



GUIDE PRATIQUE

pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique



INTRODUCTION

Dans la lignée des précédents travaux menés par l'Observatoire, ce guide a pour objet de **poursuivre la démarche de facilitation** de l'accès des TPE/PME à la commande publique, dans un contexte d'évolution normative, mais également de transformation numérique.

Loin de n'être qu'une simple évolution technologique, la **transformation numérique** doit générer d'importants progrès en matière de transparence et de simplification pour les opérateurs économiques et pour les acheteurs. Elle implique de la part de ces acteurs de nouvelles compétences, des changements d'usages et d'organisation. Pour relever ces défis et accompagner la démarche, la Direction des affaires juridiques a publié deux guides « très pratiques » entièrement dédiés à la [dématérialisation des marchés publics](#).

Le présent guide a pour ambition, d'une part, de consolider le « réflexe PME » des acheteurs, qui doivent adapter leurs consultations afin que celles-ci soient réellement accessibles à tous types d'entreprises et favoriser ainsi la concurrence, d'autre part, d'accompagner les opérateurs économiques vers une bonne appréhension des potentialités offertes par la commande publique.

En effet, si l'impact économique des marchés publics n'est plus à démontrer (89,3 Mds d'€ pour 163 519 contrats recensés en 2017), la **part des PME** titulaires est **stable** aux alentours de 30% du montant total des marchés, bien qu'elles représentent 60 % du nombre total des marchés passés. Ce phénomène peut s'expliquer notamment par un manque d'attractivité du secteur public (perçu comme complexe) et par l'emploi de clauses contractuelles standards, parfois inadaptées à des petits opérateurs et donc dissuasives.

En complément des récentes mesures réglementaires récemment adoptées en faveur des TPE/PME pour les marchés publics de l'Etat (augmentation des avances, diminution de la retenue de garantie...)¹, les pratiques d'achat peuvent encore donner lieu à une amélioration en concertation avec l'ensemble des parties prenantes.

Mutualiser les **bonnes pratiques en matière d'achat**, identifier les comportements qui seraient susceptibles de constituer un frein à l'accès des TPE/PME à la commande publique, favoriser l'anticipation et la concertation, tels ont été les objectifs du groupe de travail regroupant fédérations professionnelles et acheteurs.

Les échanges au sein du groupe de travail ont convaincu les membres de la nécessité de **rappeler certains fondamentaux** (allotissement, groupements momentanés d'entreprises, avances...) et de **dégager de nouvelles pistes de progrès** (développement du sourcing, allongement des délais de réponse aux consultations, adéquation des exigences financières aux capacités des PME...).



Les éléments contenus dans le présent guide restent cependant indicatifs : les **leviers d'action** identifiés (et leurs effets) sont variables d'une situation à l'autre, et ne peuvent être considérés comme pertinents ou efficaces pour toute situation. Il revient donc à chaque structure de mettre en œuvre sa propre méthode, au regard de ses moyens et de ses objectifs stratégiques.

L'observatoire économique de la commande publique.

¹ [Décret du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique](#).

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
Préambule sur la notion de TPE/PME	3
Partie 1 : Préparation de la procédure de passation du marché	
Fiche 1 : Analyser et définir les besoins	4
Le sourcing, un outil de connaissance du marché économique.....	4
La définition des besoins, une étape fondamentale de l'ACHAT	6
Fiche 2 : Allotir les prestations	9
Fiche 3 : Fixer des délais de procédure adaptés	11
Fiche 4 : Choisir les critères de sélection et d'attribution	12
L'examen des candidatures	12
L'examen des offres	14
Détermination des critères et de leur pondération	14
Phase d'analyse des offres et régularisation	16
Fiche 5 : Promouvoir les variantes	17
Fiche 6 : Encourager les groupements momentanés d'entreprises (GME)	19
Partie 2 : Procédure de passation du marché	
Fiche 7 : Préparer la phase de négociation	22
Fiche 8 : Garantir la confidentialité des offres	24
Fiche 9 : Détecter les offres anormalement basses (OAB).....	25
Fiche 10 : Indemniser les prestations à l'appui des offres	27
Partie 3 : Suivi d'exécution du marché	
Fiche 11 : Verser des avances proportionnées	28
Le principe général de l'avance	28
Corrélation entre avance et garanties.....	29
Fiche 12 : Savoir déterminer et contrôler le niveau d'assurance.....	31
Fiche 13 : Respecter les délais de paiement	33
Délais et règles applicables au secteur public	33
Rôle du maître d'œuvre dans le processus de paiement	35
Bonnes pratiques susceptibles de favoriser la diminution des délais de paiement.....	35
Fiche 14 : Assurer un suivi conjoint d'exécution.....	37
Recours aux pénalités.....	37
Recours aux clauses incitatives	38
Recours aux clauses de réexamen.....	39
Fiche 15 : Gérer les variations des prix	40
Fiche 16 : Contrôler et accompagner la sous-traitance	42
Principe général.....	42
Appréciation des sous-traitants dès le stade des offres.....	42
Contrôle des sous-traitants en cours d'exécution	43
Paiement direct des sous-traitants.....	44
Remerciements	45

PREAMBULE SUR LA NOTION DE TPE/PME

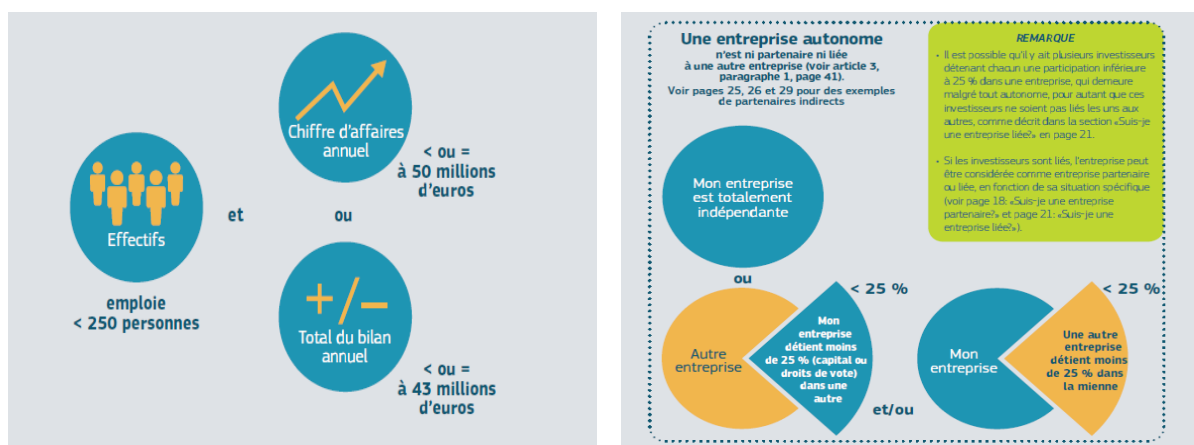
Avant tout développement relatif à l'accès des TPE/PME à la commande publique, il convient de s'entendre sur la définition de la PME, car différentes méthodes de catégorisation existent.

Conformément à la [recommandation de la Commission européenne](#) du 6 mai 2003, la notion de TPE/PME repose sur **trois critères** :

- l'effectif (moins de 250 salariés employés),
- le chiffre d'affaires (n'excédant pas 50 M€ ou un total du bilan annuel n'excédant pas 43 M€),
- l'autonomie (les parts ou droits de vote détenus par une autre entreprise sont inférieurs à 25 %).

Plus précisément, une **entreprise est autonome** :

- si elle est totalement indépendante, autrement dit si elle ne détient aucune participation dans d'autres entreprises et si aucune autre entreprise ne possède de participation dans l'entreprise ; ou
- si elle détient une participation de moins de 25 % du capital ou des droits de vote (le plus élevé des deux facteurs) d'une ou de plusieurs autres entreprises et/ou si des tiers ne détiennent pas de participation de plus de 25 % du capital ou des droits de vote (le plus élevé des deux facteurs) de l'entreprise ; ou
- si elle n'est pas liée à une autre entreprise à travers une personne physique.



Le code de la commande publique fait expressément référence à la recommandation de la Commission européenne (ex : article R. 2351-12).

Le troisième critère relatif à l'autonomie ne doit pas être négligé, sous peine de décompter au sein des PME des entreprises qui n'en sont pas réellement, car liées à de grandes entreprises. De ce fait, elles ne connaissent a priori pas les mêmes difficultés d'accès aux marchés publics, de financement et de trésorerie que les PME.

Il est d'autant plus important de savoir si l'opérateur économique est une PME que ce statut juridique emporte des mesures spécifiques obligatoires pour les marchés de l'Etat, facultatives pour les collectivités territoriales et les autres acheteurs (ex : augmentation du taux minimum des avances).

L'UGAP procède au suivi de ses fournisseurs selon la catégorisation et la méthode recommandées par la Commission européenne, grâce à l'emploi d'une **base de données** payante pour analyser l'autonomie des candidats. Il lui est ainsi possible de calculer annuellement la [part des TPE/PME](#) parmi ses titulaires de marchés.

Il ne s'agit pas de recommander le recours à des services payants, mais cela peut constituer une piste pour des entités disposant de ressources et dont l'objectif est de suivre précisément la part des TPE/PME au sein de leurs fournisseurs.



Une autre piste peut être de **demandeur expressément aux candidats** d'indiquer si des tiers détiennent plus de 25 % du capital ou des droits de vote de leurs entreprises (plutôt que de renvoyer génériquement les candidats vers la recommandation européenne de 2003, dont le détail n'est pas nécessairement bien connu).

PARTIE 1 : PREPARATION DE LA PROCEDURE DE PASSATION

FICHE 1 : ANALYSER ET DEFINIR LES BESOINS

Une bonne analyse du besoin et, par suite, sa définition dans les documents de la consultation sont une garantie de la bonne compréhension et donc de la bonne exécution du marché public par le futur titulaire. En ce sens, elles sont la **clé d'un achat réussi** et ne constituent pas une simple formalité juridique.

La mise en œuvre d'une **planification des achats** permet aux structures publiques de mieux piloter le renouvellement ou le lancement de nouvelles procédures, en anticipant le temps nécessaire à la réévaluation des besoins, à la prise en compte des évolutions du marché et notamment des innovations, à l'intégration de considérations environnementales / sociales, etc. Elle contribue également à donner de la visibilité aux opérateurs économiques et participe de l'attractivité de la commande publique, dès lors qu'elle est diffusée.

