optimiser le coût d'acquisition pour l'administration, tout en tenant compte des contraintes pesant sur les entreprises.

Enfin, toutes les personnes publiques parties prenantes du présent guide (Service des achats de l'Etat, Union des Groupements d'Achat Public, ministères concernés, établissements publics, collectivités territoriales...) s'engagent à créer des synergies, des lieux de rencontres et d'échanges, le cas échéant dématérialisés, ouverts aux organisations professionnelles, afin de favoriser la diffusion des bonnes pratiques.

FICHE N° 2

L'analyse du besoin

I.- OBJECTIF

L'achat est destiné à satisfaire un besoin. La définition précise du besoin, étape imposée par le code des marchés publics¹, est un préalable indispensable, quels que soient le montant du marché, sa nature, la récurrence de l'achat, ou la procédure suivie (MAPA ou procédure formalisée : même les achats sur simple devis sont concernés).

De la bonne analyse du besoin vont découler toutes les autres étapes de l'achat. L'évaluation du besoin permet :

- de déterminer la nature de l'achat, les quantités ;
- de déterminer les spécifications techniques ;
- de rédiger le cahier des charges ;
- de définir les critères de sélection ;
- d'estimer le prix des prestations ;
- de déterminer la procédure d'acquisition ;
- de choisir la forme la plus adaptée de la publicité.

Il peut être essentiel, selon la nature des achats, de consulter, au préalable, les utilisateurs finaux. L'acheteur reformule, ensuite, la demande des services opérationnels, pour construire le marché. Par exemple :

- le besoin : offrir aux résidents de la commune une structure d'accueil pour les jeunes enfants
- l'objet des marchés :
 - marché de construction d'un bâtiment
 - marché d'acquisition de matériel de puériculture, et d'équipements adaptés
 - marché d'entretien...

Cet exemple illustre la différence entre un besoin et la manière dont il est concrétisé à travers les objets de plusieurs marchés qui concourent à sa satisfaction. Le besoin n'est pas en l'espèce de construire une crèche, mais de permettre l'accueil des jeunes enfants de la commune.

Le défaut d'évaluation du besoin a toujours d'importantes répercussions, et, en premier lieu, l'inadéquation de la prestation, l'insatisfaction de l'utilisateur final, le renchérissement des

¹ art 5 I du CMP : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. »

prestations, les risques contentieux...

Indispensable au pilotage efficace de l'achat, l'analyse du besoin doit être menée avec sérieux et méthode.

II.- METHODE

L'analyse du besoin comprend trois étapes :

- le recensement et la classification des besoins (besoins nés d'une obligation réglementaire de faire, besoins permanents, récurrents, occasionnels, urgents...), qui permet d'établir une programmation des achats ;
- l'expression du besoin, qui permet de déterminer les grandes lignes du ou des marchés (volume, qualité, fréquence ou périodicité, capacité) ;
- l'analyse technico-commerciale, qui permet de connaître l'environnement économique et l'offre existante sur le segment d'achat, notamment pour arrêter le cahier des charges technique.

1° ETAPE : RECENSEMENT ET CLASSIFICATION DES BESOINS

Le besoin peut être lié au fonctionnement de la structure (achat de fournitures de bureau) ou permettre d'assurer l'une de ses missions (les transports scolaires). Il peut être permanent, récurrent ou ponctuel, continu ou non. Il convient d'être attentif aux besoins qui relèvent d'une obligation réglementaire de faire, ou d'une définition imposée par des éléments extérieurs aux services de l'acheteur : la méconnaissance d'une réglementation entraîne la responsabilité de la collectivité.

1.- Identifier les besoins contraints

a) Le respect de la réglementation.

L'acheteur doit respecter les obligations légales et réglementaires qui imposent des normes minimales. Il peut s'agir de normes dans le domaine de la sécurité (ascenseurs), de l'accessibilité (voirie urbaine, bâtiments accueillant du public ou sites internet), du développement durable (température de chauffage...)...

La réglementation peut évoluer. L'acheteur doit donc organiser une veille continue non seulement dans le domaine des achats dont il a la charge, mais aussi sur le droit et la jurisprudence touchant la commande publique.

En effet, l'omission au stade de la définition des besoins de spécifications ou normes imposées risque de donner lieu à des modifications en cours d'exécution du contrat, nécessairement coûteuses, voire de remettre en cause le contrat lui-même.

b) L'urgence

Le code des marchés publics permet de recourir à des procédures simplifiées et spécifiques, selon la nature de l'urgence (urgence simple ou impérieuse). L'usage de ces facultés a été précisé par la jurisprudence (*pour en savoir plus, voir la fiche technique de la DAJ consacrée à [l'urgence dans les marchés publics](#)*).

2.- Prévoir et définir les autres besoins

Définir le besoin permet de programmer les achats et opérations (nature de l'achat, quantités, budget associé, procédure, calendrier). Cette programmation permet de déterminer, par rapport aux notions d'opérations et de besoins homogènes, le recours ou non à une procédure formalisée.

Pour les besoins continus ou récurrents, l'acheteur pourra recourir à une analyse des états de consommation, afin de déterminer les besoins fonctionnels des services, les quantités et la fréquence des achats à prévoir (exemples : marchés de restauration, prestations de nettoyage, fournitures de bureau). Afin que ces achats répétitifs ne s'installent pas dans une routine préjudiciable à la prise en compte des évolutions techniques et au maintien de la concurrence, un réexamen régulier de ces marchés est conseillé.

Les marchés à bons de commande peuvent être adaptés pour les achats correspondant à des besoins continus ou récurrents, lorsque les quantités, volumes ou la survenance du besoin ne peuvent être précisément prévus. Attention toutefois ! : l'absence d'indication d'un minimum ou d'un maximum dans les marchés à bons de commande n'est pas sans conséquence négative sur la réponse du candidat, qui devra arrêter son offre dans l'ignorance des volumes d'achat qui lui aurait permis d'affiner sa proposition.

Pour les besoins nouveaux, ponctuels ou les achats non standards, outre la connaissance du secteur économique par la documentation technique, les salons, l'acheteur pourra utilement trouver des informations (y compris sur les pratiques d'autres structures) dans les documents de marchés pour des achats similaires publiés sur les plateformes dématérialisées d'autres acheteurs.

Il existe des besoins qui sont connus dans leur principe, mais dont l'exacte expression n'est pas possible ou très difficile. Il est généralement impossible de prévoir leur date de survenance et, corrélativement, leur définition ne peut intervenir que lors de leur survenance (par exemple, pour les marchés de services juridiques).

Le recours à l'accord-cadre peut alors s'avérer adapté. Il ne dispense cependant pas de préciser la quantité ou l'étendue globale du besoin qui sera couvert par l'accord cadre.

2° ETAPE : EXPRESSION PRECISE DU BESOIN

1.- Les questions à se poser

- *A quelle FONCTION, à quel USAGE est destiné la prestation, le matériel, la fourniture ?*

A ce stade, la réponse ne doit plus être limitée, ni à l'énonciation des attentes à satisfaire des usagers et utilisateurs, ni à l'expression du besoin de manière générale. Il s'agit de la fonction ou de l'usage identifié par l'acheteur public comme permettant la satisfaction du besoin, tel que traduit par le pouvoir adjudicateur.

ex :

- pour la demande d'un lieu accueil des jeunes enfants qui a été traduit par le besoin de construction d'une crèche, la réponse du pouvoir adjudicateur doit permettre de préciser, le nombre d'enfants à accueillir, la nécessité d'un lieu de repos, les conditions horaires de réception, les conditions de production ou de distribution des repas ...

- *Quel est le LIEU d'utilisation ou de réalisation?*

Cette information peut induire des éléments de l'expression précise du besoin, telle la mise en œuvre de techniques particulières ou d'un matériel adapté.

ex :

- construction sur une zone possible de carrières nécessitant des fondations particulières,
- utilisation en extérieur de matériel informatique obligeant à des protections contre les chocs et intempéries.

- *Quelle est la FREQUENCE d'utilisation ?*

La réponse affecte les spécifications techniques des matériels, fournitures et services mais aussi les conditions contractuelles de leur possession.

ex : pour répondre au besoin de déneigement hors zone de montagne, la location saisonnière de matériel roulant de déneigement moyennant un loyer fonction du kilométrage utilisé peut être envisagée comme alternative à l'achat.

- *Quelle est la PERIODE d'utilisation ?*

Dépassez l'appréciation au regard de la situation actuelle et envisagez le besoin à moyen terme. Prévoyez la continuité dans le temps et son évolution technologique.

- *Quelle QUANTITE prévoir ?*

Déterminez la quantité précise, soit pour le secteur donné, soit en approche globale multi-secteurs. Les besoins peuvent-ils être déterminés en totalité ou non, font-ils l'objet d'un marché à bons de commande ? Assurez-vous de la programmation.

- *Quel DELAI de réalisation ?*

Déterminez si les prestations doivent être achevées avant une échéance impérative (rentrée scolaire, période de vacances, période de coupure de la circulation, salon professionnel...). Attention ! : la date d'achèvement du marché est une mention indispensable de la définition des besoins : une commune manque à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, en laissant la durée d'engagement à l'appréciation des candidats (CE, 1er juin 2011, Commune de Saint-Benoît, n° 345649).

- *Quel est le NIVEAU DE QUALITE à prévoir ?*

Déterminez les caractéristiques techniques requises, pour obtenir le niveau de qualité souhaité. Il est possible de se référer à des normes, ou de formuler le niveau de qualité sous forme de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Attention ! : les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

- *Quelles sont les NORMES ET REGLEMENTATIONS existantes en la matière?*

Recherchez les normes applicables sur le segment d'achat.

- *Y a-t-il un niveau de SECURITE particulier ?*

Certains matériels sont dangereux dans leur utilisation; cernez bien, dans ce cas, les processus de sécurité et les normes à reporter ou définir dans le cahier des charges.

Au moyen des réponses à ces différentes questions et toute autre pertinente, l'acheteur doit constituer les éléments de son cahier des charges exprimés, notamment, en termes de fonctionnalités.

Cette phase doit lui permettre d'identifier le niveau de qualité technique de la prestation en évitant deux écueils : la sous-qualité (prépondérance du prix) et la sur-qualité (prescriptions techniques excessives non justifiées par rapport aux besoins réels). Il est important de rappeler que, dans ces cas, les coûts induits augmenteront sans raison et la concurrence se trouvera restreinte inutilement.

2.- Intégrer les éléments d'achats durables, de coût global et les spécifications techniques

L'acheteur doit répondre aux obligations du code des marchés publics pour exprimer ses besoins en termes d'achats durables (article 5) et de spécifications techniques (article 6).

Il peut se référer utilement aux précisions apportées par l'arrêté modifié du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords cadres.

Les groupes d'études des marchés (GEM) élaborent à l'attention des acheteurs des guides d'achat dans des domaines variés qui renseignent sur les spécifications techniques à rechercher sur le segment d'achat en question. Ils sont consultables sur les pages OEAP du site marchés publics (<http://www.economie.gouv.fr/daj/observatoire-economique-lachat-public>).

Economiquement, il est essentiel d'avoir une logique de coût global, afin de rechercher la meilleure proposition, en tenant compte du coût d'acquisition mais aussi des coûts d'utilisation et d'élimination, ainsi que des aspects environnementaux.

L'Analyse du Cycle de Vie² (ACV) est désormais un élément à prendre en compte au même titre que le coût global. Le code des marchés publics met désormais en avant le critère de coûts de fonctionnement tout au long du cycle de vie. L'éco conception, qui est une démarche active d'optimisation environnementale prenant en compte l'ACV, est donc une démarche à intégrer.

3.- Rédiger le cahier des charges

Quelle que soit la forme du marché et les obligations de publicité et de mise en concurrence, le cahier des charges synthétise les étapes et phases précédentes et détermine, avec précision, la nature et l'étendue des besoins.

Il ne doit pas se contenter, même dans les procédures non formalisées, de définir une prestation par son terme générique sans spécifications techniques. Les spécifications techniques, même succinctes, doivent être décrites, y compris dans les procédures adaptées.

ex : ne satisfait pas l'obligation de détermination du besoin³

- la fourniture « PC pour travaux de bureautique classique », qui n'est pas complétée des éléments techniques propres à ce besoin, tels que les capacités du processeur, les points de connexion des périphériques, les logiciels souhaités ...
- la prestation « nettoyage de locaux professionnels » si elle n'est pas complétée par des indications sur le type de locaux, de surfaces, les fréquences de passage, le cas échéant des précisions sur les produits souhaités (nocivité, produits biologiques...)

Les spécifications techniques exigées sont formulées :

- soit, par des références à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats,
- soit, en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles⁴.

² " cycle de vie : l'ensemble des états consécutifs et/ou liés entre eux, comprenant notamment la production, le transport , l'utilisation et la maintenance , qui existent pendant la durée d'un produit, de travaux ou de la fourniture d'un service, de l'acquisition des matières premières ou de la production des ressources jusqu'à l'élimination, la liquidation et la finalisation".

³ Sauf recours à un accord-cadre dont le marché subséquent apporte les compléments nécessaires

⁴ Voir article 6 du code des marchés publics.

La rédaction du cahier des charges permet à l'acheteur de déterminer les éléments ou facteurs techniques critiques de son achat. Il peut s'agir de la qualité des produits, du mode opératoire, du principe de mise en œuvre, du process qualité, des délais, etc. Ils seront la base des critères de sélection portés à la connaissance des candidats.

3° ETAPE : L'ANALYSE TECHNICO-COMMERCIALE

1.- Connaître le marché

L'étude du marché économique est un acte important, que l'acheteur doit effectuer en permanence. Il doit être en mesure d'apprécier le réel niveau de concurrence et d'adapter sa stratégie, en fonction des différentes typologies rencontrées (par exemple devant un monopole ou un oligopole).

Le comportement de l'acheteur peut contribuer à structurer la concurrence sur un secteur. Pour tenter de dynamiser la concurrence il doit réfléchir aux points forts et faibles de la réponse commerciale et envisager le mode de dévolution. L'allotissement, conformément à l'article 10 du code des marchés publics, doit toujours être envisagé, afin de susciter la plus large concurrence. Il n'en va autrement que si le marché peut rentrer dans le champ d'application des articles 37 ou 73 du CMP, ou lorsque l'une des exceptions à l'allotissement énoncées à l'article 10 peut être retenue (voir les fiches n° 3 et 4 du présent guide).