Pour une procédure donnée, l'analyse de l'acheteur doit notamment permettre de déterminer les éléments suivants : la nature du besoin (récurrent, ponctuel, urgent, standard, spécifique), les quantités et leur fréquence, la valeur estimée (montant HT total), les spécifications techniques, les délais de réalisation. Ces éléments sont nécessaires au **choix de la procédure et de la publicité adéquates**.

Lors de cette phase préalable, l'acheteur peut réaliser un sourcing des solutions et des fournisseurs potentiels. Il traduit ensuite le besoin dans un document contractuel, le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) par exemple, auquel les opérateurs économiques sont tenus de se conformer.

LE SOURCING, UN OUTIL DE CONNAISSANCE DU MARCHE ECONOMIQUE

Longtemps pratiqué « timidement » par les acheteurs publics, le sourcing est désormais encouragé par le droit européen et par le droit national, dans une logique de plus grande performance économique de la commande publique.



[Article R. 2111-1 du code de la commande publique](#) (CCP): « *afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.* »

En pratique, le sourcing (ou sourçage) correspond aux actions réalisées par un acheteur afin d'**identifier les solutions et fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin** avant une consultation ou dans un cadre plus largement prospectif. Il s'agit donc d'une démarche proactive de recherche et d'évaluation des opérateurs économiques d'un secteur, ainsi que leur mise en relation avec des acheteurs.



Il convient d'indiquer que le sourcing se situe **en amont de toute procédure** de passation d'un marché public et qu'il n'a donc pas vocation à être trop structuré, notamment par la mise en œuvre d'un formalisme excessif, qui serait contraire à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire favoriser les échanges pour parfaire la connaissance du marché économique.

Au contact des entreprises, l'acheteur sera en mesure de **vérifier que ses exigences** en termes de qualité, coûts, délais, performance environnementale ou sociale, etc. **sont proportionnées** par rapport aux capacités et aux contraintes du secteur concerné, qui peuvent évoluer. En appréhendant le modèle économique des fournisseurs et en adaptant le cas échéant la structure contractuelle du futur marché, l'acheteur limitera le risque d'inadéquation de l'offre et de la demande et donc de coûts trop élevés, de sur-qualité ou d'infructuosité.

Si la réglementation issue des nouveaux textes européens est venue dans une certaine mesure consacrer la pratique, les modalités de consultation des entreprises (« avis », « études », « échanges préalables »...) ne sont pas plus amplement définies, étant hors champ procédural.

L'acheteur est donc libre d'établir son propre mode opératoire en fonction des moyens et du temps dont il dispose et dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Cette liberté concerne tant le champ des fournisseurs à consulter que les modalités d'échanges (ex : réunions publiques, entretiens individuels, participation à des salons, demande d'informations...). Elle concerne également les délais, la publicité et la traçabilité, bien que ces termes renvoient à des notions de procédure qui ne s'appliquent pas *stricto sensu* au sourcing.

Conseils pratiques :



Il n'existe pas de méthode universelle de sourcing, cependant quelques recommandations peuvent être formulées, dans un esprit de transparence mais aussi de souplesse, et à adapter selon l'objet :

- ☞ définir en premier lieu les objectifs poursuivis par la démarche ;
- ☞ assurer une publicité proportionnée aux enjeux et au montant de la future consultation (ex : aucune si faible enjeu, site institutionnel ou profil d'acheteur, journal d'annonces légales, etc.) ;
- ☞ laisser un délai raisonnable aux opérateurs économiques pour se manifester (ex : un mois) ;
- ☞ sélectionner un panel représentatif de fournisseurs à solliciter le cas échéant (ex : PME / ETI / grandes entreprises, fournisseurs déjà connus / nouveaux entrants sur le marché) ;
- ☞ conduire les entretiens, réaliser les visites de site dans le cadre d'une équipe (acheteur, prescripteur, juriste, etc.) et avec une répartition claire du rôle de chacun ;
- ☞ refuser tous cadeaux (hors objets promotionnels de faible valeur) ou avantages et vérifier qu'aucun des participant n'est concerné par un conflit d'intérêt potentiel² ;
- ☞ assurer une traçabilité minimale des échanges (ex : modèle de compte-rendu synthétique, etc.) ;
- ☞ assurer un niveau d'informations égal à toutes les entreprises participantes (liste de thématiques communes, ex : performance technique, structuration des coûts, développement durable...) et ne communiquer aucun élément de la future consultation ;
- ☞ respecter la confidentialité des informations transmises par les entreprises (secret des affaires) et ne pas reprendre leurs idées / procédés novateurs dans le cahier des charges ;
- ☞ respecter un délai de quelques semaines entre la fin du sourcing et le lancement de la consultation ;
- ☞ évaluer *a posteriori* l'apport du sourcing pour l'amélioration des achats et la satisfaction des utilisateurs.

Afin de rassurer les opérateurs économiques inquiets du traitement qui pourrait être réservé aux données techniques et/ou financières qu'ils communiquent, une bonne pratique peut être de leur demander de signaler lors du sourcing (et plus généralement dans leurs offres) les éléments qu'ils estiment de nature confidentielle.

Les acheteurs qui manqueraient de moyens ou bien de pratique peuvent **mutualiser cette phase avec d'autres administrations** présentes sur le territoire. Pour les accompagner dans cette démarche, de même que pour permettre aux entreprises de se manifester, il existe différents outils et réseaux d'échanges (animation régionale conjointe Etat/collectivités, recours au « catalogues fournisseurs » des centrales d'achat, appui des CCI, pôles de compétitivité...).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter :

- [le guide du sourcing opérationnel de la DAE](#) ;
- [le guide du sourcing de France Urbaine](#) ;
- [le guide pratique de l'achat innovant de l'OECP](#).

² La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a intégré dans le statut général la notion de conflits d'intérêts qui désigne « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions ».

LES ELEMENTS PARTICIPANT A LA DEFINITION DES BESOINS



La définition du besoin est une obligation posée à l'article L. 2111-1 du CCP « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.* »

Une bonne définition du besoin dans les documents de la consultation doit permettre de répondre aux questions suivantes : que veut-on acheter ? Dans quelle quantité ? Sous quel délai ? Avec quel niveau de qualité et de performance ? À quel prix ?

La définition du besoin doit également intégrer une démarche de développement durable et d'accessibilité³, ainsi qu'une nécessaire optimisation du coût des prestations, dans un contexte financier contraint pour les entités publiques.

Réaliser une telle synthèse requiert des **échanges entre services opérationnels et acheteurs** (et le cas échéant avec les utilisateurs) qui doivent être anticipés dans le planning de la procédure, de même que la détermination des critères de sélection, l'ouverture aux variantes, etc.



L'absence ou l'insuffisance de définition du besoin est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Ex : sous-estimation des quantités, renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur, possibilité pour les candidats de proposer des services annexes non définis.

La définition des besoins peut être réalisée *via* des **spécifications techniques**, qui doivent être **liées à l'objet du marché** public et proportionnées à son montant et à ses objectifs. Elles décrivent généralement soit les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service, soit le processus, la méthode spécifique de production ou une caractéristique du cycle de vie.

La description technique doit être objective et ne pas créer de discrimination entre les opérateurs économiques, par exemple en mentionnant une marque, un brevet ou un type qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou services. L'acheteur peut toutefois y recourir à titre exceptionnel, à la condition que ces références soient accompagnées de la mention « ou équivalent ».

Les **préoccupations environnementales et/ou sociales** peuvent être prises en compte au moyen de labels ou d'écolabels attribués par des organismes indépendants⁴. Le recours à un label par l'acheteur impose le respect de diverses conditions prévues par les articles [R. 2111-14](#) et [R. 2111-15](#) du CCP. En particulier le label doit reposer sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires et ses conditions d'obtention doivent être fixées et être accessibles à toute personne intéressée.

LA DEFINITION FONCTIONNELLE, UN OUTIL D'OUVERTURE AUX SOLUTIONS TECHNIQUES

Pendant longtemps, les consultations ont été marquées par des spécifications très précises, en référence à des solutions déjà existantes et éprouvées par l'administration. Cette pratique peut freiner le développement de solutions innovantes. Elle n'est pas non plus gage de performance de l'achat, la collectivité n'ayant pas toujours l'expérience ou les compétences nécessaires pour présumer de la meilleure façon de répondre à ses attentes.

³ Article R 2111-6 du CCP : « *Sauf cas dûment justifié, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.* »

⁴ Les labels s'entendent comme tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures concernés par la délivrance de ce label remplissent certaines exigences.

Les acheteurs sont désormais incités à procéder plus souvent à une définition fonctionnelle des besoins, qui ne prescrit pas précisément les moyens ou techniques à mettre en œuvre, mais plutôt le **résultat et les performances à atteindre** dans un cadre donné, ainsi que les moyens de les contrôler.



La démarche fonctionnelle paraît relativement évidente pour les besoins émergents ou nouveaux, mais elle est également appropriée aux segments d'achats plus courants, répétitifs. Elle permet en effet de ne pas enfermer l'achat dans une routine et d'éviter la reconduction systématique des mêmes procédés en réexaminant les besoins avec un regard neuf.

Le fait de proposer une définition fonctionnelle du besoin réduit également le risque de reprendre dans le cahier des charges des spécifications techniques qui pourraient être protégées par des droits de propriété intellectuelle (brevet, savoir-faire) d'opérateurs économiques, au risque de méconnaître leurs droits ou de fermer la concurrence du fait de leur exclusivité sur ces éléments.

Elle permet aussi de stimuler la concurrence (renouvellement du vivier des fournisseurs) et d'améliorer le rapport qualité/prix des prestations, en évitant par exemple de prescrire par répétition un certain niveau de qualité qui ne serait plus nécessaire ou conforme aux usages.

L'estimation et la **structuration financière** du marché constituent un élément important de la définition du besoin. Par exemple, s'il est loisible à l'acheteur de passer des marchés sans montant minimum ni maximum, la communication aux candidats d'un montant prévisionnel de commandes (basé sur la bonne connaissance des consommations passées) sera de nature à leur donner la visibilité et ainsi à maîtriser le coût des prestations.

L'acheteur doit envisager les prix planchers et plafonds pratiqués par les entreprises pour le niveau de qualité voulu. En fonction des types de marchés, il peut ainsi évaluer le montant approximatif de l'achat qui lui permettra d'apprécier les offres des opérateurs (et de détecter le cas échéant une [offre anormalement basse](#)). Etablir un processus de veille des prix sur les achats stratégiques ou économiquement importants est essentiel et servira aussi à rédiger des clauses pertinentes de révision de prix.



Afin de déterminer les exigences fonctionnelles et ne pas « fermer » la consultation par trop de précisions techniques, il peut être intéressant de **distinguer des niveaux d'exigences** permettant de différencier ce qui est primordial (ex : planning, contraintes techniques...) de ce qui ne l'est pas.

Par exemple, la SNCF précise dans les documents de la consultation le niveau de flexibilité autorisé autour des objectifs de performance et des exigences fonctionnelles : aucune flexibilité, faible, moyenne, importante.



En synthèse, quelques points-clé pour la mise en œuvre d'une définition fonctionnelle :

- ☞ pour éviter les exigences fonctionnelles formulées de manière floue, on peut associer les performances à des éléments quantitatifs ou évaluables (ex : temps de résistance au feu, degré de résistance à la chaleur, quantités produites...) ;
- ☞ lorsque l'initiative est laissée aux candidats sur les modalités techniques de la solution, les documents de la consultation doivent être clairs et exhaustifs sur les contraintes qui encadrent cette liberté. Il peut notamment s'agir de contraintes normatives, de contexte, liées à l'environnement dans lequel s'exécute la prestation, etc. ;
- ☞ il convient de limiter les conditions d'exécution au strict nécessaire, ce qui permet de favoriser la flexibilité et donc une plus grande variété d'offre, mais également de limiter le coût de la prestation. Toute exigence ayant un coût, il revient d'arbitrer entre l'essentiel, le nécessaire et le superflu ;
- ☞ élaborer la méthode d'évaluation qui permettra de classer les offres, mais aussi de mesurer en cours d'exécution les résultats obtenus ;
- ☞ afin de respecter le principe de détermination préliminaire des besoins, les acheteurs devront s'interdire de la modifier, notamment en MAPA, au fur et à mesure de la procédure, au motif qu'il s'agit d'une négociation avec les entreprises.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ dédiée à la [définition du besoin](#)

Extrait d'une description fonctionnelle réalisée par l'UGAP dans le cadre d'une consultation relative à la fourniture de véhicules électriques :

- présentation générale du besoin : La variété des utilisations des véhicules est très grande. Ceux-ci parcourent entre 6 000 et 20 000 km par an, sur tout type de voies (urbaine, périurbaine, routes extra urbaines, autoroutes).

Les principales missions pour lesquelles les véhicules électriques sont utilisés, avec comme contraintes spécifiques :

- le transport de marchandises : environnement urbain (maniabilité), véhicule chargé ;

- le transport de personnes : confort, autonomie ;

- l'intervention sur le terrain : disponibilité, fiabilité, autonomie ;

- la distribution : arrêts fréquents, véhicule chargé.

- type de véhicule : véhicule automobile 4 roues ;

La motorisation doit être exclusivement électrique. Le moteur électrique est alimenté par des batteries.

- charge et volume utiles : le véhicule doit pouvoir transporter tous les objets / marchandises / personnes nécessaires à la réalisation des missions pour lesquelles il est utilisé.

Type 1 (véhicule utilitaire léger d'un volume d'environ 3m) : 600 kg environ - option : 800 kg

Type 2 (véhicule compact 2 places d'un volume d'environ 1m3) : 400 kg environ

Type 3 (véhicule particulier 4 ou 5 places) : 400 kg environ

- performances adaptées à l'usage urbain, périurbain et rural : le véhicule doit pouvoir **s'insérer dans tout type de circulation et sur tout type de voie en toute sécurité**. Ces performances (atteindre au moins 110 km/h, au maximum de la charge utile, accélération permettant une insertion sur les voies rapides) sont assurées quelles que soient les conditions climatiques et l'état de la batterie. Le véhicule pourra être amené à rouler sur tout type de voies et il est indispensable qu'il puisse franchir des dos d'âne et des cassis, passer sur des chaussées mal entretenues, monter sur un trottoir sans difficulté.

- autonomie : Le véhicule doit disposer d'une autonomie suffisante pour accomplir les missions pour lesquelles il est utilisé.

- sécurité : le véhicule doit être homologué pour circuler sur les voies publiques conformément au Code de la route (...).

Le véhicule doit être conçu de manière à avoir le **meilleur comportement routier possible**. Ce comportement doit être au moins équivalent au niveau moyen des véhicules particuliers et utilitaires du marché européen.

La sécurité des occupants, des marchandises et des autres usagers étant primordiale, le véhicule doit présenter une **protection efficace des passagers en cas de choc frontal ou latéral** et minimiser les conséquences d'un choc avec un piéton.

FICHE 2 : ALLOTIR LES PRESTATIONS

L'allotissement est destiné, par une structuration pertinente du projet de marché, à susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quels que soient leur taille ou leur degré de spécialisation, d'accéder directement à la commande publique.



L'article L. 2113-10 du CCP dispose que « *les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots* ».

Le principe de l'allotissement s'applique désormais à l'ensemble des acheteurs, indépendamment de leur qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. En outre, ce principe s'applique tant aux marchés passés selon une procédure adaptée qu'à ceux passés selon une procédure formalisée.

L'acheteur dispose d'une grande **liberté dans la détermination du nombre et de la consistance des lots**, mais il doit tenir compte des caractéristiques techniques de la prestation concernée, du territoire où elle est exécutée, de l'état de la concurrence, de sa propre capacité à coordonner l'ensemble des prestations, etc. afin d'aboutir à la meilleure structuration fonctionnelle et géographique, le cas échéant.

La pratique du sourcing ([cf. fiche dédiée](#)) contribue à consolider l'analyse du secteur économique considéré afin notamment d'éviter le groupement de prestations qui peuvent être réalisées par des corps de métier distincts (ex : peinture et plomberie, nettoyage et gestion des déchets, fournitures de bureau et informatique...).

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

Le chantier du parc des expositions de Toulouse métropole constitue un exemple d'allotissement à l'échelle d'un projet d'envergure. En effet, après une concertation avec les fédérations professionnelles, l'opération de plus de 300 M€ (bâtiments, voiries, parkings, prolongement du tramway...) a été allotie en 40 lots, dont la moitié à moins d'1 M€. Ce projet a nécessité une maîtrise d'ouvrage déléguée pour assurer le pilotage.

Le Conseil d'État considère que le choix opéré par l'acheteur ne peut être remis en cause que si l'acheteur commet des erreurs grossières dans le découpage au regard « *des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions* »⁵. Seule une erreur manifeste d'appréciation est ainsi susceptible de caractériser un manquement aux obligations de mise en concurrence.

L'acheteur dispose aussi de latitude dans la détermination des **modalités de soumission et d'attribution des lots**. Par exemple, il peut décider de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre maximal de lots pouvant être attribués à un même opérateur économique⁶.

Lot 1 → A
Lot 2 → A
Lot 3 → X B
Lot 4 → C

Il s'agit d'une bonne pratique potentielle, en ce qu'elle permet de varier les entreprises attributaires et de sécuriser les approvisionnements. On peut en effet considérer que les vertus de l'allotissement sont neutralisées dès lors qu'une seule entreprise obtient une majorité de lots au titre d'une même consultation.

Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure formalisée, il est possible de recourir à la procédure adaptée pour les « petits lots », c'est-à-dire ceux dont le montant est inférieur à 80 000€ HT pour les marchés de fournitures et

⁵ CE, n° 333737, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio.

⁶ A condition toutefois que l'acheteur ait précisé les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

services et à 1 M€ HT pour les marchés de travaux (à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale)⁷. Il semble cependant que cette possibilité soit peu employée par les acheteurs.



Le dimensionnement des lots conditionne notamment le montant des garanties bancaires (ex : garantie à première demande), des [assurances](#) et le volume de chiffre d'affaires qui seront exigés, d'une part par les banques, d'autre part par les acheteurs au stade des candidatures.

Plus les lots seront d'importance, moins une PME aura la capacité de candidater, non pas parce qu'elle ne dispose pas des moyens techniques et/ou humains nécessaires, mais parce qu'elle doit disposer des financements adéquats. Or, un opérateur bancaire ne sera pas enclin à soutenir une PME dans de multiples candidatures. Un arbitrage est alors opéré par l'entreprise, qui doit limiter sa participation à quelques procédures.

L'allotissement n'est cependant pas systématique. [L'article L. 2113-11 du CCP](#) prévoit des **exceptions possibles à l'obligation d'allotir**, mais qui sont encadrées strictement :

- lorsque l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- lorsque la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

En outre, les articles L. 2171-1 et suivants distinguent trois types de **marchés globaux** entrant dans le champ des exceptions à l'allotissement :

- les marchés de conception-réalisation,
- les marchés globaux de performance,
- les marchés globaux sectoriels.

Le choix d'allotir ou de recourir à un marché unique ou global peut certes dépendre des **moyens humains et techniques** dont dispose la **personne publique** pour coordonner et suivre l'exécution d'un marché complexe (ex : existe-t-il une multiplicité de prestations techniques à piloter dans un calendrier très contraint ? Les services internes sont-ils suffisamment robustes pour y procéder ?). Il est aussi loisible à l'acheteur de s'adjoindre les services d'une maîtrise d'ouvrage déléguée, auquel cas le recours à un marché non alloti semblera moins justifié.

En tout état de cause, la structure publique ne peut se soustraire au principe de l'allotissement pour des raisons d'organisation interne. Il lui revient d'analyser sérieusement ses capacités de pilotage avant d'opter, pour tout projet d'envergure, pour un allotissement des prestations ou bien un marché non alloti.



L'acheteur doit être en capacité de justifier son choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation. Le cas échéant, le juge vérifiera dans le cadre d'un contrôle dit « normal » si l'analyse et les justifications de l'acheteur sont entachées d'erreurs d'appréciation⁸.