L'acheteur doit toujours envisager les prix planchers et plafonds pratiqués par les entreprises sur le niveau de qualité arrêté. En fonction des types de marchés, il peut ainsi évaluer le montant approximatif de l'achat qui lui permet d'apprécier les offres des opérateurs.

Le code des marchés publics n'oblige pas l'acheteur à rendre publique l'enveloppe allouée au marché. L'opérateur économique pourrait, en effet, aligner sa réponse sur l'estimation, au détriment du prix réel du marché. L'opportunité de communiquer sur l'enveloppe disponible s'apprécie donc au cas par cas.

Etablir un processus de veille des prix sur les achats économiquement importants est essentiel (par exemple, suivre les variations de prix des produits à forte évolution internationale entrant dans la composition de matériel, ou sujets à variations permanentes). Cela permet de rédiger des clauses pertinentes de révision de prix.

2.- Etudier la capacité de réponse des opérateurs économiques

Le milieu commercial peut-il répondre au besoin exprimé ?

Combien de fournisseurs sont en mesure de distribuer le matériel ?

Combien d'entreprises peuvent assurer les prestations ?

Les éléments techniques retenus sont-ils partagés par un nombre important d'opérateurs ?

Est-ce la bonne période pour lancer la consultation ?

Quel niveau de capacités exiger des candidats ?

En réponse à cette dernière question, l'article 45 du code des marchés publics précise qu'il ne peut être exigé que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché. Un arrêté⁵ fixe la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats. Cette liste est limitative.

⁵ Arrêté du 28 août 2006 – JO n°199 du 29 août 2006, p.12766.

La cible des **fournisseurs doit être la plus large possible**, afin de favoriser au mieux la concurrence. Cette décision est importante, car elle induit l'ouverture ou la restriction du champ de concurrence. A terme, elle peut, en fonction du comportement répétitif de l'acheteur, fermer la concurrence et lier la collectivité à un monopole ou un oligopole.

Les principes évoqués ci-dessus doivent permettre à tout acheteur de définir le besoin réel et de traduire les éléments essentiels, qu'ils soient techniques, réglementaires, qualitatifs et commerciaux dans le dossier de consultation.

FICHE N° 3

Mode de dévolution - allotissement

I. - OBJECTIF

« L'article 10 du code des marchés publics érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique. Tous les marchés doivent être passés en lots séparés, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.

L'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise. Il est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises. »⁶

Ainsi, l'allotissement permet l'accès direct des PME et TPE à la commande publique.

II. - CONTENU

1.- L'allotissement comme mode de dévolution de principe

Le pouvoir adjudicateur allotit le marché, dès lors que des prestations distinctes peuvent être identifiées. Pour l'identification de ces prestations, il peut s'aider de la nomenclature CPV.

L'article 10 autorise cependant l'acheteur à recourir à un marché global, si le fait d'allotir entraîne des difficultés. Les conditions qu'il fixe sont d'ordre :

- technique : si l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si l'allotissement risque de rendre techniquement difficile l'exécution des prestations,

ou

- économique : lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence,

ou

- financier : si l'allotissement est de nature à renchérir de manière significative le coût de la prestation.

L'acheteur, en cas de contentieux, doit être à même de prouver que les conditions de recours au marché global sont remplies. Le contrôle du juge se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁷. Le choix du mode de dévolution n'a pas à être préalablement motivé (CE Commune d'Ajaccio 21 mai 2010)⁸.

⁶ Circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, Journal Officiel n° 0039 du 15 février 2012 page 2 600.

⁷ c'est-à-dire une erreur grossière dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision (CE, Commune d'Ajaccio n°333 737 du 21 mai 2010).

⁸ De la jurisprudence est intervenue sur le sujet du recours au marché global (CE Ste Schiocchet 10 mai 2006 n°288435, avantage technique et financier, CE commune de Fort de France, 20 mai 2009, n°311379, avantage technique et financier, CE département de l'Eure, 9 décembre 2009, n° 328803, avantage financier. CE Opac Habitat Marseille, 18 juin 2010, n°335611, cohérence des prestations, et a contrario CAA Lyon 6 octobre 2011 Syndicat national des entreprises de second œuvre, n° 10LY01121. Pour plus d'information, cf le point 7 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Les marchés de sécurité et de défense ne sont pas soumis à l'article 10. L'article 189 du code des marchés publics prévoit, pour ces marchés, le libre choix entre allotissement et marché unique.

2.- Accès des TPE et PME aux marchés allotis : règles et bonnes pratiques

a) Une définition des besoins au plus près de la prestation attendue

L'acheteur définit le nombre, la consistance et l'étendue des lots⁹. A cet effet, il doit conduire une analyse économique du secteur d'activité lui permettant d'identifier les capacités et la structure de l'offre des entreprises, analyse sur laquelle il appuiera la constitution des lots afin de susciter la concurrence.

Un lot qui regrouperait des prestations sans rapport les unes avec les autres (par exemple la peinture et la plomberie) évincerait, de fait, les entreprises les plus spécialisées, qui seraient alors contraintes de s'adjoindre les capacités d'autres entreprises (cotraitance, sous-traitance), ce qui peut être de nature à restreindre l'accès à la commande publique.

Lorsque les prestations sont exécutées sur des sites géographiquement distincts, un allotissement géographique est susceptible d'ouvrir la concurrence à des entreprises qui n'auraient pas la capacité d'assurer l'exécution de la prestation sur l'ensemble des sites.

Dans tous les cas, une étude préalable sur le segment d'achat concerné, la structure du secteur économique ou les règles applicables à certaines professions pour les prestations demandées, permet de s'assurer d'une définition adéquate des lots.

Enfin, pour les marchés les plus importants, en procédure formalisée, l'acheteur peut définir des « petits lots » (moins de 80 000 euros HT pour les marchés de fournitures et services, moins de un million d'euros HT pour les marchés de travaux), qu'il passe alors en procédure adaptée¹⁰.

b) L'examen des offres lot par lot

La comparaison des offres s'effectue lot par lot, sans considération du nombre de lots auxquels l'entreprise candidate. Il incombe donc aux acheteurs de définir, lot par lot, des critères et sous-critères de sélection pertinents et opérationnels par rapport aux prestations attendues pour le lot. Une attention particulière est appelée sur les critères de sélection des candidatures, afin d'éviter qu'ils soient surdimensionnés par rapport aux capacités nécessaires pour l'exécution des prestations spécifiques du lot. L'attention des acheteurs est appelée sur la nécessité de traiter avec le même soin l'examen de chaque lot.

c) Présentation des offres

Les entreprises présentent des offres pour un, plusieurs ou la totalité des lots. Lorsqu'il a présenté pour chaque lot l'offre économiquement la plus avantageuse, un même candidat peut se voir attribuer tous les lots. L'article 10 du code des marchés publics interdit aux candidats de proposer une remise en fonction du nombre de lots attribués.

Le pouvoir adjudicateur peut interdire, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, à un même candidat de présenter une offre sur plusieurs lots. Une telle interdiction doit être justifiée et proportionnée au but poursuivi. Il peut en être ainsi, par exemple, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement. Il est, en revanche, interdit d'exiger d'un candidat qu'il soumissionne à tous les lots.

Le code des marchés publics permet de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire. Il peut cependant être plus simple,

⁹ Le contrôle du juge se limite à l'erreur manifeste d'appréciation, cf note n°2

¹⁰ Pour pouvoir recourir à la procédure adaptée, le montant cumulé de ces lots ne doit pas dépasser 20% de la valeur totale du marché (article 27 III du code des marchés publics).

lorsque les lots ont des durées et des conditions d'exécution différentes, de signer un acte d'engagement par lot.

Lorsque le marché est passé sous forme globale, l'acheteur s'efforce de créer les conditions favorables à l'accès des PME et des TPE à la commande publique. (cf fiche n° 4 Permettre l'accès des PME aux marchés globalisés).

FICHE N° 4

Permettre l'accès des PME aux marchés globalisés

I. - OBJECTIF : Identifier les bonnes pratiques permettant l'accès des PME à ces marchés

« Il n'y a pas d'obligation d'allotissement dans un marché global, prévu à l'article 37 (marché de conception-réalisation) et à l'article 73 (contrat global sur performance) »¹¹. La dévolution du marché sous forme globalisée peut rendre plus difficile l'accès direct au marché pour les petites entreprises, parce que le marché peut excéder alors les capacités (techniques, financières,...) d'une seule entreprise.

De plus, certains contrats globaux (contrats des articles 37 et 73 du code des marchés publics) peuvent nécessiter une maîtrise d'œuvre intégrée, des juristes, des ingénieurs... Dans certains cas, cela peut freiner l'accès direct des TPE par la multiplicité des savoir-faire nécessaires, que seule une grande entreprise peut avoir en interne.

Face à ce contexte réglementaire renouvelé, il s'agit aussi d'identifier les difficultés d'accès des TPE et PME à ces marchés et les pistes d'actions possibles des acheteurs publics pour permettre aux TPE et PME de répondre aux consultations.

II. - CONTENU

1.- Rappel : les contrats globaux particuliers :

a) Les contrats de conception-réalisation (article 37)

Le marché de conception réalisation est un marché de travaux dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les ouvrages d'infrastructures, à un seul opérateur.

Le recours à ce type de contrat est encadré pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP. Il n'est possible que :

a) pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Deux types d'opérations sont visés :

- les opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ;
- les opérations dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une mise en œuvre dépendant des moyens et de la technicité des entreprises.

b) justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique. Cela ne concerne que les opérations de travaux sur les bâtiments existants.

¹¹ Circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, Journal Officiel n° 0039 du 15 février 2012, point 7.1. page 2600

b) Contrats globaux sur performance (article 73)

L'article 73 du code des marchés autorise deux nouvelles formes de contrats globaux :

- les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (REM) ;
- les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM). Pour ces derniers, le recours à ce type de contrat n'est possible, pour les travaux soumis à la loi MOP, que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans des bâtiments existants, ou bien pour les motifs d'ordre technique mentionnés à l'article 37 du code des marchés publics.

La performance n'est pas limitée à la seule performance énergétique. Il peut s'agir de performance définie en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'incidence écologique. Ces objectifs peuvent être cumulés.

2.- Les bonnes pratiques.

a) L'identification de prestations distinctes

La dévolution du marché sous forme globalisée n'empêche pas d'identifier des prestations distinctes. On parle alors de postes techniques (cas des marchés de travaux). L'identification de postes techniques peut être une information nécessaire pour les entreprises, qui peuvent alors s'organiser pour répondre à la consultation, en se groupant.

L'avantage pour les TPE et PME est qu'elles ont alors l'accès direct au marché. La pratique de la cotraitance tend à se développer, compte tenu de la tendance au regroupement des commandes dans les marchés publics.

S'agissant des marchés de la performance énergétique pour le secteur du bâtiment, la cotraitance permet d'améliorer la gestion des interfaces entre les corps de métiers.

Enfin, compte tenu du temps nécessaire pour formuler une offre en cotraitance, l'acheteur public doit intégrer ce paramètre, lorsqu'il fixe le délai de consultation.

b) Une information large et en amont du lancement des procédures

Pour les entreprises, trouver des partenaires, se grouper, contractualiser prend du temps.

Les délais minima de publicité ne permettent pas toujours aux entreprises d'être informées suffisamment tôt, pour pouvoir organiser une candidature commune, ceci d'autant plus que les délais de réception des offres peuvent être raccourcis lorsque l'acheteur publie un avis de pré-information.

Si l'acheteur anticipe, en communiquant le plus tôt et le plus largement possible sur les consultations à venir, il permet aux entreprises d'organiser leur réponse, de rechercher des partenaires ou, tout simplement, de prendre le temps de constituer leur dossier.

FICHE N° 5

Groupement momentané d'entreprises (ou groupement d'opérateurs économiques)

I. – OBJECTIF

Lorsque le périmètre du marché ou du lot ne permet pas à des opérateurs économiques de présenter une candidature isolée, ils ont cependant la possibilité d'unir leurs compétences et moyens au sein d'un groupement d'opérateurs économiques, dont la constitution est limitée à l'exécution du contrat pour lequel le groupement se porte candidat.

1. – Intérêt pour les acheteurs publics :

- promouvoir une concurrence plus large et susciter un plus grand nombre d'offres ;
- élargir l'accès des PME et TPE à la commande publique.

La mise en place d'un groupement et l'organisation de la collaboration entre les opérateurs économiques, en vue de présenter une offre, prend du temps. L'acheteur a intérêt, pour laisser aux opérateurs économiques le temps de préparer une réponse en groupement, à annoncer ses intentions d'achat de manière anticipée et suffisamment précise (information en amont, avis de préinformation), et, en conséquence, de prévoir pour la consultation un délai de réponse supérieur aux délais minimaux qu'impose la réglementation.

2. – Intérêt pour les opérateurs économiques

- permettre aux opérateurs économiques d'accéder à des marchés dépassant leurs seules capacités individuelles ;
- bénéficier, vis-à-vis de l'acheteur, du statut de cocontractant, et donc de cotitulaire du contrat ;
- permettre aux PME d'intervenir aux côtés d'autres entreprises dans une relation partenariale stable et égalitaire vis-à-vis du client public.

II. – CONTENU

1. - Qu'est-ce qu'un groupement d'opérateurs économiques ?

Définition : une réunion momentanée d'opérateurs économiques, qui n'est pas dotée de la personnalité morale, destinée à présenter une offre commune et réaliser un marché.

Statut : les opérateurs économiques sont dits « cotraitants » c'est-à-dire qu'ils sont tous titulaires du contrat, les dispositions de celui-ci leur étant directement applicables.

Conséquences : les membres du groupement s'engagent à réaliser les prestations correspondant à leur part de marché et à tenir les délais associés.

Forme et composition du groupement : le code des marchés publics prévoit deux formes de groupement, conjoint ou solidaire.

En groupement **conjoint**, chaque opérateur économique est engagé sur les prestations qu'il réalise. Une définition précise des prestations, individualisées par les entreprises, est recommandée, afin que l'acheteur puisse examiner l'engagement de chacun des membres du groupement.

En groupement **solidaire**, chaque entreprise est solidairement engagée et peut être amenée à pallier la défaillance de l'un de ses partenaires.