En synthèse, l'allotissement sera d'autant plus facile à réaliser que l'acheteur et le prescripteur auront acquis en amont une **bonne connaissance du secteur concerné**, afin de structurer les prestations en cohérence avec l'état de l'art et de la concurrence. L'**anticipation des projets** doit aussi contribuer à la conciliation des contraintes opérationnelles et de la nécessité d'allotir, de même qu'à la maîtrise des risques liés à un chantier par exemple.

Il s'agit ainsi d'un **rapport gagnant/gagnant** : d'une part, la stimulation de la concurrence permet aux acheteurs d'obtenir des offres au meilleur rapport qualité/prix, d'autre part, elle facilite l'accès des PME à la commande publique en tant que titulaires de marchés.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter les fiches de la DAI dédiées à [l'allotissement](#) et aux [marchés globaux](#).

⁷ Article R. 2123-1 du CCP.

⁸ CE, 26 juin 2015, Ville de Paris, n° 389682 ; CE, 27 oct. 2011, Département des Bouches-du- Rhône, n° 350935.

FICHE 3 : FIXER DES DELAIS DE PROCEDURE ADAPTES

La détermination de délais de procédure est un **point crucial pour favoriser l'intérêt des opérateurs économiques**. Or, cet aspect est généralement traité comme le moyen principal de réduire le temps de procédure, ce qui est un mauvais calcul et contredit l'esprit du texte. Une attention particulière doit être portée à la fixation de délais adéquats dans le contexte de la dématérialisation de la passation des marchés.



Les articles R. 2143-1 et R. 2151-1 du CCP disposent que l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre.

En procédure formalisée, les **délais minimaux** de réception des candidatures et des offres sont fixés à 30 jours (hors cas d'urgence dûment justifié ou avis de pré-information)⁹. En MAPA, ils sont à la discrétion de l'acheteur mais doivent être malgré tout suffisants.

Dans la plupart des cas, les acheteurs retiennent mécaniquement les délais minimaux comme base de référence dans leur retro-planning, quel que soit l'achat concerné. La nécessité de livrer à temps le service l'emporte généralement sur d'autres considérations.

Cependant, une **meilleure anticipation** des procédures, par exemple dans le cadre d'une programmation annuelle ou pluriannuelle des achats, devrait permettre d'**allonger progressivement les délais** de réponse afin de stimuler la concurrence, de consolider la qualité des offres, mais aussi d'améliorer l'attractivité de la commande publique.

~~30 jours
systématiques~~

Par ailleurs, un délai minimal pourrait être sanctionné par le juge administratif en fonction du cas d'espèce¹⁰.

Il relève donc de la responsabilité des acheteurs et des décideurs (et de leur intérêt en termes de qualité des offres) de bien distinguer délais minimaux et délais nécessaires aux entreprises pour répondre au cahier des charges, *a fortiori* quand une solution performante est attendue.

Les délais de procédure ne sont pas seulement utiles à l'élaboration d'offres économiquement avantageuses, mais constituent également un **temps de recherche de partenaires**. En effet, les entreprises peuvent être amenées, notamment parce que la réponse nécessite de s'adosser à d'autres compétences, à candidater en groupement d'entreprises ou à rechercher des sous-traitants dans certains domaines.

Ces possibilités doivent être anticipées par l'acheteur et prises en compte dans la procédure : faciliter la constitution des groupements nécessite de laisser suffisamment de temps, entre l'envoi de l'appel à concurrence à la publication et la fin du délai de dépôt des dossiers des entreprises, pour que les opérateurs économiques désirant se grouper puissent convenir de la relation contractuelle autour du marché.

~~Mois
d'août~~

Enfin, au-delà du délai en lui-même, l'attention des acheteurs est appelée sur les **périodes de publication**. Il convient en effet d'éviter les périodes de forte activité des entreprises, ou à l'inverse de faible activité (ex : période estivale, fêtes de fin d'année) pour lancer des consultations qui pourraient passer inaperçues. Lancer une consultation avant son départ en congés ne constitue pas une bonne pratique !

Par exemple, l'UGAP fixe rarement un délai de 30 jours pour la réponse aux appels d'offres.

En général, les délais moyens s'élèvent à 40-45 jours de consultation à compter de la publication, alors qu'elle pourrait bénéficier de délais moindres dans le cadre de la dématérialisation des procédures (25 jours).

De plus, le mois d'août est systématiquement neutralisé dans le calendrier des procédures.

⁹ Titre VI, chapitre 1^{er} du CCP.

¹⁰ CE, 11 juillet 2018, n° 418021, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre.

FICHE 4 : CHOISIR LES CRITERES DE SELECTION ET D'ATTRIBUTION

Tant les critères de sélection des candidatures que les critères d'attribution du marché doivent être suffisamment ouverts, tout en étant proportionnés, pour permettre une participation effective des TPE/PME.

L'EXAMEN DES CANDIDATURES



L'article L. 2142-1 du CCP dispose que « l'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché ».

La phase d'examen des candidatures déposées par les opérateurs économiques se déroule généralement avant la phase d'examen des offres. En application de l'article R. 2144-3 du CCP, cette **vérification** doit s'effectuer **au plus tard avant l'attribution du marché**, ce qui permet, en procédure d'appel d'offres ouvert, d'inverser l'ordre d'examen des candidatures et des offres¹¹. Cette possibilité contribue à alléger les charges pesant sur les entreprises et les acheteurs (les vérifications n'étant opérées qu'à l'égard du ou des titulaires(s) pressenti(s)).

Elle est mise en œuvre par la CCI Paris Ile-de-France dans le but de focaliser son attention sur les offres et de réserver l'analyse de la candidature au candidat pressenti. Dans l'hypothèse où ce dernier ne présenterait pas les garanties suffisantes, l'acheteur rejeterait l'offre et vérifierait la capacité du candidat dont l'offre est placée en seconde position.

Quels que soient la procédure retenue (ouverte ou restreinte) et l'ordre d'examen, l'acheteur doit contrôler :

- que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits, toute candidature reçue hors délai étant éliminée¹² ;
- que les candidats satisfont aux conditions de participation indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation ;
- que les candidats ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Ces contrôles s'effectuent à des moments et selon des modalités qui peuvent être différents, selon qu'il s'agit d'un marché public classique ou de défense ou de sécurité et selon la procédure suivie, notamment si l'acheteur a décidé de fixer un nombre maximum de candidat admis à participer.

Afin de faciliter l'accès à la commande publique, en particulier pour les entreprises de création récente qui ne possèdent pas de références, les **critères de sélection** doivent être **proportionnés à l'objet du marché** ou à ses conditions d'exécution.

Les capacités économiques et financières, de même que les capacités techniques et professionnelles, sont appréciées tant sur le plan quantitatif que qualitatif. Une fois utilisés au stade des candidatures, ces critères de sélection ne peuvent plus l'être au stade de la remise des offres.



➤ Capacité économique et financière :

- o le **chiffre d'affaires** exigible des candidats doit être proportionné à l'enjeu et **limité à deux fois le montant estimé** du marché ou du lot (au-delà de ce seuil, l'exception devra être dûment justifiée) ;
- o tout soumissionnaire peut demander que soient prises en compte les **capacités financières d'autres opérateurs** (ex : cotraitant, sous-traitant...), dès lors qu'elle peut apporter la preuve qu'elle en disposera

¹¹ Article R. 2161-4 du CCP (hors marchés publics de défense ou de sécurité).

¹² Le principe d'égalité de traitement des candidats s'oppose, en toute hypothèse, à la régularisation d'une candidature tardive. Quel que soit le mode de transmission (dématérialisé ou papier), l'heure d'arrivée du document est seule prise en compte, à l'exclusion de l'heure d'envoi.

pour l'exécution du marché. L'acheteur peut exiger un lien de solidarité entre les entreprises dans le cas d'un groupement d'opérateurs économiques.

➤ Capacités techniques et professionnelles :

- l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier à elle seule l'élimination d'un candidat ;
- le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, exiger des **niveaux moyens de capacité**, des effectifs lui paraissant suffisants, un niveau moyen d'études et de qualifications professionnelles. Le fait de ne pas disposer au moment de la consultation des machines et des outils indispensables à l'exécution du marché ne doit jamais être discriminant, car l'entreprise aura toujours la possibilité d'acquérir ou de louer le matériel nécessaire si le marché lui est attribué. Elle doit simplement démontrer comment elle sera en mesure de s'en doter le moment venu.

Il est recommandé de solliciter des **niveaux de qualification** au stade des candidatures, plutôt que des CV (dès lors qu'une relation *intuitu personae* n'est pas fondamentale à l'exécution des prestations). En effet, sans assurance d'obtenir le marché, les candidats ne peuvent garantir que des personnels nommément désignés seront disponibles à la date d'exécution des prestations, souvent des mois après la consultation.

Afin de vérifier la véracité des informations transmises, l'acheteur peut exiger – dans un délai raisonnable et identique à tous les candidats – la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par [l'arrêté du 22 mars 2019](#). Eléments principaux :



L'attention des acheteurs est appelée sur la nécessité de maîtriser le volume des documents demandés à l'appui des candidatures¹³. Plus qu'une formalité administrative, le choix de documents utiles doit permettre d'éclairer la sélection des candidats et de connaître leur profil (sur la notion de TPE/PME, cf. [point dédié](#)).

Toutefois, les candidats ne sont pas tenus de fournir les **documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement** par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que l'acheteur dispose de toutes les informations nécessaires à la consultation et que leur accès soit gratuit.

De même, les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une précédente consultation (procédure formalisée) et qui demeurent valables.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ dédiée à [l'examen des candidatures](#).

¹³ Les règles de vérification des conditions de participation s'appliquent au candidat et à ses éventuels sous-traitants.

DETERMINATION DES CRITERES ET DE LEUR PONDERATION

L'examen des offres doit permettre de choisir l'**offre économiquement la plus avantageuse**, ce qui ne signifie pas l'offre au prix le plus bas. A cet égard, le choix des critères d'attribution pertinents revêt une importance cruciale et découle directement de [l'analyse du besoin](#), qui aura fait apparaître les éléments quantitatifs ou qualitatifs les plus structurants pour la consultation.