Dans les deux cas, un mandataire spécifique désigné par le groupement représente le groupement vis-à-vis de l'acheteur et coordonne le groupement pour l'exécution du marché. Dans le cas d'un groupement conjoint, le mandataire peut en outre être solidaire (voir point 3).

Modalités de présentation du groupement: Le groupement est constitué au stade des candidatures. Le formulaire DC1 peut servir de convention de mandat, cependant, il est conseillé aux membres du groupement d'établir un document spécifique, de type convention écrite, identifiant bien les responsabilités de chacune d'entre elles, les règles de fonctionnement du groupement, la mission détaillée du mandataire commun.

2. – Comment choisir la forme du groupement ?

L'acheteur ne peut jamais interdire aux opérateurs économiques de se présenter en groupement.

Il peut, cependant, imposer la forme du groupement, conjoint ou solidaire, dans la mesure où la bonne exécution du marché l'exige. Il doit alors le mentionner dans les documents de la consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence.

Le groupement est libre de soumissionner sous la forme conjointe ou solidaire (la forme du groupement n'est pas un motif d'élimination de la consultation, et il n'est pas possible de modifier la forme du groupement entre la candidature et l'offre). Celui qui emporte le marché est alors contraint de prendre la forme imposée par l'acheteur.

Cependant, exiger la solidarité peut entraîner un surcoût qui peut se traduire par un renchérissement de l'offre, ou s'avérer dissuasif pour les opérateurs économiques: le risque est alors d'aboutir à restreindre la concurrence. De plus, passer d'un groupement conçu en groupement conjoint à un groupement solidaire entraîne un bouleversement des règles de fonctionnement du groupement. Cela peut être particulièrement pénalisant pour une PME.

Il est donc conseillé aux services acheteurs de procéder à une réflexion préalable, tenant compte de l'objet du marché, de la technicité et de la diversité des prestations demandées, avant d'imposer une forme pour le groupement.

Plutôt que d'imposer la solidarité, l'acheteur peut préférer un examen plus détaillé des capacités des candidats au regard de la part de la prestation qu'ils s'engagent à réaliser.

Les opérateurs économiques veilleront, dans la mesure du possible, à candidater d'emblée sous la forme de groupement requise par l'acheteur lorsqu'elle figure dans les documents de la consultation.

3. – Rôle et responsabilité du mandataire.

La désignation d'un mandataire est obligatoire. Choisi parmi les membres du groupement, le mandataire est chargé de faire le lien entre le groupement et l'acheteur. Il représente le groupement, est chargé, en fonction de son mandat, de remettre les offres, signer le marché, coordonner les prestations des membres du groupement, assurer la gestion administrative et financière du groupement. Il est destinataire de toutes les décisions prises par l'acheteur dans le cadre de l'exécution du marché (bons de commande, mise en demeure, décisions de réception).

Le mandataire peut de plus, dans les groupements conjoints, être solidaire de chaque membre du groupement pour l'exécution du contrat. L'acheteur public peut imposer cette particularité au groupement, mais cela a un coût.

Le mandataire peut être rémunéré. Cette rémunération peut prendre la forme d'un pourcentage prélevé sur le montant total de la prestation confiée au groupement.

Que se passe-t-il en cas de défaillance d'une entreprise ?

- Pour un groupement conjoint :
 - si le mandataire est solidaire (cf supra) : le mandataire réalise ou fait réaliser la prestation, au prix et dans les conditions prévues par le marché.
 - si le mandataire n'est pas solidaire : chacun étant responsable de sa prestation, l'acheteur devra passer par une autre entreprise pour faire exécuter la prestation relevant de la responsabilité de l'opérateur économique défaillant.

- Pour un groupement solidaire : le groupement exécute ou fait exécuter les prestations.

4. – Modalités de paiement.

La forme du groupement a une incidence sur les modalités de règlement du marché.

Si le groupement est conjoint, le règlement est effectué à chacun des cotraitants. Si le groupement est solidaire, si les prestations respectives des membres du groupement sont individualisables, au moins sous forme de pourcentage, le règlement peut être effectué sur des comptes distincts pour chacun des opérateurs considérés. Dans le cas contraire, le versement des sommes dues n'est possible que sur un compte unique, ou sur le compte du mandataire s'il a été habilité à ce titre par les membres du groupement.

Pour plus d'information concernant les modalités spécifiques d'assurance des groupements, voir la fiche n°13 *Les assurances dans les marchés publics de travaux*.

Coordonnées d'organismes en mesure de fournir des informations ou des conventions de groupements momentanés d'entreprises :

CAPEB : www.capeb.fr Tel : 01 53 60 50 00

FFB: www.ffbatiment.fr Tel: 01 40 69 51 00

FNTP: www.fnfp.fr Tel: 01 44 13 31 44

SNSO: www.second-oeuvre.com Tel: 01 46 22 18 65

FICHE N° 6

Autoriser les variantes

I. – OBJECTIF : Encourager la présentation de variantes dans les marchés publics.

Les variantes sont des « modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » (CE, 5 janvier 2011, société Technologie alpine sécurité et commune de Bonneval sur Arc, n°s 343206 et 343214).

Afin de faciliter l'émergence de solutions différentes dans les marchés publics, l'article 50 du code des marchés publics autorise, depuis août 2011, les candidats à présenter une offre sous forme de variante, sans devoir l'accompagner d'une offre de base.

Cette initiative laissée aux entreprises ne se limite pas aux seuls éléments techniques ou technologiques, mais peut concerner, entre autres, les moyens mis en œuvre ou les aspects financiers du marché (*par exemple la réutilisation de déblais en remblais, proposer une isolation en bois au lieu d'une isolation classique, en matière de transports de voyageurs, proposer un enchaînement de circuits différents, proposer de mutualiser les tournées entre plusieurs sites pour une prestation de gardiennage...*).

1. - Intérêt pour les acheteurs publics

En laissant aux entreprises la plus large initiative possible dans la définition de la solution, l'acheteur s'assure de bénéficier de toute la capacité d'invention du secteur économique concerné et de découvrir des solutions innovantes qui, tout en répondant à ses besoins, permettent d'utiliser de nouveaux procédés et de nouvelles technologies.

Le recours à des propositions innovantes ou alternatives est particulièrement opportun dans des secteurs d'évolution technique rapide ou pour la mise en place de solutions adaptées à des nouveaux usages.

Les avantages résultant de l'utilisation des variantes peuvent être les suivants :

- la diminution des coûts pour la collectivité,
- une meilleure concurrence du fait des « nouveaux entrants »,
 - l'ouverture à de nouveaux modèles (d'organisations ou de procédés/méthodologies) ou de solutions technologiques auxquels l'acheteur n'avait pas pensé car il n'est pas un « expert » du domaine,
 - l'optimisation des solutions existantes par l'amélioration des performances en utilisant des nouveaux matériaux, des nouvelles combinaisons de moyens techniques ou de nouveaux services,
- la prise en compte des enjeux du développement durable,
- l'anticipation des futures normes ou l'intégration de celles en cours de développement,
- la possibilité de bénéficier d'innovations adaptées aux besoins spécifiques de la collectivité.

2. – Intérêt pour les opérateurs économiques

Les variantes permettent aux entreprises d'exprimer leur savoir-faire et leur capacité d'innovation. Elles encouragent :

- les entreprises à valoriser leur savoir-faire en améliorant leur compétitivité au niveau national et international,
- le maintien en état de veille technologique,
- la possibilité de référencer une innovation et de la valider en méthode standard.

Elles peuvent dans certains cas diminuer le coût des réponses et faciliter ainsi l'accès des PME/PMI aux marchés publics.

II. - REGLES ET BONNES PRATIQUES.

Présenter des variantes est possible:

- dans les procédures formalisées, lorsque le pouvoir adjudicateur les a autorisées dans les documents de la consultation ou l'avis de publicité. A défaut, elles sont interdites ;
- dans les MAPA, sauf lorsque le pouvoir adjudicateur les a interdites ;
- si le pouvoir adjudicateur intervient comme entité adjudicatrice, sauf s'il les a interdites.

Si une variante est proposée alors que l'acheteur ne l'a pas autorisé (procédure formalisée) ou l'a interdit (MAPA), elle doit être rejetée sans examen.

Pour faciliter la présentation et l'examen des variantes, l'acheteur :

- mentionne dans le dossier de consultation les exigences minimales que les variantes devront respecter, ainsi que les modalités de leur présentation. Il anticipe ainsi la présentation de variantes, en précisant le champ sur lequel elles sont attendues. Il définit les éléments sur lesquels il souhaite des solutions différentes, ainsi que le socle que toutes les offres devront respecter. Cela permet d'éviter que des variantes soient rejetées parce qu'elles s'éloignent trop du projet de base.
- s'assure que les critères qu'il aura définis et la pondération qu'il leur associe, permettent d'examiner des offres qui, nécessairement, vont être disparates.

Il est donc préférable que l'acheteur précise les modalités de la présentation des variantes. Pour en faciliter l'examen, les opérateurs économiques sont invités à décrire, avec soin, les avantages de la variante, notamment par rapport à la solution de base.

Le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics du 14 février 2012 précise « l'acheteur a toujours la possibilité d'exiger, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, qu'une offre de base accompagne la ou les variantes » (point 4.5). L'acheteur doit, cependant, avoir conscience qu'exiger une offre de base peut s'avérer dissuasif pour certaines entreprises qui n'auraient pas les moyens de présenter cette offre de base, alors qu'elles pourraient être performantes sur la variante.

La variante proposée par une entreprise (qu'elle soit candidate ou attributaire du marché) est couverte par le secret industriel et commercial. Le contenu de l'offre ne doit jamais être réutilisé ni divulgué aux tiers, notamment aux candidats évincés (cf fiche n° 9 relative à la confidentialité des offres).

FICHE N° 7

La variation du prix dans les marchés publics

I. - OBJECTIF

L'objectif de cette fiche est de souligner l'importance des conditions de variation des prix, de généraliser les bonnes pratiques sur le choix du type de variation des prix à faire (ferme ou révisable) et de faire en sorte que les clauses et formules de variation de prix soient adaptées à la nature et à la durée de la prestation à réaliser.

Elle explique les principales règles applicables en matière de variation des prix (actualisation et révision), afin de permettre aux entreprises de mieux faire face à la flambée des cours de certaines matières premières et aux acheteurs publics d'opter pour des dispositions pertinentes dans ce domaine, pour maintenir ainsi l'équilibre économique initial entre les parties.

- Inciter les acheteurs publics à être attentifs à la qualité de la rédaction des clauses de variation des prix, en particulier au choix de formule de révision des prix.

Ces clauses ont un impact direct sur la réponse et le niveau de l'offre que les entreprises sont amenées à faire. Les offres financières pourront ainsi être surestimées, si les conditions de variation de prix ne sont pas adaptées, si elles sont identifiées comme une source de difficultés importantes lors de l'exécution des prestations, ou si elles ne garantissent pas le maintien de l'équilibre initial du marché entre les parties.

- Sensibiliser les entreprises sur les prescriptions relatives aux variations des prix figurant dans les marchés, afin qu'au moment où elles soumissionnent, elles soient en mesure d'en apprécier les répercussions financières dans leur offre.

II. - CONTENU

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont, soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées au sein de ce forfait.

1. – Comment varie le prix d'un marché public : actualisation ou révision (art. 18 du code des marchés publics)

Un marché public à prix unitaires ou à prix forfaitaires est conclu, soit à prix **fermes**, soit à prix **révisables**.

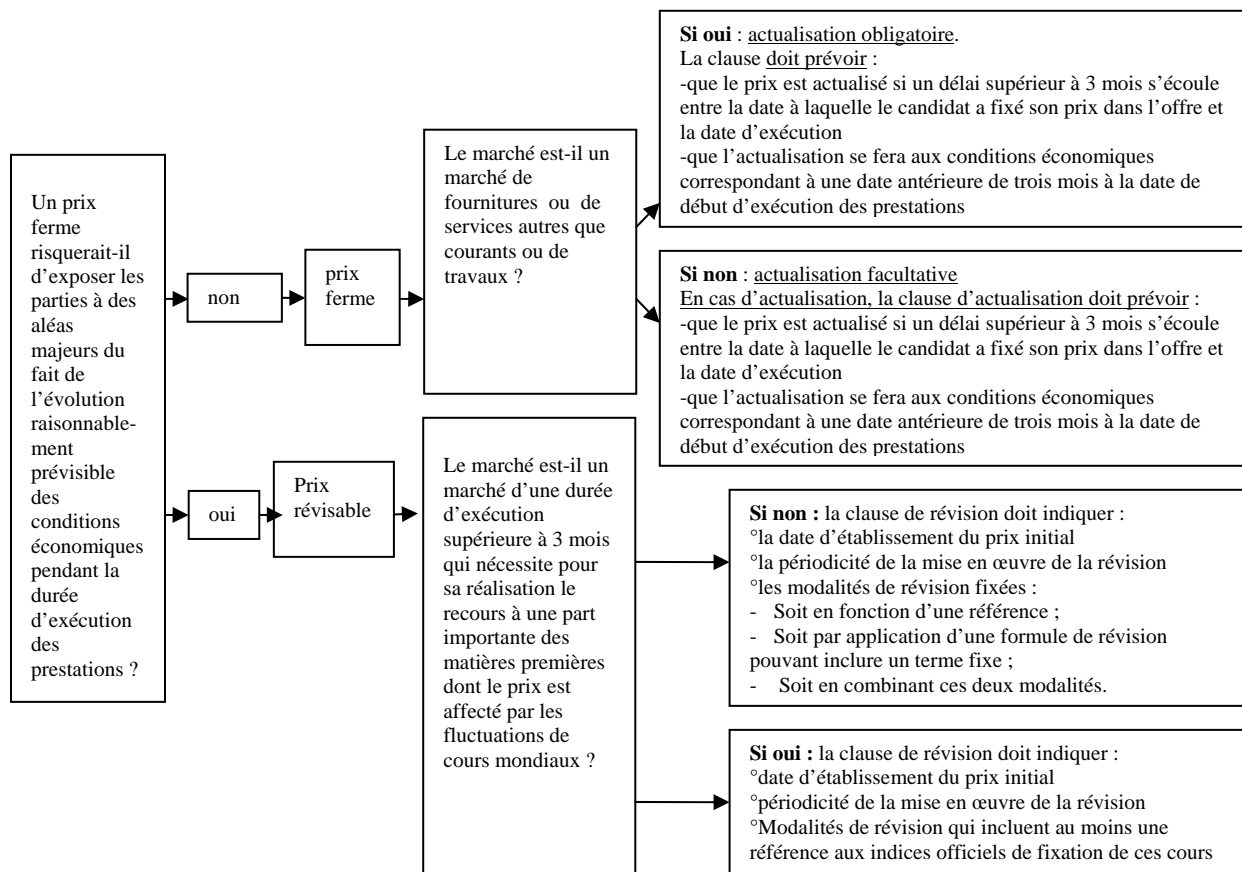
C'est le pouvoir adjudicateur qui prévoit si le marché sera conclu à prix fermes ou à prix révisables.

Les prix fermes sont à réserver au cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer le titulaire (l'entreprise) à des aléas économiques majeurs (mouvements de prix brusques et imprévisibles). C'est le cas des marchés de courte durée ne mettant pas en œuvre des matières premières à forte volatilité.

Dans le cas contraire, le marché sera passé à **prix révisable**.

Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, **comportent une clause de révision de prix** incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours¹².

Le schéma ci-dessous résume **les conditions pour qu'un marché soit passé à prix révisibles ou actualisables**.



Les modalités pratiques de l'actualisation et de la révision des prix doivent être précisées dans le marché, afin que les entreprises puissent soumissionner en connaissance de cause.

Il L'article 18-V du code des marchés publics ne concerne pas uniquement les marchés de travaux. Certains marchés de fournitures, notamment dans le cas des marchés à bons de commande, ont des durées qui justifient cette possibilité, d'autant plus, lorsqu'ils font appel à des fournitures soumises à de fortes fluctuations des cours mondiaux.

En effet, s'agissant de fournitures seules (sans main d'œuvre), ces contrats sont proportionnellement plus impactés par des hausses de prix des matériaux les constituant. Une clause de révision protège in fine l'acheteur public contre des anticipations systématiques de ces fluctuations dans les prix fermes proposés par les opérateurs économiques.

2. – Qu'est-ce qu'une actualisation de prix ?

L'actualisation est destinée à prendre en compte l'évolution des prix entre le moment où le

¹² Voir CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328 803, mentionné au Recueil Lebon.

candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de commencement des travaux. Tout marché de travaux, ou de fournitures, ou services autres que courants, conclu à prix ferme doit prévoir les modalités d'actualisation de son prix : notamment

- que l'actualisation des prix, prévue dans le marché, s'applique, lorsque le délai entre la date de fixation des prix et la date de début d'exécution des prestations est supérieur à trois mois.

- que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de 3 mois à la date de commencement des travaux.

La totalité des prix du marché sera actualisée **une seule fois** à l'aide d'une formule unique. Les prix, ainsi actualisés au début de l'exécution des prestations, restent fermes pendant toute la durée du marché et les factures seront présentées avec ces prix actualisés.

Enfin, dans **les marchés à tranches conditionnelles**, l'actualisation des prix est calculée en tenant compte de la date de début d'exécution des prestations de chaque tranche et non de celle du marché.

Lorsque les travaux sont allotis, le maître de l'ouvrage doit tenir compte du calendrier d'exécution fixé pour l'intervention de chacun des corps de métiers, dans le cadre d'une opération, pour la mise en œuvre de l'actualisation de chacun des marchés correspondants. (Commentaires art 10.4.2. CCAG Travaux 2009).

Comment se présente une formule d'actualisation des prix ? (exemple pour un marché de travaux)

Si, par exemple, on utilise un index BT ou TP caractéristique des travaux à exécuter, la formule s'écrira :

$$P = P_0 \times \left(\frac{BT_{m-3}}{BT_0} \right)$$

P = prix actualisé HT

P₀ = prix initial HT du marché

BT_(m-3) = c'est la valeur de l'index du mois de commencement des travaux moins 3 mois (exemple : si la date de commencement des travaux est le 20 janvier 2012 , on prend la valeur de l'index BT du mois d'octobre 2011)

BT₀ = valeur de l'index BT au mois d'établissement du prix du marché

Il est possible d'utiliser dans la formule tout autre index ou indice en lien direct avec l'objet de la prestation.

Les formules d'actualisation ne comportent pas de partie fixe.

3. – Qu'est-ce qu'une révision de prix ?

La révision est destinée à modifier (à la hausse comme à la baisse) le prix initial d'un marché pour tenir compte des variations économiques survenues en cours d'exécution des prestations.

Le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision et la périodicité de sa mise en œuvre.

La révision s'applique entre la date d'établissement des prix et les dates successives de règlement des situations ou factures selon les modalités fixées dans la clause de révision.

Dans le cas général, les situations sont faites mensuellement.

Comment se présente une formule de révision des prix dans le cas de situations mensuelles? (exemple d'un marché de travaux)

Elle pourra être de la forme

$$P = P_0 \times \left[p_f + (1 - p_f) \times \left(\frac{BT_m}{BT_0} \right) \right]$$

P = prix révisé HT du montant des travaux exécutés dans le mois considéré

P₀ = montant initial HT des travaux exécutés dans le mois

BT_m = valeur de l'index BT du mois d'exécution des travaux

BT₀ = valeur de l'index BT du mois d'établissement du prix. Ce mois dit de référence ou mois «zéro» est précisé dans le marché.

P_f = partie fixe (facultative depuis le CMP de 2006, sa valeur minimale était de 12,5 % auparavant).

Exemple de révision de prix lorsqu'il n'existe pas de partie fixe :

Un marché de peinture de 50 000 euros HT. Date d'établissement du prix : 15 octobre 2010

Montant des travaux exécutés en septembre 2011 : 10 000 € HT

Index à prendre en compte, prescrit dans le marché : BT 46 (travaux de peinture)

Formule de révision prévue au marché :

$$P = P_0 \times \left(\frac{BT\ 46_m}{BT\ 46_0} \right)$$

P = montant de la situation mensuelle révisé HT

P₀ = montant initial HT des travaux exécutés au mois de septembre 2011 soit 10 000 €

BT_{46m} = valeur de l'index BT46 du mois de septembre 2011 soit 854,8

BT₄₆₀ = valeur de l'index BT46 au moment de l'établissement du prix soit 833,1

Calcul:

$$P = 10\ 000 \times (854,8 / 833,1)$$

$$P = 10\ 000 \times 1,027^*$$

$$P = 10\ 270 \text{ € H.T.}$$

On arrondit au millième supérieur.

Le montant de la situation mensuelle révisé est donc de 10 270 € HT.

Remarques

1/ Une formule de révision peut comporter un indice dont la pondération correspond à la structure du coût des travaux à exécuter. La formule sera paramétrique.

Par exemple :

$$P = P_0 \times \left(0,30 \times \frac{Bi_m}{Bi_0} + 0,40 \times \frac{PRA_m}{PRA_0} + 0,30 \times \frac{TP09_m}{TP09_0} \right)$$

BI = valeur de l'indice bitume

PRA = valeur de l'indice poutrelles en acier

TP 09 : index TP des travaux enrobés

L'intérêt d'une formule de ce type est de pouvoir coller au plus près de la structure du prix des prestations. Pour information, les valeurs des indices élémentaires sont consultables sur le site de l'INSEE (<http://www.insee.fr/>)

Attention ! : l'indice choisi dans une formule paramétrique doit faire référence au matériau mis en œuvre, mais ne doit pas correspondre à un indice des cours mondiaux de ce matériau. En effet, ces cours sont volatils et peuvent varier d'un jour à l'autre de manière très importante.

2/ Les index TP et BT sont publiés par le ministère de l'écologie avec un décalage de 2,5 à 3 mois (<http://www.developpement.durable.gouv.fr>). Il peut arriver qu'ils ne soient pas connus au moment de l'établissement de la situation mensuelle. Celle-ci sera présentée soit avec une révision provisoire calculée avec le dernier index connu, puis ajusté lors d'une situation ultérieure quand l'index réel sera publié, soit calculée 3 mois plus tard, mais définitivement après connaissance de la valeur de cet index. Le CCAP indiquera la méthode à utiliser.

4.- Marchés à bons de commande et à tranches conditionnelles.

Les acheteurs doivent prévoir que les marchés fractionnés sont conclus à prix révisable ou, au minimum, à prix ferme actualisable.

Les entreprises doivent être très attentives aux conditions de variation des prix de ces types de marché.

Afin de lever les incertitudes sur les modalités de mise en œuvre de la clause d'actualisation des prix des marchés à tranches conditionnelles, le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 précise que cette actualisation est calculée en prenant en compte la date de début d'exécution des prestations de chaque tranche et non du marché (art. 18-III du code des marchés publics).

Pour aller plus loin, voir le guide « le prix dans les marchés publics » disponible à l'adresse suivante : ([lien à venir vers le guide](#)).

FICHE N° 8

Les critères d'attribution des marchés selon l'article 53 du CMP

OBJECTIF

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet de valoriser d'autres éléments de l'offre que le seul prix, pour lesquels les PME peuvent se montrer plus performantes.

La commande publique impose à l'acheteur des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats qui prennent tout leur sens dans la phase de choix d'un titulaire de marché.

Le code des marchés publics impose la détermination et la pondération de critères de choix en amont des procédures formalisées : ses versions successives en ont proposé une liste de plus en plus fournie, bien que non exhaustive. En marché à procédure adaptée, l'acheteur doit annoncer les critères qui le guideront vers un choix objectif. Quelle que soit la procédure, l'acheteur doit utiliser des critères pertinents, dans un souci d'efficacité et de concurrence.

Les critères d'attribution des offres découlent directement de l'analyse du besoin (cf fiche n° 2). Avant de déterminer les critères d'attribution, il est indispensable de définir le niveau de qualité souhaité en fonction du rythme des avancées technologiques, de la fiabilité, de la fréquence de l'utilisation du bien, du matériel objet du marché.

Par exemple, faut-il prévoir un niveau de qualité technique et de performance élevé pour un matériel qui sera peu ou moyennement utilisé, tout en sachant qu'il sera obsolète dans deux ou trois ans ?

Dans certains cas le critère « qualité » est primordial. Il appartient à l'acheteur de le définir avec la plus grande précision : durée de vie de l'équipement, délais d'intervention en cas de panne....

A défaut, il se verra proposer des offres très disparates dont la plupart ne correspondront pas à ses besoins car les candidats potentiels auront été dans l'impossibilité de les apprécier avec précision.

1. - Intérêt pour les acheteurs publics

a) Le choix des critères

Les critères d'attribution sont les outils mis à la disposition des acheteurs pour leur permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse susceptible de répondre aux besoins exprimés dans les cahiers des charges.

Ils sont définis dans le code des marchés publics à l'article 53. Pour attribuer le marché le pouvoir adjudicateur se fonde :

« 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs des produits de l'agriculture, les performances

en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix »

Pour choisir les critères appropriés à l'objet du marché, les critères pertinents, l'acheteur devra veiller à ce qu'ils soient :

- **publics** : définis en amont dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, il est impossible d'en supprimer ou d'en ajouter par la suite.
- **opérationnels** : en choisissant un critère, l'acheteur met au point un système de contrôle et une méthode de notation. La raison d'être des critères de choix est de permettre la comparaison des offres, afin de dégager globalement la plus avantageuse économiquement, tout en respectant l'égalité de traitement des candidats.
- **non-discriminatoires** : le choix des critères ne doit pas avoir pour objet d'exclure, volontairement ou non, un groupe ou une catégorie d'entreprises.
- **objectifs** : si certains critères permettent une notation arithmétique, d'autres, souvent déterminants dans le choix, comportent un degré d'appréciation dont il conviendra de préciser le contenu. Ainsi en est-il des critères « qualité », « valeur technique », « caractère esthétique et fonctionnel » ou « performances en matière d'insertion professionnelle ». A titre d'exemple, pour le critère « valeur technique » pourront être pris en compte les diverses mesures prises par l'entreprise concernant la provenance des matériaux, le programme et les procédés d'exécution, les moyens utilisés, les mesures d'hygiène et de sécurité envisagées sur le chantier ainsi que les mesures prises pour la réduction des nuisances (par exemple pour la propreté du chantier). En tout état de cause, ces éléments devront être communiqués à tous les candidats dans le règlement de la consultation, en amont donc de la consultation.

Les critères sont appréciés au vu des documents demandés dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il convient de veiller à ne demander que des informations pouvant donner lieu à des engagements précis et vérifiables.

b) La pondération des critères

Pour les procédures formalisées, la pondération est obligatoire. Dans son article 53, le code des marchés publics prévoit que ce n'est que lorsque celle-ci s'avère impossible, que les critères seront classés par ordre décroissant d'importance. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de le justifier.

L'acheteur fera en sorte que la pondération des critères soit en adéquation avec le niveau de qualité défini.

Il est souvent nécessaire de faire des simulations de pondération avec le résultat des consultations précédentes, afin d'évaluer l'impact du poids donné aux différents critères.

La valeur respective, le poids de chacun des critères, sont déterminants puisque leur application doit aboutir à sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse. Ainsi si le critère prix est prépondérant, on peut se trouver dans une situation de sous-qualité qui, à terme, se révélera plus coûteuse pour le pouvoir adjudicateur et, au contraire, si le poids des

autres critères est trop élevé, on pourra se trouver dans une situation de sur-qualité qui dépassera les besoins réels du pouvoir adjudicateur, ce qui l'entraînera vers des choix qu'il ne pourra peut-être pas assumer financièrement.

Il est possible d'exprimer le poids de chaque critère à l'intérieur d'une fourchette dont l'écart maximal est approprié. Il semble cependant difficile de faire varier le poids de chaque critère au moment de l'analyse. L'utilisation de cette faculté par le pouvoir adjudicateur peut s'avérer préjudiciable aux entreprises qui ne connaîtront pas avec précision le poids respectif de chacun des critères au moment de déposer leurs offres.

c) Définir les documents permettant l'analyse des offres

Il incombe aux pouvoirs adjudicateurs de demander les documents utiles permettant d'analyser les offres selon les critères retenus et de définir des sous-critères pertinents et opérationnels. Il est possible de faire correspondre à chaque critère ou sous critère un ou plusieurs documents ou une trame de réponse proposée aux entreprises.