L'usage des critères d'attribution obéit à des règles simples :

- les critères doivent avoir un lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;
- ils doivent être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et diligents de les interpréter de façon similaire ;
- ils doivent être portés à la connaissance des candidats (y compris les sous-critères susceptibles d'exercer une influence importante), de même que leur pondération ou à défaut leur hiérarchisation¹⁴.

Quelle que soit la technique de pondération retenue (ex : pourcentage, coefficient, système d'attribution de points, fourchette...), les modalités de choix des offres doivent être suffisamment précises pour ne pas laisser à l'acheteur un choix arbitraire, incompatible avec les principes d'égalité de traitement et de transparence.

Afin d'accompagner les acheteurs dans la détermination des critères, les réglementations européenne et nationale établissent une **liste indicative** (cf. [article R. 2152-7 du CCP](#)) :



Les critères d'attribution, librement choisis par l'acheteur, doivent permettre d'apprécier la performance globale des offres et porter une attention particulière sur la qualité des prestations attendues, ainsi que sur le respect des modalités d'exécution du marché. Si le recours à un critère unique (prix ou coût) est possible dans certains cas¹⁵, le recours à une **pluralité de critères** est toujours recommandé pour valoriser d'autres éléments de l'offre.

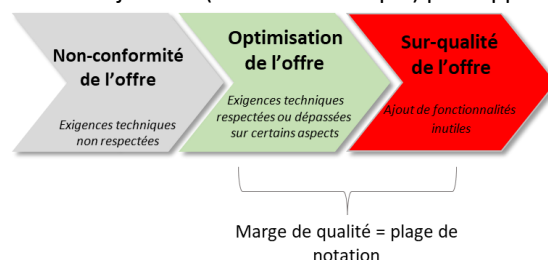
¹⁴ En revanche, la méthode de notation des critères n'a pas nécessairement à être communiquée dans les documents de la consultation, que ce soit une procédure formalisée ou une procédure adaptée.

¹⁵ Il est particulièrement déconseillé de se limiter au critère du prix pour l'attribution de prestations présentant un certain caractère de complexité ou de technicité, pour les travaux notamment. La jurisprudence a en effet déjà eu l'occasion de sanctionner une telle pratique (CE 6 avril 2007, Département de l'Isère, n°298584).

Pour que le recours à une pluralité de critères soit pleinement effectif, leur **pondération** (et sous-critères éventuels) doit être **en réelle adéquation avec le niveau de qualité attendu** et ne pas masquer une sélection réalisée majoritairement par le prix.

En effet si le critère prix est prépondérant, c'est-à-dire au-delà de 50 %, on peut se trouver dans une situation de sous-qualité (ex : minoration du temps passé à réaliser les prestations en vue de contenir les coûts), qui se révélera au final plus chère pour l'acheteur. A l'inverse, si le poids des autres critères est trop élevé, on pourra se trouver dans une situation de sur-qualité qui dépassera les besoins réels de l'administration.

Au-delà des considérations budgétaires, la surpondération du critère prix peut s'expliquer par le fait que certains acheteurs le considèrent plus facile à objectiver (car mathématique) par rapport à celui de la valeur technique.



Or, la détermination de **sous-critères qualitatifs** en lien avec les spécifications techniques ou fonctionnelles contribuera à limiter la marge d'appréciation et à atténuer le caractère nécessairement « subjectif » de l'analyse. Il est délicat de citer des exemples de sous-critères, dans la mesure où ceux-ci sont variables en fonction de chaque consultation (en particulier la notion de « qualité »). Quelques critères fréquents : délais de livraison ou d'intervention, modalités de maintenance ou de garantie, caractère esthétique ou ergonomique, moyens humains / techniques mis en œuvre pour l'exécution des prestations, etc.

Une formule de **rééquilibrage du poids du critère prix** par rapport aux autres peut être employée :

Le critère du prix est le seul critère objectif et déterminé mathématiquement : la meilleure note aura en général 10/10. Les autres critères, tel celui de la valeur technique, font l'objet d'une appréciation nécessairement plus subjective, ou en tout cas moins « mathématique », car dépendante de l'évaluateur (expérience, goûts...). De ce fait, la note maximale de 10/10 est rarement utilisée. Le prix va donc être surpondéré dans l'appréciation finale.

A titre d'exemple, dans une consultation où la valeur technique compte pour 60 % et le prix pour 40 %, si l'on attribue une note de 7/10 à la meilleure offre technique, son poids relatif va être à peine supérieur à celui de la meilleure offre financière, si celle-ci est à 10/10. En effet, la meilleure note prix va rapporter 40 points sur 100 (4×10), alors que la note technique ne rapportera que 42 points sur 100 (7×6).

Une solution très simple, conforme à la jurisprudence, permet de conserver le poids relatif des critères : il suffit, après que chaque offre a été notée individuellement, de porter systématiquement et pour chaque critère, la meilleure note à 10, les notes suivantes étant, selon une règle de 3, portées elles aussi à une valeur par référence à la meilleure note. Ainsi le poids relatif de chaque critère est conservé.

Pour plus de détails sur les méthodes potentielles de notation, consulter le [guide pratique sur les prix](#) (chapitre 5).

Le recours au **coût de la prestation** peut être employé à la place du critère prix, car il est déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, correspondant à l'ensemble des étapes successives et interdépendantes tout au long de la vie d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service¹⁶.

Par le biais de cette approche globale, il est ainsi possible de prendre en compte l'ensemble des coûts générés par la prestation dans la durée, et non pas seulement son coût de production initial ou d'exploitation (frais de maintenance, de recyclage, etc.).

¹⁶ Pour plus d'informations sur la prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation : <https://www.economie.gouv.fr/daj/cout-cycle-vie-consultation> ou le guide « L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques » [focus 13](#).

Le **développement durable** n'est pas seulement pris en compte au stade de la définition du besoin, mais également au stade de la notation. Il convient de rappeler que les considérations sociales et environnementales doivent être en lien avec l'objet du marché et que les critères d'attribution ne peuvent pas prendre en compte la responsabilité sociale des entreprises (RSE) d'un point de vue général, selon une jurisprudence constante¹⁷.

Exemples de critères en matière sociale et environnementale¹⁸ : performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté qui concourent à l'exécution du marché, réduction des émissions de CO₂ des véhicules utilisés dans le cadre du marché¹⁹, valorisation et recyclage des déchets issus de l'exécution du marché, innovation en matière de procédés, produits et matériaux favorables à l'environnement (ex : certains produits biosourcés...) utilisés pour l'exécution du marché, etc.



Afin de faciliter la constitution du dossier par les entreprises et éviter des demandes complémentaires, les **documents sollicités** auprès des candidats et contribuant à l'analyse des offres doivent être clairement définis par les acheteurs. Une bonne pratique peut aussi être de déterminer un **cadre de mémoire technique** détaillant les sous-rubriques à renseigner, le nombre maximal de pages, etc. ce qui facilitera également leur comparaison par l'acheteur.

PHASE D'ANALYSE DES OFFRES ET REGULARISATION

Pour pouvoir être classées, les offres ne doivent pas présenter les caractéristiques d'une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée²⁰ :

offre irrégulière	offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable, notamment en matière sociale et environnementale.
offre inacceptable	offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.
offre inappropriée	offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulées dans les documents de la consultation.

Seules les offres irrégulières (à l'exception de celles qui sont anormalement basses) peuvent faire l'objet d'une **potentielle régularisation**²¹. Le code de la commande publique n'impose pas aux acheteurs de demander aux candidats de régulariser leur dossier ; il s'agit donc d'une simple faculté.

Si l'acheteur utilise cette faculté, il adresse alors une demande à tous les candidats concernés, en leur indiquant précisément la liste des documents à modifier/compléter dans un délai approprié et dans le respect du principe d'égalité de traitement.

La régularisation ne doit pas conduire à modifier les caractéristiques substantielles des offres, mais sert à **corriger des erreurs matérielles** ou à **palier des oublis mineurs**. Par exemple, un prix indiqué sur la durée totale du marché, alors qu'il était demandé sur une base annuelle, peut donner lieu à une régularisation.

¹⁷ CE, 25 mai 2018, Nantes métropole, n° 417580 : un critère de sélection pondéré à hauteur de 15 % de la note totale et ayant pour objectif d'évaluer la politique générale des candidats en matière sociale est sanctionné par le juge administratif.

¹⁸ Les exemples de critères de l'article R.2152-7 ne sont pas limitatifs. Un sourcing adéquat et l'appui d'un expert (ex : facilitateur) sont à privilégier en la matière. En outre, le guide sur les aspects sociaux de la commande publique recommande d'associer le critère de sélection à la mise en œuvre des conditions d'exécution.

¹⁹ Pour plus d'informations sur ce point, consulter le guide « [L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques](#) ».

²⁰ Article R. 2152-1 du CCP.

²¹ Article R. 2152-2 du CCP.

FICHE 5 : PROMOUVOIR LES VARIANTES

Le terme de variante correspond à une **modification** des spécifications techniques **de la solution de base**, tout en satisfaisant le besoin conformément au cahier des charges. Il sert en fait à désigner :

- les variantes à l'initiative des soumissionnaires, définies par la jurisprudence comme « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » ;
- les variantes imposées par les acheteurs, qui peuvent définir précisément ou non la variante attendue (ex : éléments techniques sur lesquels doit porter la variante).

Le fait qu'un opérateur économique propose une alternative à la solution envisagée par l'acheteur ne signifie pas que sa proposition sera totalement divergente ; elle peut varier seulement sur quelques aspects (ex : emploi de nouveaux matériaux...).

Les variantes permettent, d'une part, aux entreprises de faire valoir leur **savoir-faire** et leur capacité d'innovation et, d'autre part, aux administrations d'optimiser la réponse à leurs besoins par des **procédés alternatifs plus performants**, qui n'ont pas nécessairement été envisagés au départ (en particulier dans les domaines évolutifs).