Afin de faciliter la constitution de l'offre des entreprises et de comparer leurs propositions sur les mêmes bases, la mise à disposition dans le dossier de consultation d'une trame de mémoire adaptée au marché peut s'avérer utile (voir fiche n° 12).

Les CCAG prévoient la liste des documents ayant valeur contractuelle et leur ordre de prééminence. Si l'acheteur public entend y déroger, il précise la liste des documents et leur ordre de prééminence dans le CCAP, les modifications au CCAG étant récapitulées dans un article reprenant l'ensemble des dérogations pour les rendre applicables au contrat.

A titre d'exemple, pour des prestations nécessitant un savoir-faire particulier, et même si des éléments ont déjà été obtenus à ce titre au stade de la candidature, l'acheteur peut obtenir des éléments plus précis sur l'expérience et les diplômes détenus par le personnel de l'opérateur économique. Le critère valeur technique peut être précisé par un sous critère portant sur les compétences professionnelles particulières du personnel que le candidat propose d'affecter à l'exécution du marché. L'acheteur peut demander à l'opérateur de s'engager contractuellement sur le niveau du personnel affecté pour l'exécution de la prestation.

2. – Intérêt pour les opérateurs économiques

La détermination des critères et leur poids respectif dans les procédures formalisées présente de nombreux avantages pour les entreprises :

- la connaissance de la « règle du jeu », puisque ces indications sont fournies en tout début de procédure, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, va permettre à l'entreprise d'élaborer une offre conforme aux besoins réels du pouvoir adjudicateur. De ce point de vue, il y a convergence d'intérêts entre l'entreprise et le pouvoir adjudicateur (échange gagnant-gagnant) ;
- le respect du principe de l'égalité de traitement entre les candidats : le choix des critères et, plus encore, leur pondération offrent des garanties supplémentaires quant à un jugement équitable, objectif et moins sensible à des considérations étrangères à l'objet du marché. De ce point de vue, la combinaison de critères multiples en plus du critère prix devrait permettre de privilégier la qualité des prestations ;
- la valorisation du savoir-faire, de l'innovation technique, du dynamisme des entreprises peut être mieux prise en compte, puisque les critères définis préalablement offrent, le plus souvent, cette possibilité.

FICHE N° 9

La confidentialité des offres

I. - OBJECTIF : le respect de la confidentialité des éléments portés à la connaissance des acheteurs par les entreprises.

1.- Confidentialité des offres

Il s'agit d'un principe de droit européen prévu aux articles 6 de la directive 2004/18¹³ et 13 de la directive 2004/17¹⁴.

Ce principe de confidentialité est général et concerne l'ensemble des marchés publics et des acteurs qui ont à connaître des offres.

Cette obligation de confidentialité est fondamentale et son respect doit être garanti aux entreprises.

L'article 80 du code des marchés publics mentionne cette obligation, en disposant que le pouvoir adjudicateur qui décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, informe les candidats des motifs de sa décision à l'exclusion des renseignements dont la divulgation violerait le secret industriel ou commercial, serait contraire à l'intérêt public ou bien pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Il est recommandé à l'acheteur public la plus grande vigilance à cet égard, notamment lorsque la présentation de variantes l'amène à connaître de procédés particuliers à l'entreprise, ou lorsque l'acheteur, en raison de la procédure, a des contacts directs avec tous les candidats (au moment de la communication aux candidats écartés des motifs du rejet de leur offre, par exemple).

Ces contacts ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à la propriété intellectuelle et, plus largement, au secret des affaires, par la divulgation ou la réutilisation non autorisée auprès d'un ou plusieurs autres candidats, ou de tiers, de certaines informations techniques et financières figurant dans les offres¹⁵.

La confidentialité des offres recouvre notamment : les idées, éléments spécifiques sous propriété intellectuelle, éléments couverts par le secret industriel, procédés, mais également les pratiques commerciales. L'exigence de confidentialité recouvre également les éléments qui, bien que ne figurant pas dans l'offre, seraient portés à la connaissance de l'acheteur (projets de réorganisation de l'entreprise, participations à d'autres consultations, ou toute information non publique affectant la vie ou la stratégie de l'entreprise).

2.- Intérêt pour les acheteurs publics

L'objectif est de favoriser une plus grande mobilisation des opérateurs économiques dans le domaine de la recherche, du développement et de l'innovation, afin de faire bénéficier les

¹³ Directive du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

¹⁴ Directive du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

¹⁵ Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles (Conseil d'Etat, 20 octobre 2006, n° 278601 Syndicat des eaux de Charente Maritime, et Conseil d'Etat, 4 juillet 2005, n° 269177, M. X).

acheteurs publics d'offres et de solutions techniques toujours plus intéressantes.

La violation de la confidentialité dans le traitement des offres, et donc le risque d'atteinte au secret des affaires, sont des freins à cette mobilisation.

3.- Intérêt pour les opérateurs économiques

Promouvoir en toute sécurité la recherche, le développement et l'innovation dans le cadre de leurs prestations au bénéfice de la collectivité tout entière. Les opérateurs économiques doivent être assurés que les informations figurant dans les réponses aux consultations ne seront pas divulguées aux autres opérateurs économiques ou ne figureront pas, sans aucune protection, dans de futures consultations.

II. - CONTENU : exemples de pratiques illégales

1. *L'entreprise H.*, PME de 48 personnes, fabrique des treuils et appareils de levage professionnels. Elle répond à des consultations en décrivant des propositions techniques précises. Elle a constaté, à plusieurs reprises, que les principes et solutions techniques développés dans ces offres sont intégralement repris, sans son autorisation, lors de consultations diverses lancées ultérieurement à la remise de celles-ci.

Cette entreprise dépose peu de brevets, mais réalise des innovations au fil des consultations, en trouvant des solutions techniques originales, permettant d'adapter les solutions techniques aux besoins de ses clients potentiels. Pour ce faire, outre ses produits standards, elle s'est dotée d'un département ingénierie spécialisé dans l'étude, l'implantation et l'intégration de treuils sur mesure.

Les fréquents détournements dont elle est victime nuisent à son développement et annulent ses investissements technologiques.

2. *La société P.* est fabricant de machines robotisées. Elle consacre beaucoup d'efforts et d'investissements en pré-études afin de réaliser un équipement répondant au cahier des charges précis du client, compte tenu de contraintes particulières à chaque affaire. Elle a récemment été consultée sur la base de ses propres plans, c'est-à-dire que le client lançant un nouvel appel d'offre n'a pas hésité à réutiliser sa pré-étude, en ôtant son nom, afin de consulter à nouveau un panel de fournisseurs potentiels, espérant bien entendu obtenir des offres moins chères sur cette base.

Pour en savoir plus sur les grands principes de la communicabilité des documents administratifs, une fiche est disponible sur le site internet de la DAJ, rubrique conseils aux acheteurs :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>

FICHE N° 10

L'indemnisation pour la remise de prestations à l'appui des offres

I. – OBJECTIF : Obtenir des offres plus intéressantes.

Les candidats à un marché public peuvent être amenés à effectuer des études (techniques, juridiques ou d'ingénierie), avant de présenter une offre. Ce coût peut atteindre des montants importants.

L'importance de ce coût peut dissuader les entreprises de répondre à certains marchés publics. C'est pourquoi ce paramètre doit être pris en considération par l'acheteur public avant de lancer une consultation.

Le code des marchés publics **prévoit un dédommagement sous forme de prime** dans le cadre de la procédure du concours, du dialogue compétitif et des marchés de conception-réalisation. L'acheteur peut en prévoir dans d'autres procédures. Toute participation à une procédure d'appel d'offres, quelle qu'en soit la forme, représente en effet, un coût pour l'entreprise.

1.- Intérêt pour les acheteurs publics

Sans contrepartie financière, les candidats qui pourront participer à de telles procédures seront moins nombreux, ce qui aura des effets immédiats sur la qualité des offres et le niveau de concurrence.

Le pouvoir adjudicateur court également le risque de voir des études conduites au moindre coût ce qui pourra avoir des conséquences sur la pertinence des offres, le niveau des solutions proposées et au final sur le coût global des marchés réalisés.

2. – Intérêt pour les opérateurs économiques

Prévoir une indemnisation des frais engagés par l'entreprise lui permet de réduire les charges financières importantes qu'elle est amenée à supporter, lorsqu'elle participe à l'élaboration d'un projet. La procédure du dialogue compétitif peut, notamment, engendrer des coûts élevés.

II. - CONTENU

L'avis d'appel public à la concurrence ou le dossier de consultation doit prévoir pour les marchés concernés une clause déterminant les conditions de rémunération des études réalisées par les candidats non retenus.

Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prévoir une indemnisation adaptée :

- lorsque ce montant est sous-évalué, seuls les candidats financièrement très solides déposeront une offre. Le nombre des offres risquant d'être faible ou nul, il peut en résulter un appel d'offre infructueux,
- lorsque le montant de l'indemnisation est surévalué, il peut s'en suivre de nombreuses candidatures dont l'intérêt n'est pas de réaliser un marché mais d'obtenir une bonne indemnisation.

Ne peuvent être indemnisées que les offres conformes au cahier des charges. On ne peut pas rembourser l'intégralité des frais d'études engagés, qui sont forcément disparates d'un opérateur à l'autre : le principe est celui d'une indemnisation forfaitaire.

Enfin, au cas particulier du dialogue compétitif, le point 13.2 du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics précise :

«L'élaboration des propositions par les candidats tout au long du dialogue compétitif peut entraîner des coûts élevés susceptibles de dissuader des concurrents potentiels. Il est donc toujours de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes de dédommagement à hauteur de l'effort demandé (art. 67-X). La prime permettra de susciter une réelle concurrence en incitant le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer au dialogue ».

III – LIMITES ET RESPECT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE DES ETUDES

Les opérateurs économiques constatent trop souvent que les éléments de leur savoir-faire (idées, créations...) sont repris et réutilisés sans leur autorisation. Les discussions qui ont lieu lors du déroulement de certaines procédures négociées facilitent ce qu'il est convenu d'appeler un «pillage des idées ».

Les entreprises doivent donc pouvoir être assurées que toutes les informations contenues dans leurs offres ne peuvent être divulguées par le pouvoir adjudicateur, sans être obligées de préciser lorsqu'elles soumissionnent que tel ou tel élément de leur offre est communiqué «à titre confidentiel».

L'indemnisation, même conséquente, ne confère pas en elle-même un droit pour l'acheteur public sur la prestation ou l'étude.

FICHE N° 11

L'examen de la candidature des nouvelles entreprises ou des nouveaux entrants en marchés publics.

I. - OBJECTIF

1.- Intérêt pour les acheteurs publics

L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier seule l'élimination d'un candidat, mais ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières de ce candidat.

Une société nouvellement créée peut, pour justifier de ses capacités financières, demander que soient également prises en compte les capacités financières d'autres opérateurs quelle que soit la nature juridique des liens qui existent entre elle et ces opérateurs (sous-traitant, filiale, société mère, entreprise tierce...). Dans ce cas, elle justifie des capacités de ceux ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'elle en disposera pour l'exécution du marché.

Le pouvoir adjudicateur peut, en remplacement des bilans ou d'extraits de bilans accepter une déclaration appropriée de la banque qui lui assure de la solidité financière du titulaire du marché.

En l'absence d'exécution préalable de marchés de même nature par le candidat, le pouvoir adjudicateur peut avoir des exigences minimales de capacité à condition de proportionner ses exigences à l'objet du marché. Il peut, par exemple, exiger des niveaux moyens de capacité, des effectifs lui paraissant suffisants, un niveau moyen d'études et de qualifications professionnelles (ces exigences minimales doivent figurer dans l'AAPC).

Sur le plan technique, le fait de ne pas disposer au moment de la consultation des machines et des outils indispensables à l'exécution du marché ne signifie pas que le matériel nécessaire ne sera pas acquis ou loué si le marché est attribué à l'entreprise.

2.- Intérêt pour les opérateurs économiques

Permettre aux entreprises récemment créées (et parfois innovantes) de pouvoir accéder aux marchés publics.

L'exécution du « premier » marché public constitue une première expérience, donc une première référence en vue des marchés à venir.

L'attention des entreprises est également attirée sur les conséquences d'un engagement sans rapport avec leurs capacités professionnelles, techniques et financières.

II. - CONTENU

Le code des marchés publics prévoit l'examen de la capacité professionnelle, technique et financière des candidats aux marchés publics, qui s'appuie notamment sur la référence à de précédents marchés. Cette analyse est un préalable à l'analyse de leurs offres.

Il existe une difficulté pour les entreprises nouvellement constituées, car elles ne possèdent pas de références propres. Dans cette hypothèse, la candidature de celles-ci doit être examinée au regard des capacités professionnelles, techniques et financières, notamment, par le biais des références obtenues par leurs dirigeants ou leurs collaborateurs.

Les renseignements ou documents que l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques pour justifier de leurs capacités sont limitativement énumérés (article 45 du code des marchés publics, et arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs). Néanmoins, rien n'interdit au candidat d'aller au-delà en donnant des éléments supplémentaires (par exemple, des références à des marchés privés).

Il convient de sensibiliser les PME au recours aux dispositions de l'article 45.III du Code des marchés publics, permettant au candidat de demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et l'entreprise candidate, pour justifier de ses propres capacités professionnelles, techniques et financières.

A noter que cette disposition vaut quel que soit le candidat, nouvelle entreprise ou non, PME ou non, se présentant seule ou en groupement. Mais une telle disposition est particulièrement de nature à favoriser l'accès des PME, a fortiori récentes, à la commande publique.

Le candidat qui compte bénéficier de cette disposition doit ainsi présenter, à l'appui de sa candidature, un engagement formel de l'opérateur économique en question à le faire bénéficier de ses propres capacités pour l'exécution du marché auquel il postule, établissant clairement qu'il pourra en disposer si besoin est.

Il doit également fournir, en sus des siens propres, tous les éléments de capacité (financières, professionnelles, techniques) de l'opérateur en question, y compris une déclaration du candidat (formulaire DC2).

Ainsi, sur le plan pratique :

Dans la déclaration du candidat, à la rubrique E du formulaire DC2, le candidat qui s'appuie sur un autre opérateur économique doit indiquer le nom commercial et la dénomination sociale de ce dernier, l'adresse du siège, le mail, numéro de téléphone et numéro SIRET.