La variante prend tout son sens lorsque l'acheteur n'a pas été en mesure de réaliser un sourcing approfondi ou qu'il a rédigé un cahier des charges très précis prescrivant une solution particulière, au lieu de décrire seulement le résultat à atteindre. Elle est d'autant plus utile que l'acheteur dispose de moyens contraints en amont de la procédure et constitue un « filet de sécurité » pour permettre aux entreprises de présenter la réponse la plus adaptée au besoin.

Pour mémoire, les variantes se distinguent des prestations supplémentaires éventuelles (PSE) et des options :

Variante	PSE	Option
• Peut être à l'initiative du candidat ou de l'acheteur. • Correspond à une modification des spécifications techniques de la solution de base.	• A l'initiative de l'acheteur uniquement • Correspond à des prestations (en lien avec l'objet du marché), qui peuvent être commandées ou non à la signature du contrat. • S'ajoute à la solution de base sans s'y substituer.	• A l'initiative de l'acheteur uniquement (notion européenne). • Correspond à des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence si prévues dans le marché initial (principalement : marchés dits "similaires", tranches optionnelles).

L'article R. 2151-8 (et suivants) du CCP indique les modalités d'autorisation ou d'interdiction des variantes selon la procédure employée et le type d'acheteur :

Régime des variantes pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité :

	Procédure formalisée	Procédure adaptée
Pouvoir adjudicateur	Interdiction des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.
Entité adjudicatrice	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.

Régime des variantes pour les marchés publics de défense ou de sécurité :

Procédure formalisée	Interdiction des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis d'appel à la concurrence.
Procédure adaptée	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.

Sauf exigence contraire explicite, les variantes peuvent être déposées seules, **sans une offre conforme à la solution de base**. Cette disposition a pour objectif d'élargir l'accès à la commande publique notamment des PME innovantes, qui n'ont pas forcément la capacité de proposer une offre de base, alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives adaptées au besoin.



Il n'est donc pas recommandé d'exiger le dépôt d'une offre de base, dans une logique d'allègement de la charge des entreprises (éviter de préparer 2 offres) et de stimulation de leur créativité en réponse aux besoins formulés. Cela réduit également le travail de l'acheteur.

Malgré cette plus large ouverture permise par la réglementation, force est de constater que **l'usage des variantes reste limité** : soit les acheteurs les interdisent expressément ou ne les autorisent pas, soit les entreprises craignent, en déposant seulement la variante, que leur offre soit considérée comme non conforme.

Se contenter d'autoriser les variantes n'apparaît pas comme suffisant pour rassurer les entreprises. Elles ne prendront pas toujours le risque de se lancer dans une candidature coûteuse en temps, sans être assurées que leur proposition sera véritablement examinée.

Envoyer un message clair aux candidats en faveur des variantes dans les documents de la consultation revient également à envoyer un signal positif en faveur de l'innovation.



Il est donc nécessaire de prévoir à l'avance le traitement des variantes dans les documents de la consultation :

- en autorisant explicitement les variantes quelle que soit la procédure, ce qui nécessite cependant de disposer des moyens et les compétences permettant une évaluation rigoureuse des différentes solutions ;
- en déterminant les exigences minimales ou les éléments du cahier des charges qu'elles devront respecter, et les modalités de leur présentation (ces éléments, obligatoirement mentionnés en procédure formalisée, sont recommandés en MAPA) ;
- en retenant des critères (et sous-critères) d'attribution identiques, qui permettront d'évaluer à la fois les offres de base et les variantes ;
- en fléchant les variantes dans la trame de mémoire technique, pour inciter les entreprises à décrire et justifier avec précision l'amélioration technique ou l'économie générée(s) par la variante par rapport à la solution de base.

Afin de classer les offres, la seule méthode consiste à examiner chaque proposition indépendamment des autres, qu'il s'agisse d'offres de base ou de variantes, pour dresser ensuite un **classement unique**, selon la note obtenue. Les offres de base et les variantes sont ainsi jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités.

Enfin, le respect, par la personne publique, de la plus stricte **confidentialité** est essentiel pour que les prestataires puissent, en confiance, présenter leurs solutions les plus innovantes dans une consultation.

Par exemple, la Métropole de Nice Côte d'Azur, souhaitant favoriser l'innovation, a lancé un marché afin de rénover l'une des infrastructures routières majeures de la ville de Nice (faisant l'objet d'un flux très important de véhicules à certaines périodes de la journée).

Pour la solution technique, l'un des soumissionnaires a proposé une variante qui remplaçait les fibres métalliques prévues au cahier des charges par des fibres « polypropylène ». Ce choix est apparu pertinent à l'acheteur du point de vue de la durabilité (béton plus léger, durable, résistance au feu, diminution du risque de fissuration, résistance à l'abrasion, aux chocs, à la traction et à la flexion).

Cet exemple corrobore la nécessité de laisser aux candidats une flexibilité pour proposer des solutions alternatives tout aussi pertinentes que celles envisagées par l'acheteur.

FICHE 6 : ENCOURAGER LES GROUPEMENTS MOMENTANES D'ENTREPRISES (GME)



L'article R. 2142-19 du CCP établit que des groupements peuvent candidater à des marchés publics, afin de permettre à des opérateurs économiques d'unir leurs compétences et leurs moyens dans **l'élaboration d'une réponse commune pour une procédure de marché** à laquelle ils n'auraient pas nécessairement pu participer seuls.

L'intérêt est multiple : accéder à de nouveaux marchés dépassant les capacités individuelles des entreprises, mutualiser des frais fixes pour une opération donnée, bénéficier du statut de cocontractant (plutôt que sous-traitant), permettre aux PME d'intervenir aux côtés d'autres entreprises dans une relation partenariale.



Cependant, la constitution d'un GME nécessite une **bonne anticipation et une relation de confiance** entre opérateurs économiques. Elle dépend également des usages dans le secteur concerné.

Si l'on constate depuis quelques années que la proportion des GME dans la commande publique stagne²², les acheteurs peuvent, par quelques mesures simples, favoriser leur essor.

Outre le développement d'espaces permettant aux entreprises d'échanger entre elles²³, le délai de réponse laissé aux opérateurs économiques pour constituer leur offre et éventuellement se regrouper est essentiel. Il convient donc de privilégier des délais supérieurs aux délais minimaux ([cf. point dédié](#)) et de rappeler dans les documents de la consultation que les candidats ont la possibilité de se présenter en groupement.

Le groupement d'entreprise n'est pas doté de la personnalité morale et son champ est limité à l'exécution du contrat pour lequel il a été constitué. La réglementation prévoit **deux formes de groupement**, conjoint ou solidaire, dont les implications sont distinctes.

- ☞ En **groupement conjoint**, chaque opérateur économique est engagé sur les prestations qu'il réalise. Une définition précise des prestations, individualisées par entreprise, est nécessaire afin que l'acheteur puisse examiner l'engagement de chacun des membres du groupement et en connaître les limites.
- ☞ En **groupement solidaire**, chaque entreprise est solidairement engagée pour l'ensemble des prestations et peut être amenée à pallier la défaillance de l'un de ses partenaires. Cette forme est donc la plus contraignante pour les candidats. Cette forme peut limiter le partenariat entre entreprises de tailles trop différentes ou bien exerçant dans des secteurs très éloignés.

Pour en savoir plus sur l'impact du groupement en termes d'assurances, consulter le [point dédié](#).

Quelle que soit la forme adoptée, un **mandataire** est **obligatoirement identifié** parmi les cotraitants pour représenter le groupement dans ses relations avec l'acheteur et coordonner les prestations en fonction de son mandat : remettre les offres, signer le marché et les avenants, remettre au maître d'ouvrage/maître d'œuvre les documents techniques, les demandes d'acceptation des sous-traitants, assurer la gestion administrative et financière. Le mandataire est destinataire de toutes les décisions prises par l'acheteur dans le cadre l'exécution du marché (bons de commande, mise en demeure, décision de réception...).

Il peut être solidaire de chaque membre dans le cadre d'un groupement conjoint. Si cela constitue une garantie pour l'acheteur, du fait de la désignation d'un interlocuteur unique notamment, c'est aussi une difficulté quand les entreprises ne sont pas de taille comparable.

La forme du groupement a une incidence sur les **modalités de paiement** du marché. Si le groupement est conjoint, le règlement est normalement effectué à chacun des cotraitants. Si le groupement est solidaire, le

²² En 2017, environ 6 % des contrats initiaux recensés par l'OECP émanaient d'un GME. En 2013, la proportion était de 5,3 %.

²³ Par exemple, la [bourse à la cotraitance](#) de la DAE ou celle du [GIP Maximilien](#).

versement des sommes dues est généralement effectué sur un compte unique ou sur le compte du mandataire s'il a été habilité à ce titre (sauf si les prestations respectives sont individualisables).

L'acheteur ne peut jamais interdire aux opérateurs économiques de se présenter en groupement, ni imposer une forme juridique dès le stade des candidatures. Il peut, cependant, imposer par la suite la forme du groupement solidaire, dans la mesure où la bonne exécution du marché le nécessite²⁴.



Exiger la solidarité peut avoir un effet dissuasif pour les opérateurs économiques ou entraîner un surcoût se traduisant dans l'offre ; le risque est alors de ne pas élargir la concurrence, notamment en rendant plus difficile la participation des PME.

Il est donc conseillé aux acheteurs de procéder à une **réflexion préalable**, tenant compte de l'objet du marché, de la technicité et de la diversité des prestations demandées, des corps d'états concernés, **avant d'imposer une forme de solidarité** (membres ou mandataire) pour le groupement.

Par exemple, dans le cadre d'un marché permettant l'entretien et la rénovation de divers sites et portant sur 11 corps d'état, la Métropole d'Aix-Marseille Provence n'a pas requis de solidarité des membres du groupement ni de son mandataire (la forme du groupement étant laissée à l'appréciation des candidats). En outre, aucune garantie à première demande ou retenue de garantie n'était demandée pour les commandes inférieures à 200 K€, alors que les avances étaient versées à hauteur de 30% supérieure à 10 K€.

S'agissant d'un accord privé, le groupement ne répond pas à un formalisme particulier. A minima, le formulaire DC1 peut servir de convention de mandat. Il est cependant conseillé d'**établir un document spécifique**, de type convention écrite, identifiant bien la nature du groupement, les rôles et missions de chacun des membres, les règles de fonctionnement du groupement (ex : mode de prise de décision), la mission du mandataire et son éventuelle rémunération, les modalités de règlement, de fournitures des garanties et des assurances, la gestion des différends, les règles de confidentialité à respecter.