S'agissant de l'opérateur économique sur lequel s'appuie le candidat, ce dernier doit fournir une déclaration sur l'honneur (*) selon laquelle il mettra à disposition du candidat les moyens nécessaires pendant toute la durée d'exécution du marché ainsi que les éléments (relatifs à la capacité technique, professionnelle et financière) demandés dans l'AAPC, le règlement de la consultation ou la lettre de consultation.

Pour les éléments relatifs à la capacité technique, professionnelle et financière, l'opérateur économique peut utiliser la déclaration du candidat (formulaire DC 2) ou tout autre document.

(*) « Je soussigné, M. (nom, prénom, fonction), représentant dûment habilité de la société..... (dénomination), m'engage à mettre à disposition du candidat..... (dénomination) les compétences, les moyens financiers, humains et matériels de la société que je représente pour l'exécution du/des marché(s) à passer dans le cadre de la procédure n°... »

FICHE N° 12

La diffusion d'une trame de mémoire technique

OBJECTIF

L'objectif est de conduire et guider les entreprises dans l'élaboration de leur réponse à la consultation, de manière à faciliter ultérieurement l'examen et la comparaison des offres.

Quel que soit le marché, les acheteurs publics sont invités à définir précisément, en s'appuyant sur le cahier des charges, les points qu'ils souhaitent voir traités dans le mémoire technique ou la réponse de l'entreprise.

S'il diffuse une trame de mémoire technique, l'acheteur public veille à l'adapter à la consultation en cause. Il évite, par exemple, de proposer une trame de réponse trop sophistiquée par rapport à l'objet et à l'importance du marché.

On trouvera ci-après un exemple de trame de mémoire technique pour un marché de travaux (annexe 1), ainsi que quelques exemples d'éléments pouvant entrer dans le contenu d'un mémoire technique pour d'autres types de marchés (annexe 2).

1. – Intérêt pour les acheteurs publics

La diffusion d'une trame de mémoire technique permet de guider les pouvoirs adjudicateurs :

- **lors de la rédaction du dossier de consultation des entreprises (DCE).** En effet, les mentions figurant dans cette trame de mémoire technique correspondent aux éléments sur lesquels un pouvoir adjudicateur peut s'appuyer pour sélectionner les opérateurs économiques dans le cadre du critère « valeur technique de l'offre ». Pour construire la trame de mémoire technique, il est possible de prendre comme principe qu'à chaque critère et sous critère de sélection doit correspondre un document demandé et dont le contenu est précisé ou un canevas de réponse sur lequel s'appuie le candidat.
- **au stade de la sélection des offres.** En effet, lorsque les opérateurs économiques répondent sur la base d'une trame identique, la comparaison des offres des candidats est simplifiée.

2. – Intérêt pour les opérateurs économiques

La diffusion d'une trame de mémoire technique permet d'aider les opérateurs économiques à valoriser leurs offres en toute sécurité. Le modèle est identique pour tous les candidats éventuels, et les dossiers sont alors comparables quelle que soit la taille de l'entreprise ou les ressources dont elle dispose pour rédiger sa réponse.

Cette trame peut être utilisée par les candidats dans deux cas:

- lorsque le dossier de consultation impose ce cadre de mémoire technique à respecter par les candidats ;

- lorsque l'entreprise doit élaborer un mémoire technique, en fonction des critères techniques de jugement des offres figurant au règlement de la consultation, sans cadre préétabli. Toutefois, utiliser une trame de mémoire technique qui ne serait pas adaptée au règlement de la consultation du marché en question peut s'avérer contre productif : le candidat veillera, par une lecture attentive du règlement de la consultation, à adapter le mémoire technique pour que sa réponse soit conforme.

Dans tous les cas, mémoire imposé ou libre, l'entreprise devra procéder à la vérification de la valeur de celui-ci :

- soit le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) lui confère expressément une valeur contractuelle dans le cadre de son article (2, 3 ou 4 le plus souvent) intitulé « *Documents contractuels* » ou « *Pièces constitutives du marché* », et l'entreprise se trouve fermement engagée sur son contenu ;
- soit le CCAP ne fait pas apparaître le mémoire technique dans l'énumération de son article listant les pièces contractuelles du marché, celui-ci n'a donc pas de valeur contractuelle : son contenu n'est donné par l'entreprise qu'à titre indicatif et uniquement pour permettre l'analyse des offres et le choix de l'attributaire du marché.

ANNEXE 1

Aide à la rédaction d'un mémoire technique

Il y a lieu pour chaque consultation de :

- s'interroger sur les rubriques pertinentes au regard des critères de jugement spécifiques à la consultation en cause,
- supprimer celles qui apparaissent inutiles et **NON PAS** de conserver ces rubriques avec une mention « *sans objet* » ou « *néant* »,

Dans le texte, les commentaires sont en italique et sont à supprimer du mémoire technique remis par l'entreprise.

Au mémoire pourront être joints les documents explicatifs tels que : plans des installations et notes justificatives de calculs, plan d'assurance qualité ISO 9001.

En cas de variantes, joindre, en outre, tous les justificatifs, fiches produits, procédés d'exécution, photos et notes de calculs nécessaires.

1 - MOYENS HUMAINS ET MATERIELS AFFECTES SPECIFIQUEMENT AU CHANTIER

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de connaître les dispositions prises par l'entreprise pour gérer la qualité générale de ses travaux. Il y a donc lieu de préciser dans ce chapitre les moyens en personnels affectés aux travaux et à l'organisation.

Il est également nécessaire de préciser les moyens matériels déployés pour réaliser les travaux. Le pouvoir adjudicateur pourra ainsi apprécier l'adéquation existante entre les moyens humains et les moyens en matériels.

A titre indicatif pourront être explicités les éléments suivants :

1.1 – Moyens humains

1.1.1. Organigramme fonctionnel de l'agence ou de l'équipe affectée à l'opération avec les coordonnées de chacun (Etudes, PAQ, Réalisation...)

1.1.2. Nombre de personnes affectées au chantier (mini ou maxi selon planning) :

- Conducteur de travaux
- Chef de chantier
- OP 2
- OP 1
- Non spécialisé
- Autres dispositions prévues par l'entreprise (personnes pressenties pour la réalisation avec l'ancienneté dans l'entreprise, la qualification, l'autonomie et les responsabilités).

1.2 - Moyens en matériel

1.2.1. Description du matériel

Exemples :

Le personnel ci-dessus désigné a déjà une bonne connaissance de ce type de travaux à réaliser et aura :

-véhicules attitrés au transport du matériel et de l'approvisionnement des fournitures
-véhicules pour le déplacement éventuel d'un technicien pour une intervention d'urgence.

1.2.2. Matériels les plus adaptés au chantier

Exemple :

Pour la réalisation des travaux, le personnel est doté de son équipement de protection individuelle et de son outillage d'électricien afin d'être autonome.

1.3 Produits proposés pour le chantier

Exemples :

Caractéristiques techniques des produits proposés (fournir les fiches techniques)

Garantie du produit (attestation fournisseur de 2 ans, 3 ans et plus de 3 ans...).

La fourniture principale du lot est certifiée NF environnement ou équivalent.

Toutes les autres fournitures bénéficient de la certification.

1.4 - Moyens apportés par les sous-traitants (le cas échéant)

Le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités, techniques d'un ou de plusieurs sous-traitants : il peut être précisé les moyens humains et matériels éventuellement mis à disposition par ce ou ces sous-traitants et leurs apports techniques pendant la durée d'exécution du marché.

2.- CONTRAINTES D'EXECUTION DES TRAVAUX ET SOLUTION PROPOSEE :

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de connaître les contraintes que l'entreprise aurait détectées lors de l'étude du dossier et liées à l'exécution de ses propres travaux et ceux des autres corps d'état. Un dossier photographique précisant ces contraintes pourra être joint au mémoire technique.

A titre indicatif pourront être explicités les éléments suivants et les solutions apportées :

2.1 – Contraintes (de site ...) identifiées par l'entreprise comme étant susceptibles d'affecter l'exécution des travaux

Exemple :

Travaux en milieu occupé.

2.2 – Dispositions envisagées pour traiter la contrainte

Exemples :

Une prise de contact sera faite avec les résidents par courrier individuel, par voie d'affichage, par contact individuel.

Avant tout démarrage des travaux un état des lieux avec les résidents sera réalisé. Le nettoyage du chantier se fera au fur et à mesure pièce par pièce.

3.– MOYENS MIS EN ŒUVRE PAR L'ENTREPRISE POUR GARANTIR LA SANTE ET LA SECURITE DU CHANTIER

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de connaître les dispositions prises par l'entreprise pour gérer l'hygiène et la sécurité et juger ainsi de leur performance (respect des lois et de la réglementation en vigueur).

A titre indicatif, il peut être précisé ici les éléments suivants :

3.1 - Installation de chantier : description, bureaux, moyens de liaison, ateliers, aire de stockage des matériaux

3.2 - Hygiène et sécurité sur le chantier : principales mesures prévues pour les assurer (en l'absence de plan général de coordination)

L'entreprise est engagée dans un contrat de progrès avec l'OPPBTP pour diminuer les risques en matière de santé et de sécurité au travail (en annexe).

4 – DISPOSITIONS ARRETEES PAR L'ENTREPRISE POUR GARANTIR LA QUALITE DES PRESTATIONS A REALISER ET LE RESPECT DES DELAIS D'EXECUTION

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de juger de la qualité de l'exécution et de démontrer la capacité de faire de l'entreprise. Ce paragraphe doit être adapté spécifiquement au chantier (éviter le copié-collé).

A titre indicatif, les éléments suivants pourront être apportés :

4.1 - Indication sur le programme d'exécution, phasage et durée de chaque phase

(prévision des temps d'intervention et interface d'exécution)

4.2 - Nombre de salariés affectés à l'exécution de chaque tâche

4.3 - Procédés d'exécution envisagés

Ne pas négliger tout élément graphique pouvant aider à la compréhension technique de l'offre (plans, schémas, photos etc.).

4.4 - Autres

5 – DISPOSITIONS ARRETEES PAR L'ENTREPRISE EN MATIERE DE GESTION DES DECHETS DE CHANTIERS

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de juger des mesures prises par l'entreprise pour la gestion des déchets de chantier.

Si l'entreprise a élaboré un schéma d'organisation et de gestion des déchets (SOGED), elle pourra le joindre au mémoire technique.

A titre indicatif, les points suivants pourront être précisés :

5.1 – Organisation de la collecte des déchets

Exemples :

Enlèvement des déchets au fur et à mesure et tri sélectif en atelier (bacs prévus à cet effet).

Enlèvement et acheminement en déchetterie professionnelle.

5.2 – Lieux d'évacuation des déchets – Traçabilité des déchets

Exemple :

Déchetterie professionnelle située à ...

5.3 – Autres

Exemple : recyclage des produits.

6 – DISPOSITIONS ARRETEES PAR L'ENTREPRISE POUR DIMINUER LES NUISANCES

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de connaître les dispositions prises par l'entreprise pour limiter certaines nuisances (bruit : appareil utilisé, heures d'utilisation, produits dangereux : protection, récupération, gêne des riverains).

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de connaître les dispositions prises par l'entreprise pour limiter certaines nuisances (bruit : appareil utilisé, heures d'utilisation, produits dangereux : protection, récupération, gêne des riverains).

L'évaluation des nuisances :

Trois types de cibles pourront être pris en compte pour une étude d'impact environnemental :

- *Les flux entrant sur le chantier : perturbation éventuelle du trafic liée à l'arrivée d'engins et matériels, livraison des matériaux de construction...*
- *Le chantier lui-même : activités bruyantes, poussières, déchets, eau....*
- *Les flux sortant : évacuation des déchets.*

Le traitement des nuisances :

- *Elaboration d'une notice environnementale :*
- *exemple le bruit*

Possibilité de prévoir la mise en place d'une insonorisation complémentaire des engins, s'assurer d'un contrôle de repérage des réservations sur le plan béton, prévoir une zone de retournement pour éviter aux camions de reculer, organiser les parcours des camions pour éviter les zones sensibles, établir et faire respecter les plages horaires d'émission de bruit et en informer les voisins.

7 - VARIANTES

Le code des marchés publics (article 50 du code des marchés publics) prévoit que :

- *dans le cadre d'un **marché à procédure adaptée**, les variantes sont autorisées sauf indication contraire dans les documents de la consultation.*
- *pour les marchés formalisés (appel d'offres, marché négocié, dialogue compétitif), les variantes ne sont possibles que dans la mesure où le maître de l'ouvrage les a spécifiquement autorisées,*

7.1 – Présentation

7.2 – Justification : procédés d'exécution, plans et notes de calcul nécessaires

7.3 – Analyse de l'incidence financière (économies – surcoûts)

8 - ORGANISATION ET GESTION DU S.A.V.

Il s'agit de permettre au maître d'ouvrage (et au maître d'œuvre) de connaître les dispositions prises par l'entreprise relatives au service après-vente.

Pièces détachées : l'ensemble des produits est disponible en stocks.

Pièces détachées : nous nous engageons à les fournir sous....jours avec intervention du technicien.

Pièces détachées : envoi des pièces détachées dans un délai deheures par colissimo suivi.

Pièces détachées une assistance technique est mise en place avec intervention d'un technicien spécialisé dans le délai de ...heures.

8.1 – Organisation du S.A.V de l'entreprise

- **SAV géré par les équipes travaux : modalités d'intervention**
- **SAV géré par un service dédié : modalités d'intervention**

8.2 - Délai d'intervention dans le cadre du S.A.V (intervention urgente, intervention normale)

9 – ORGANISATION DE LA MAINTENANCE

- Moyens humains mis à disposition
- Moyens matériels mis à disposition
- Délais et modalités d'intervention

Fait à.....le

Cachet de l'entreprise

Nom et qualité du signataire

ANNEXE 2 :

Exemples d'éléments pouvant entrer dans le contenu d'un mémoire technique

Acquisition de petits mobiliers de bureau et d'appareils d'éclairage

- *délai standard de livraison,*
 - *délai express commande urgente,*
 - *possibilité de mise à disposition d'un utilitaire de commande,*
 - *organisation de la livraison sur sites décentralisés,*
 - *engagements du candidat dans le cadre du développement durable,*
 - *organisation du SAV...*
- (...)