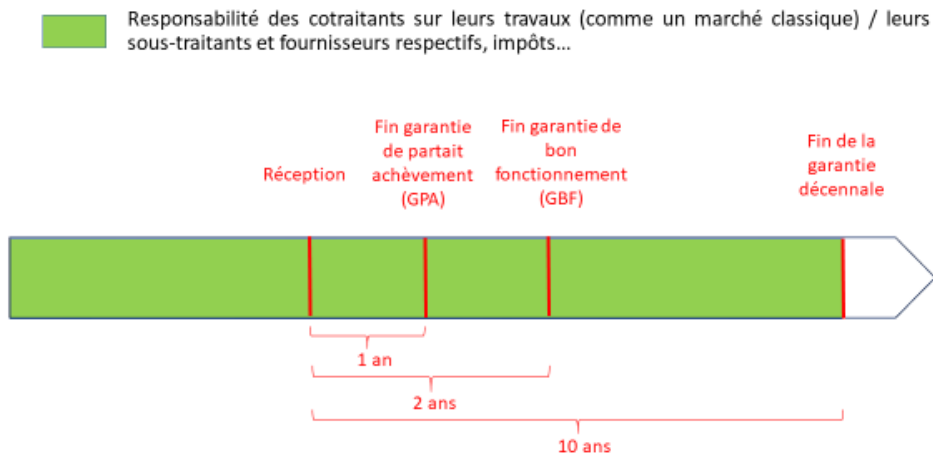
Si le DC1 n'est pas suffisamment explicite sur les engagements réciproques, l'acheteur peut exiger la convention de groupement, mais il devra l'avoir prévu dans les documents contractuels.

☞ Les syndicats ou fédérations professionnelles peuvent renseigner les entreprises ou leur fournir des exemples de convention de groupement²⁵.

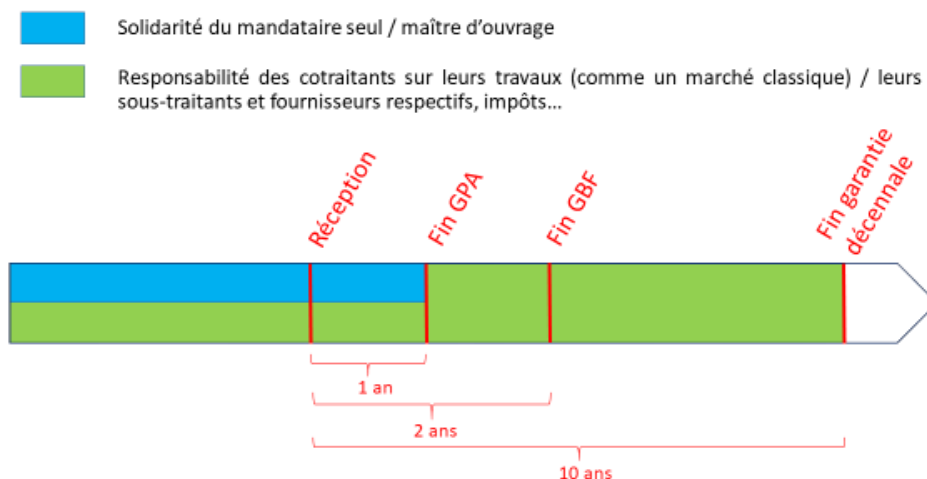
²⁴ Article R. 2142-22 du CCP.

²⁵ Par exemple, les [modèles de convention de groupement de la FNTF](#).

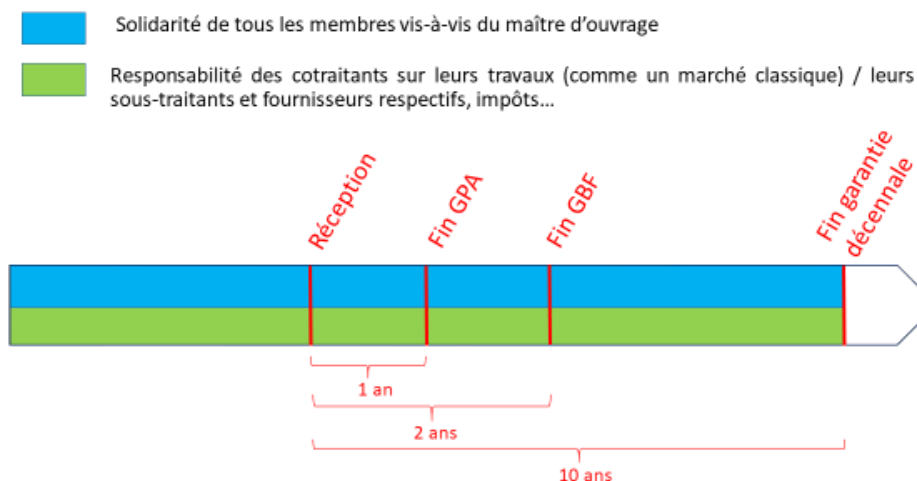
Groupement conjoint



Groupement conjoint avec mandataire solidaire



Groupement solidaire



PARTIE 2 : PROCEDURE DE PASSATION DU MARCHÉ

FICHE 7 : PREPARER LA PHASE DE NEGOCIATION

Les procédures formalisées de passation des marchés publics laissent classiquement peu de marge de négociation des offres, *a contrario* des marchés à procédure adaptées. Cependant, la transposition des directives en 2016 a offert une **place plus large à la faculté** pour les acheteurs **de négocier** et ainsi de mieux faire coïncider les solutions techniques proposées avec les besoins.

Les acheteurs sont désormais incités à échanger plus fréquemment avec les entreprises, que ce soit en amont de la procédure (cf. [point dédié au sourcing](#)), ou bien en cours de procédure, ce qui appelle au respect de certaines règles de droit mais aussi de déontologie²⁶.



- Au-dessus des seuils de procédure formalisée, la négociation est possible dans différents cas :
 - la procédure avec négociation, dont le principe même est d'améliorer le contenu des offres successives (à l'exception des offres finales) par la négociation ;
 - le dialogue compétitif, qui doit permettre à la personne publique de déterminer avec les candidats la solution technique, juridique et/ou financière la plus à même de répondre à son besoin (qui doit être défini avec suffisamment de précisions) ;
 - le marché sans publicité ni mise en concurrence préalables, dont l'emploi est strictement encadré par la jurisprudence et par le code²⁷ ;
 - les services sociaux et autres services spécifiques, qui autorisent le recours à une procédure adaptée quel que soit le montant estimé du besoin.

Le champ de la négociation et ses modalités de mise en œuvre varient selon la procédure employée. Pour plus de détails, consulter les [fiches techniques de la DAJ](#).

Même en appel d'offres, des « auditions » des candidats sont possibles afin que ceux-ci puissent présenter la plus-value de leurs offres respectives, tant celles-ci restent inchangées à l'issue de la présentation (pas de modifications possibles, tant sur le plan technique que financier).

- En-dessous des seuils de procédure formalisée, la négociation est possible dans le cadre d'un marché à procédure adaptée (MAPA).



Selon l'article R. 2123-4 du CCP, les MAPA sont les marchés qui, en raison de leur montant ou de leur objet, donnent lieu à de modalités de procédure librement choisies par l'acheteur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Les MAPA constituent la grande majorité des procédures de marchés publics et revêtent donc une certaine importance pour l'appropriation de la négociation par les acheteurs.

Pour les achats dont la valeur estimée du besoin est inférieure à 25 000 € HT, l'acheteur est dispensé des obligations de publicité et de mise en concurrence, mais doit veiller à assurer une utilisation optimale des deniers publics, en comparant dans la mesure du possible plusieurs prestataires (demande de devis ou consultation de catalogues en ligne, par exemple).

Pour les achats d'un montant supérieur à 25 000 € HT, l'acheteur doit formuler son besoin par écrit, ainsi que les règles principales de la consultation (ex : critères de sélection...) et en assurer une publicité proportionnée à

²⁶ Certains organismes publics ont ainsi élaboré des guides déontologiques ciblés « achats publics » destinés à préciser le plus possible la nature et les règles de la relation avec les fournisseurs. Par exemple, la [charte de déontologie de la Ville de Paris](#), celle de [Bordeaux Métropole](#), ou la [charte éthique de la SNCF](#).

²⁷ Articles R. 2122-1 et suivants du CCP.

l'enjeu du marché (ex : publication en mairie, sur le profil d'acheteur, dans un journal d'annonces légales, au BOAMP...).

Les MAPA offrent ainsi une souplesse procédurale aux acheteurs, qui peuvent **négocier** les offres **tant sur le plan financier que qualitatif**, dès lors qu'ils ont annoncé cette possibilité dès le départ. L'attention des acheteurs est cependant appelée sur les préconisations suivantes : penser le besoin de façon fonctionnelle, autoriser les variantes, laisser le temps nécessaire aux opérateurs pour formuler une réponse bien construite, ne pas focaliser les négociations sur le seul aspect prix.

Quelle que soit la procédure mise en œuvre, formalisée ou adaptée, la négociation semble désormais plus prisée. Cependant, un certain nombre de **risques** peuvent être identifiés lors de cette phase : non-respect – même involontaire – de l'égalité de traitement ou du secret des affaires, finalisation du besoin en cours de procédure, pression sur le prix plutôt que discussion qualitative, dérives calendaires, etc.



Une **bonne préparation de la négociation** doit permettre d'éviter ces écueils, notamment par le recours à la collégialité et à la traçabilité des échanges (dans la mesure où le montant du besoin le requiert). Par exemple, la communication d'une liste analogue de thématiques adressée à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes rendus ou l'établissement d'une grille de négociation peuvent s'avérer utiles, afin de faciliter le suivi et le choix final de l'offre.

Cette documentation permettra de prouver, le cas échéant, que l'ensemble des candidats a été invité à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques.

L'éventuelle limitation du **nombre de tours** de négociation et son indication dans les documents de la consultation relèvent de la liberté de l'acheteur, de la procédure considérée, du niveau des offres dès le premier tour, etc. L'essentiel est de ne pas perdre de vue le souci de maîtrise des plans de charges respectifs (et le coût induit pour les entreprises participantes).