Transport scolaire

- *description des véhicules,*
 - *description de l'organisation de l'exploitation (enchaînements de circuits, gestion et formation des conducteurs et des accompagnateurs, moyens de contrôle de l'entreprise pour s'assurer de la bonne exécution du service, outils de reporting),*
 - *description des engagements « qualité » valorisant la stratégie de l'entreprise pour améliorer la prise en compte des préoccupations environnementales (éco-conduite, consommation énergétique, recyclage des produits, nettoyage éco-responsable des véhicules, rejets de CO² émission de particules...),*
 - *description des engagements « sécurité » du transport des voyageurs : exercices de sécurité, moyens mis en œuvre pour assurer la continuité du service public en cas de situation dégradée, systèmes d'information mis en place (des familles, des établissements scolaires et de l'autorité administrative), équipement des véhicules, informations sur la conformité des points d'arrêts)...*
- (...)

Maintenance du contrôle d'accès des bâtiments et des parkings

- *organisation de l'équipe d'intervention (encadrement...),*
 - *délai d'intervention pour dépannage standard,*
 - *délai d'intervention pour dépannage d'urgence,*
 - *plan de maintenance,*
 - *modèle de livret d'entretien,*
 - *engagement du candidat dans le cadre de la protection de l'environnement,*
 - *possibilité de mise à disposition d'un site internet pour les dépannages, le reporting (rapport d'activité, bilans annuels et trimestriels)...*
- ...

FICHE n° 13

Les assurances dans les marchés publics de travaux

I. –OBJECTIF

Ne pas exiger des niveaux d'assurance disproportionnés par rapport à l'importance de l'intervention d'une entreprise dans un marché.

1. - Intérêt pour les acheteurs publics

Elargir les réponses aux appels d'offres en évitant des exigences contractuelles disproportionnées par rapport à l'importance du marché, pour tenir compte des garanties réelles proposées par le marché de l'assurance.

En effet très peu d'assureurs proposent des contrats d'assurance de responsabilité décennale pour les ouvrages de génie civil.

S'agissant d'une assurance facultative, les assureurs acceptant d'étudier les risques génie civil font des propositions souvent très différentes, considérant certains ouvrages comme inassurables par nature et, d'une façon générale, limiteront toujours les garanties tant sur l'étendue et le montant de la couverture accordés que sur leur engagement dans le temps. La garantie est le plus souvent limitée à une atteinte à la solidité de l'ouvrage avec des exclusions techniques, les clauses types ne s'appliquant pas. Dès lors le risque pour l'acheteur public qui exige cette assurance est d'engendrer une distorsion de concurrence.

La situation est identique pour les chantiers, hors habitation, d'un coût supérieur à 150 millions €, montant au-delà duquel l'assurance décennale n'est plus obligatoire (**Décret n° 2008-1466 du 22 décembre 2008 pris en application de l'article L.243-9 du code des assurances**). Les assureurs peuvent refuser ces risques ou, s'ils les acceptent, limiter leur couverture.

2. - Intérêt pour les opérateurs économiques

Eviter de :

- renchérir inutilement certaines offres,
- créer des difficultés pouvant conduire à une résiliation du marché attribué dans le cas où l'entreprise attributaire se verrait refuser la souscription de certaines des garanties assurances qui lui auraient été contractuellement exigées.

II. - CONTENU

- **L'assurance de la responsabilité civile**

L'article 9 « Assurance » du CCAG (Travaux, Fournitures courantes et services, Marchés industriels et Prestations intellectuelles) prévoit que le titulaire doit contracter des assurances pour garantir sa responsabilité à l'égard du pouvoir adjudicateur et des tiers, victimes d'accidents ou de dommages causés durant l'exécution du marché.

S'agissant d'une assurance non obligatoire, il est recommandé de ne pas prévoir de montant minimum de garantie dans l'appel d'offres, mais d'imposer aux entreprises de pouvoir justifier d'une couverture suffisante ; laquelle devra être appréciée au cas par cas en fonction des risques.

- L'assurance « tous risques chantier » : elle est généralement souscrite par le maître d'ouvrage et permet de garantir les dommages accidentels causés à l'ouvrage en cours de construction, aux matériaux devant être incorporés et aux équipements en cours de montage, que la cause du sinistre réside dans la conception ou l'exécution.

C'est une assurance temporaire, souscrite pour la durée du chantier, avec éventuellement une extension au-delà de la réception de l'ouvrage, sur une période de 12 ou 24 mois et pour des garanties plus ou moins étendues de « maintenance visite ou constructeur ».

- **L'assurance de la responsabilité décennale**

Conformément à la loi, les ouvrages dits de « génie civil » (listés à l'article L.243-1-1 du code des assurances) sont exclus du champ d'application de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale.

En conséquence aucune attestation n'est à demander en génie civil.

A ce titre sont toujours exclus de l'obligation légale d'assurance les ouvrages suivants ainsi que leurs éléments d'équipement :

- les ouvrages maritimes, lacustres, fluviaux
- les ouvrages d'infrastructures routières
- les ouvrages d'infrastructures portuaires
- les ouvrages d'infrastructures aéroportuaires et héliportuaires
- les ouvrages d'infrastructures ferroviaires
- les ouvrages de traitement des résidus urbains, de déchets industriels et d'effluents.

Sont également exclus les ouvrages ci-après, sauf s'ils constituent l'accessoire d'un ouvrage soumis à cette obligation légale :

- les voiries, les réseaux divers, les canalisations et leurs éléments d'équipement ;
- les ouvrages piétonniers et leurs éléments d'équipement ;
- les parcs de stationnement et leurs éléments d'équipement ;
- les lignes ou câbles et leur support ainsi que leurs éléments d'équipement ;
- les ouvrages de transport, de production, de stockage et de distribution d'énergie et leurs éléments d'équipement ;
- les ouvrages de stockage et de traitement de solides en vrac, de fluides et liquides et leurs éléments d'équipement ;
- les ouvrages de télécommunications et leurs éléments d'équipement ;
- les ouvrages sportifs non couverts et leurs éléments d'équipement.

Il est donc nécessaire d'opérer une distinction entre assurance de responsabilité décennale obligatoire et non obligatoire, avant la rédaction des clauses « assurance » des marchés.

Pour les ouvrages de construction autres que ceux mentionnés à l'article L. 243-1-1 du code des assurances, le CCAG Travaux prévoit que le titulaire (constructeur ou assimilé) doit fournir une assurance de responsabilité décennale.

En fonction de la valeur des ouvrages à garantir, et suivant les possibilités offertes par le code des assurances aux assureurs, ceux-ci proposent deux solutions :

1/ pour les opérations n'excédant pas 15 millions d'euros les entreprises bénéficient de leur assurance individuelle, qui les garantit à hauteur du montant total des réparations.

2/ pour les opérations dépassant 15 millions d'euros, un contrat collectif de responsabilité décennale (CCRD) est proposé en complément de leur assurance individuelle, au bénéfice de l'ensemble des constructeurs. Ce contrat spécifique à chaque opération couvre la différence entre le plafond de garantie de l'assurance individuelle de chaque constructeur et le coût estimé de l'ouvrage indiqué par le maître d'ouvrage.

En fonction du montant de l'opération, l'acheteur public doit donc prévoir la mise en place d'un contrat collectif de responsabilité décennale car les petites et moyennes entreprises risquent de ne pas pouvoir répondre à ces marchés, faute de pouvoir disposer à titre individuel d'un montant de garantie égal au coût du chantier et de l'impossibilité pour elles de souscrire un CCRD.

Le commentaire sous l'article 9 du CCAG Travaux précise que lorsqu'une assurance collective est envisagée par le maître d'ouvrage « *notamment dans le cadre de travaux allotis* », le CCAP doit alors mentionner :

- « *le montant estimé du coût de l'opération, honoraires compris* »,
- « *les plafonds fixés pour les assurances individuelles* » afin que les entreprises renégocient si nécessaire leur assurance et ajustent leur offre en conséquence.
- « *Les modalités de souscription et qui doit être le souscripteur de la police collective* ». Cette précision est indispensable afin que chaque entreprise puisse connaître ses coûts d'assurance pour la remise de l'offre.

L'attestation d'assurance doit mentionner le montant effectif des garanties individuelles et de l'assurance complémentaire et leur articulation : le maître d'ouvrage doit veiller à ce qu'aucun « vide de garantie » n'existe entre les différentes garanties individuelles et la police collective.

- **Cas particulier des groupements**

L'objectif doit être de vérifier l'adaptation des garanties des membres du groupement, plutôt que de les obliger à souscrire des polices spécifiques en complément de leurs assurances individuelles.

- Assurance responsabilité civile : Lorsque le groupement est conjoint, la police d'assurance des cotraitants ne nécessite pas de modification, puisque les prestations de chacun sont identifiables.

Le mandataire doit couvrir sa responsabilité spécifique de mandataire par des extensions de garanties pour se protéger. Si le mandataire est solidaire, il lui appartient de prévoir en outre une extension de garantie qui couvrira sa solidarité. Cette extension ne couvre que les dommages causés aux tiers du fait de son activité de mandataire solidaire. Il ne s'agit pas d'assurer, vis-à-vis de l'acheteur, la solidarité du mandataire en cas de défaillance d'un membre du groupement.

Lorsque le groupement est solidaire, la souscription par le mandataire d'une assurance spécifique pour le chantier mérite d'être étudiée, à défaut l'assurance de responsabilité

civile de chaque membre nécessite des extensions afin de couvrir leur solidarité contractuelle vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

Dans tous les cas, il est recommandé de vérifier que les polices d'assurance s'appliquent sans restriction pour l'exécution du contrat.

FICHE N° 14

Règles et bonnes pratiques de la sous-traitance dans les marchés publics

I. – QU’EST-CE QUE LA SOUS-TRAITANCE ?

1.- Définition : la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance

L'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 définit la sous-traitance comme :

« L’opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l’exécution du contrat d’entreprise ou d’une partie du marché public conclu avec le maître de l’ouvrage ».

La sous-traitance peut porter sur la réalisation de :

- travaux
- prestations intellectuelles, (par exemple, marchés de maîtrise d’œuvre)
- services (par exemple, dans le domaine des transports, de l’entretien, de la maintenance).

Elle ne concerne pas les prestations de fournitures courantes, ni les contrats de location de matériel avec opérateur.

Un sous-traitant n’est pas titulaire du marché ni cotraitant (dans le cadre d’un groupement momentané d’entreprises) puisqu’il ne passe pas de contrat directement avec l’acheteur public, mais un contrat de droit privé avec le titulaire du marché (entrepreneur principal).

Par conséquent, le sous-traitant n’est pas responsable de l’exécution des prestations devant l’acheteur, à la différence d’une entreprise membre d’un groupement.

2.- Les avantages de la sous-traitance

Les avantages pour l’entrepreneur principal :

- il s’adjoint des compétences et capacités tout en restant seul titulaire du marché et responsable de l’exécution des prestations,
- il reste seul en relation directe avec l’acheteur public.

Les avantages pour le sous-traitant :

- le sous-traitant dispose de la garantie que constitue le paiement direct par l’acheteur public pour les marchés d’un montant supérieur à 600 euros TTC.

Les avantages pour l’acheteur public:

- il conserve un interlocuteur unique, l’entreprise principale, responsable de l’exécution du marché ;
- il accepte le sous-traitant et agrée ses conditions de paiement, il peut demander la communication du contrat de sous-traitance à l’entreprise principale ;

- il peut refuser un sous-traitant, notamment lorsque son intervention serait de nature à nuire à la bonne exécution du marché. Il doit pouvoir justifier ce refus.

II. – QUELLES SONT LES CONDITIONS D’INTERVENTION D’UN SOUS-TRAITANT ?

1.-Le contrat de sous-traitance

Le contrat de sous-traitance (ou sous-traité) est un contrat de droit privé conclu entre l’entreprise principale et le sous-traitant pour chaque marché :

- il décrit les droits et obligations respectifs auxquels s’engagent le sous-traitant et l’entreprise principale l’un envers l’autre,
- il décrit les conditions financières notamment le prix, les pénalités ou indemnités éventuelles.

Des modèles types de contrats et des chartes visant à développer les bonnes pratiques entre les sous-traitants et les entreprises principales ont été élaborés par les organisations professionnelles afin de faciliter et d’équilibrer leurs relations contractuelles.

L’acceptation du sous traitant et l’agrément de ses conditions de paiement interviennent avant tout commencement d’exécution de la prestation sous-traitée.

L’entreprise principale fournira, pour présenter chaque sous-traitant à l’acheteur, un acte spécial appelé également «déclaration de sous-traitance» (il est recommandé d’utiliser le formulaire **DC4**). Cette déclaration est signée par l’entrepreneur principal et le sous-traitant et signée ensuite par l’acheteur, mais ne constitue pas pour autant un contrat entre ces derniers.

Le candidat au marché public qui décide de recourir à la sous-traitance peut le faire :

- au moment du dépôt de son pli
ou
- en cours d’exécution du marché.

Si l’acheteur public a connaissance de l’intervention d’un sous-traitant alors que celui-ci n’a pas été déclaré (et donc accepté), il doit immédiatement faire cesser cette intervention et demander au titulaire de procéder aux opérations de déclaration du sous-traitant. La méconnaissance de ses obligations en matière de déclaration de ses sous-traitants peut entraîner la résiliation du marché aux torts exclusifs du titulaire. Le défaut de déclaration d’un sous traitant est en outre passible d’une amende de 7 500 euros (cf article L8271-1-1 du code du travail).

2.- Le pourcentage du marché public pouvant être sous-traité

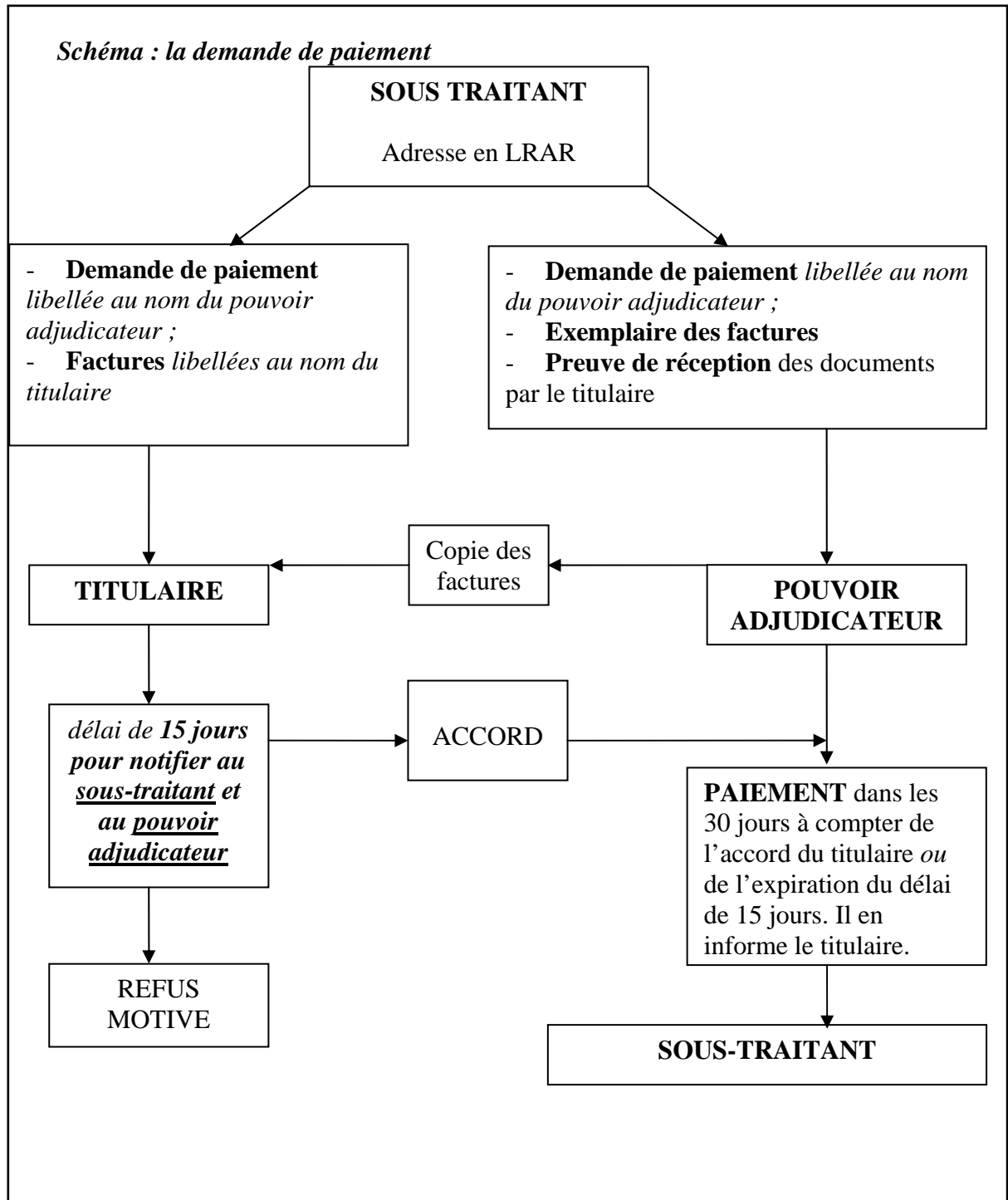
La loi interdit de sous-traiter l’intégralité d’un marché public. **Il n’existe pas de seuil précis** pour déterminer si le pourcentage sous-traité est acceptable ou non. Il s’agit d’une appréciation au cas par cas selon les situations.

III. - COMMENT FONCTIONNE LE PAIEMENT DIRECT DU SOUS TRAITANT ?

Le paiement direct est obligatoire dès que le montant du contrat de sous-traitance dépasse 600 euros TTC, pour les sous-traitants acceptés de 1^{er} rang, et dont les conditions de paiement ont été agréées. Toute renonciation au paiement direct est interdite par la loi (article 7 de la loi de 1975). Le circuit de paiement du sous-traitant est décrit à l’article 116 du code des marchés publics.

RAPPELS IMPORTANTS :

- **la demande de paiement** n'est pas une facture, elle doit être impérativement libellée au nom du pouvoir adjudicateur (cf modèle ci-après),
- **les factures du sous-traitant** sont libellées au nom de l'entrepreneur principal (titulaire),
- l'entreprise principale fait apparaître distinctement les prestations sous-traitées dans les documents et décomptes adressés au pouvoir adjudicateur.



☞ Le système d'attestation, par lequel l'entrepreneur principal demandait au pouvoir adjudicateur que soient prélevées sur celles lui revenant les sommes dues au sous-traitant, n'a plus cours.

La demande de paiement peut être formulée comme suit :

Demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur : Commune de ...

Référence du marché :

Objet - prestations exécutées par le sous-traitant : ...

Lieu d'exécution : ...

Date (ou délai) de réalisation des prestations: ...

Titulaire du marché/entrepreneur principal : ...

Je soussigné ... (sous-traitant) demande le paiement direct de la somme de ...euros au titre des prestations exécutées en objet, conformément à l'article 116 du code des marchés publics.

Pièces jointes : toutes pièces justificatives dont les factures

IV. - QUELLES SONT LES BONNES PRATIQUES EN MATIERE DE SOUS TRAITANCE ?

1.- Comment modifier les prestations sous-traitées ?

La part des prestations sous-traitées peut être modifiée en diminution ou en augmentation. Dans tous les cas, un nouvel acte spécial ou une nouvelle déclaration de sous-traitance (*formulaire DC4*) comportant les modifications apportées aux prestations sous traitées est envoyé au pouvoir adjudicateur afin qu'il assure le paiement direct du sous-traitant.

2.- Comment appliquer au sous-traitant les conditions particulières du marché ?

Le sous-traitant n'étant pas partie au marché public, les conditions particulières du marché public (CCAP notamment) **ne lui sont pas directement applicables**. Seules sont applicables les dispositions prévues par le contrat de sous-traitance conclu entre lui et l'entreprise principale d'une part, et les conditions prévues à l'acte spécial ou formulaire DC4 d'autre part.

Il est conseillé au sous-traitant, à l'entrepreneur principal et à l'acheteur public de prêter une attention particulière à la cohérence entre les dispositions du contrat de sous-traitance, celles de l'acte spécial, et les conditions particulières du marché (clauses de variation de prix).

L'acheteur public ne peut pas intervenir directement sur le contenu du contrat de sous-traitance. En revanche, il peut refuser d'agréer les conditions de paiement qui lui sembleraient trop déséquilibrées.

V.- LE SOUS TRAITANT PEUT-IL SOUS-TRAITER A SON TOUR ?

1.- La sous-traitance indirecte est prévue par la loi de 1975

Il est possible pour un sous-traitant lui-même de sous-traiter une partie de l'exécution des prestations qui lui sont confiées. Il est alors considéré, vis à vis de son propre sous-traitant, comme entrepreneur principal (*article 2 de la loi de 1975*).

Le CCAG-Travaux 2009 distingue quant à lui :

- le «**sous-traitant direct**» qui est le sous-traitant du titulaire,
- le «**sous-traitant indirect**» qui est le sous-traitant d'un sous-traitant (dénommé « *entrepreneur principal du sous-traitant indirect* »).

2.- Acceptation et agrément des conditions de paiement du sous-traitant indirect

Quel que soit leur rang, tous les sous-traitants doivent être acceptés et leurs conditions de paiement agréées par le pouvoir adjudicateur. Seul le sous-traitant de 1^{er} rang a droit à paiement direct. La loi de 1975 prévoit deux mécanismes possibles : le paiement du sous-traitant indirect peut-être garanti soit par une caution, soit par une délégation de paiement.

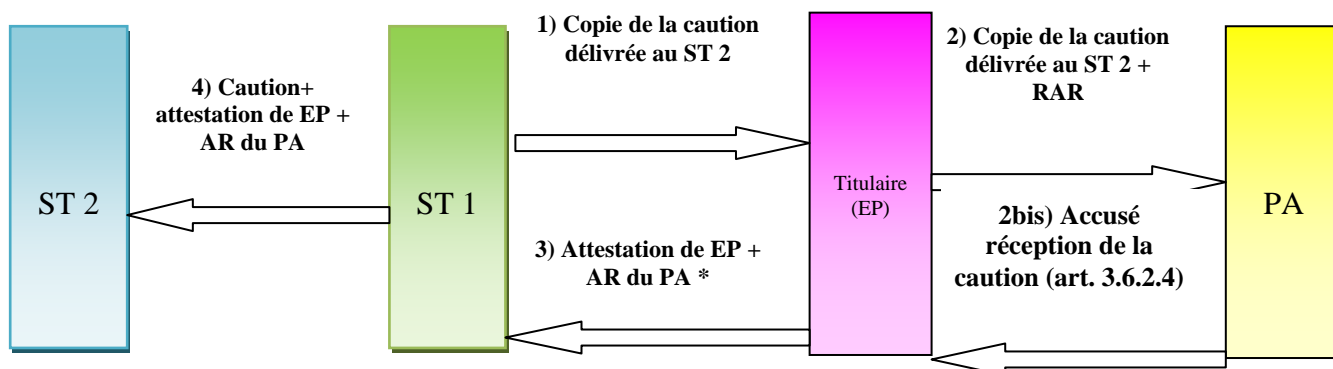
Ainsi, le formulaire DC4 peut être utilisé pour la déclaration d'un sous-traitant de 2nd rang, sous réserve de son adaptation par le sous-traitant de 1er rang. La déclaration de sous-traitance devra alors être signée par le sous-traitant de 1er rang et par le sous-traitant de 2nd rang et être transmise au pouvoir adjudicateur. En conséquence, le sous-traitant de 1er rang doit se voir notifier l'acceptation du sous-traitant de 2nd rang par le maître de l'ouvrage. Rien n'interdit cependant d'en aviser le titulaire.

Le contrat de sous-traitance conclu entre l'entrepreneur principal, titulaire du marché et chacun de ses sous-traitants, n'a pas à être modifié du fait de l'intervention d'un sous-traitant de rang inférieur.

3.- Le schéma des garanties de paiement

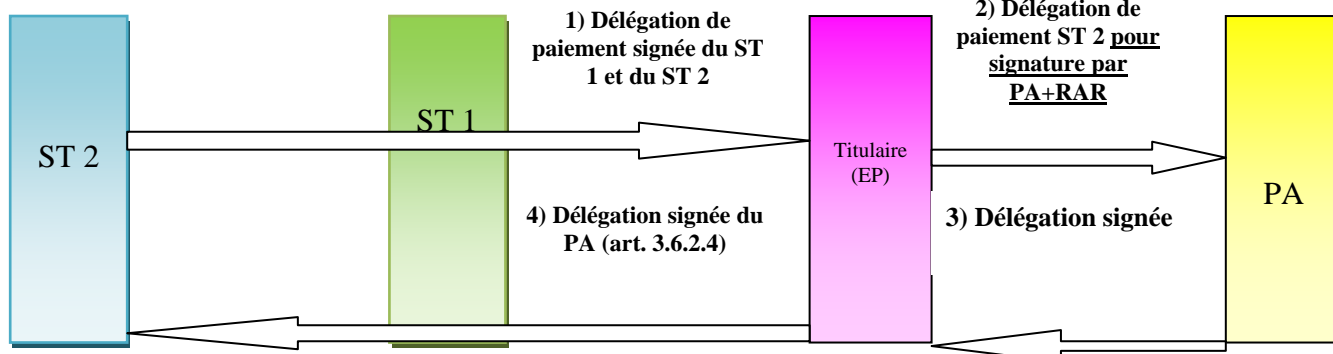
Le CCAG-Travaux 2009 précise les modalités pratiques de délivrance de ces garanties suivant les schémas ci-après :

CAUTION



* **3) Attestation de l'Entrepreneur principal** : il s'agit d'une attestation du titulaire indiquant qu'il a reçu copie de la caution délivrée au sous-traitant de rang 2 (article 3.6.2.5 CCAG Travaux 2009) + l'AR de caution par le pouvoir adjudicateur.

DELEGATION DE PAIEMENT



ANNEXE

Ont participé à la rédaction du présent guide :

1. Présidence de l'atelier PME et commande publique

Mme Marie-Christine ROGER
Chef de bureau
Direction générale de la compétitivité, de
l'industrie et des services

2. Coordination de l'atelier PME et commande publique

Ministère de l'économie et des finances
Ministère du redressement productif

Direction des affaires juridiques, Secrétariat
général de l'Observatoire économique de l'achat
public

M. Serge DOUMAIN
Chef de bureau

M. Patrick LAHAY
Mme Brigitte BANCOURT
Mme Florence CAILLE
Mme Audrey PFAFF

Direction générale de la compétitivité, de
l'industrie et des services

Mme Hélène SZARZYNSKI
Mme Nathalie WEYD

3. Membres de l'atelier

Association des acheteurs des collectivités
territoriales (AACT)

M. Arnaud LATRECHE

Assemblée des chambres françaises du commerce
et de l'industrie (ACFCI)

Mme Sylvie BESCHE

Confédération de l'artisanat et petites entreprises
du bâtiment (CAPEB)

M. Alain CHOUGUIAT
Mme Ingrid BIGOT-FALCON

Confédération générale du patronat des petites et
moyennes entreprises (CGPME)

Mme Jennifer BASTARD
Mme Catherine MOREAU

Conseil national des barreaux (CNB)	M. Gabriel BENESTY M. Olivier de WULF
Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables	Mme Agnès BRICARD Sylvie GUERIN
Ministère de la Défense – Secrétariat général pour l'administration	Mme Agnès LE GALL-HAMANN
Fédération française du bâtiment (FFB)	Mme Patricia GRELIER-WYCKOFF
Fédération nationale des travaux publics (FNTP)	Mme Sabine AYRAUD Mme Valérie BAILLAT
Fédération des entreprises de propreté et services associés (FEP)	Mme Lydie LODIN
Mouvement des entreprises de France (MEDEF)	M. Jérémy SIMON
OSEO	M. Stéphane BIARDEAU Mme Sylvie COGNEAU
Service des achats de l'Etat (SAE)	Mme Fatima AZZAZ M. Yves NICOLAS
Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB)	Mme Françoise VERGRIETE-MATRINGES
Société nationale des chemins de fer français (SNCF)	M. Julien BLONDEAU
Syndicat national du second œuvre (SNSO)	M. Renaud MARQUIE
Union des groupements d'achats publics (UGAP)	M. Marc THIERCELIN