Une bonne pratique peut consister à annoncer aux soumissionnaires le dernier tour, afin de leur permettre de consolider leur proposition en connaissance de cause.

L'acheteur peut aussi se réserver la possibilité d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition de l'avoir prévu initialement. Toutefois, le signal ainsi envoyé aux entreprises peut être contre-productif, celles-ci estimant généralement qu'un tour de présentation (« soutenance ») de leur solution est nécessaire à la bonne appréciation de sa plus-value.

Enfin, au vu de l'investissement que peuvent représenter plusieurs tours d'échanges (en dialogue compétitif principalement) jusqu'à identification de la solution, le **versement d'une prime** peut s'avérer nécessaire et doit être justement proportionné à l'effort demandé²⁸. Prévoir une indemnisation peut contribuer à attirer les entreprises qui ne disposeraient pas de moyens importants à investir sans garantie de succès.

En synthèse, il est nécessaire que les acheteurs et prescripteurs soient formés aux **techniques de négociation**, qui requièrent une compétence particulière, une connaissance du cadre juridique, ainsi qu'une certaine anticipation.

²⁸ Article R. 2161-31 du CCP.

FICHE 8 : GARANTIR LA CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Lors des procédures de passation des marchés publics, en amont ou durant leur exécution, de **nombreuses données** sont **échangées** entre les personnes publiques et les opérateurs économiques. Si certaines données sont publiques, d'autres ont une teneur confidentielle et ne doivent pas être révélées à des personnes qui ne sont pas habilitées à les recevoir.

Le principe de confidentialité est prévu en droit européen à l'article 21 de la directive 2014/24/UE (et 39 de la directive 2014/25/UE), qui pose le fait que « *le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres* ».



Ce principe est repris à l'article L. 2132-1 du code de la commande publique qui dispose : « *l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres* ».

Le principe de confidentialité est général et concerne **l'ensemble des marchés publics et des acteurs** qui ont à connaître des offres (prescripteurs techniques, utilisateurs finaux, etc.) et qui doivent être sensibilisée à cette problématique. Cette obligation est fondamentale pour favoriser l'attractivité de la commande publique et son respect doit être garanti aux entreprises qui font part, *via* leurs fédérations professionnelles, d'une **crainte persistante** à cet égard.

Il est ainsi recommandé aux acheteurs de faire preuve de la plus grande vigilance, notamment lorsque la mise en œuvre du sourcing ou la présentation de variantes les amènent à connaître des techniques particulières aux entreprises. Il en va de même lorsqu'ils ont des contacts directs avec tous les candidats, notamment au moment de la communication aux candidats évincés des motifs du rejet de leur offre²⁹, ou lors des phases de négociation. 

Ces contacts ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à la propriété intellectuelle et, plus largement, au secret des affaires, par la **divulgateion ou la réutilisation non autorisée** auprès d'autres candidats, ou de tiers, de certaines informations figurant dans les offres, telles que les prix, idées, procédés, pratiques commerciales, stratégie de l'entreprise, etc.

Afin de rassurer les opérateurs économiques inquiets du traitement qui pourrait être réservé aux données techniques et/ou financières qu'ils communiquent, y compris avant transmission d'une offre (sourcing), une bonne pratique peut être de leur demander de **signaler les éléments** qu'ils estiment **de nature confidentielle**, plutôt que de faire porter cette analyse sensible sur l'acheteur.

Des documentations dédiées à la problématique du **secret des affaires** ont été produites par certaines fédérations professionnelles et ou chambres de commerce et d'industrie (CCI) qui peuvent servir à sensibiliser les acheteurs comme les opérateurs économiques³⁰.

²⁹ Selon la [doctrine de la CADA](#) et conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'offre de prix globale de l'entreprise retenue est communicable à toute personne qui en fait la demande. A l'inverse, le détail des prix proposés (type bordereau des prix unitaires) est couvert par le secret car il reflète la stratégie commerciale de l'opérateur, de même que les mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification qualité, etc.

³⁰ Par exemple, le guide de la CCI Paris Ile-de-France ([guide du secret des affaires](#)) ou bien celui du MEDEF ([guide pratique sur la protection des informations sensibles des entreprises](#)).

FICHE 9 : DETECTER LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES (OAB)

La lutte contre les OAB est particulièrement importante pour les TPE/PME qui souffrent avec une grande acuité de toute forme de concurrence déloyale.

De nombreux organismes publics s'engagent expressément dans la lutte contre les OAB au travers de chartes, qui peuvent également impliquer les organisations professionnelles. Au-delà de tout acte volontariste, cette démarche découle d'une obligation légale pour tous les acheteurs.



L'article L. 2152-5 du CCP définit l'OAB comme « *une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* ».

Afin d'apprécier le caractère manifestement sous-évalué et les éventuels risques d'exécution (défaillance, avenants, surcoûts...) liés à une offre, les acheteurs doivent dans une certaine mesure **maîtriser la réalité économique**, qui leur permettra de différencier une offre anormalement basse d'une offre concurrentielle, même basse. En effet, ce dispositif n'a pas pour objet d'écarter une offre au seul motif que son prix ou coût est bas.

L'appréciation des offres requiert une bonne connaissance de l'environnement concurrentiel et des pratiques du secteur concerné (ex : structuration des prix, coûts, marges...), ainsi que des perspectives à court terme.

Il existe **différents indices** pour détecter une offre anormalement basse :

- la sous-évaluation financière des prestations par rapport à l'estimation initiale constitue le premier indice de l'offre anormalement basse, mais il ne peut suffire à lui seul. Un prix bas peut en effet résulter de la compétitivité de l'entreprise, de sa compétence technique, de sa santé financière, de sa structure de coûts, du recours à des innovations ou d'une politique commerciale délibérée et dont la viabilité économique peut être démontrée. Par ailleurs, le montant estimatif du marché peut avoir été mal évalué par l'acheteur ;
- une formule mathématique peut être utilisée afin de déterminer un seuil d'anomalie en-deçà duquel les offres sont suspectées d'être des OAB et doivent donner lieu à un échange avec le candidat (cette méthode peut être contournée par un opérateur qui fixerait son prix juste au-dessus du seuil si celui-ci est indiqué dans les documents de la consultation) ;
- la comparaison avec les autres offres peut permettre de constater un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents et ainsi susciter des interrogations ;
- le rapprochement avec les obligations imposées aux soumissionnaires en matière sociale et environnementale doit permettre de s'assurer qu'ils seront en mesure de tenir leurs engagements tout au long du marché (ex : prise en compte du coût lié à la reprise des salariés de l'ancien attributaire).

Une bonne pratique consiste à cumuler plusieurs indices, plutôt que de se baser sur une seule méthode de détection, telle que la formule mathématique par exemple. A ce faisceau d'indices doit s'ajouter une **analyse au cas par cas** des offres en question. Le juge a en effet rappelé que le seul écart de prix d'une offre avec celui de ses concurrents, sans rechercher si le prix en cause était lui-même sous-évalué – et ainsi susceptible de compromettre la bonne exécution du marché – était insuffisant pour qualifier une offre d'OAB³¹.

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses (y compris pour les prestations sous-traitées³²), l'acheteur doit donc **demandeur des explications** à leurs auteurs et en apprécier la pertinence, avant de prendre une décision d'admission ou de rejet.



³¹ CE, 18 juillet 2018, n° 417421.

³² Article R. 2193-9 du CCP. Le respect de cette règle nécessite cependant d'avoir connaissance des prestations sous-traitées et de leur montant dès le stade des offres. Une question en ce sens peut être adressée aux candidats, même si ceux-ci peuvent recourir à la sous-traitance tout au long du marché. Cf. [point dédié](#).

Cette procédure contradictoire ne relève pas d'une simple faculté, mais constitue une obligation dont l'absence de mise en œuvre est sanctionnée par le juge. L'opérateur économique doit pouvoir faire valoir son point de vue et démontrer le sérieux de son offre, dans le délai imparti.

Il est conseillé de matérialiser l'échange avec le(s) candidat(s) concerné(s) par une **série de questions** permettant de tester la cohérence de l'offre. Une simple demande de confirmation des prix ne peut suffire, car le soumissionnaire doit comprendre qu'il fait l'objet d'une suspicion d'OAB.

Un prix trop bas ou trop élevé peut aussi être la résultante d'une mauvaise compréhension du besoin. Aussi, les entreprises doivent être incitées – en cas de doute – à poser des questions en cours de procédure et les acheteurs à les recevoir avec bienveillance.

L'article R. 2152-3 du CCP énumère une liste non exhaustive des **justifications possibles**. L'entreprise peut notamment justifier la cohérence de son prix bas par :

- le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat ;
- l'originalité de l'offre ;
- la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- l'obtention éventuelle par le candidat d'une aide d'État.

C'est seulement si le soumissionnaire est dans l'incapacité de fournir des éléments expliquant de manière satisfaisante la cohérence du bas niveau de prix ou de coût que le caractère anormalement bas de l'offre est établi et qu'elle doit être écartée.



Enfin, l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour seulement l'une des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle seule, le rejet de l'offre comme anormalement basse. Le prix anormalement bas s'apprécie en effet au regard du **prix global**³³.

Une mauvaise pratique des acheteurs consiste, par crainte du contentieux, à ne pas rejeter les OAB constatées et à les classer parmi les autres offres, tout en abaissant leur note technique. Ne pas procéder au rejet est illégal et conduit à ne pas envoyer de signal fort aux entreprises dont le comportement est anticoncurrentiel.

Par exemple, de nombreuses chartes locales signées avec les organisations du BTP proposent des courriers types à adresser aux candidats pour qu'ils justifient leur offre de prix.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ dédiée à [l'offre anormalement basse](#).

³³ CE, 13 mars 2019, Société SEPUR, n° 425191.

FICHE 10 : INDEMNISER LES PRESTATIONS A L'APPUI DES OFFRES

Les candidats à un marché public peuvent être amenés à effectuer des études (techniques, juridiques ou d'ingénierie) ou à fournir des échantillons / prototypes à l'appui de leur offre.

Comme toute exigence au stade de la présentation des offres, la demande de l'acheteur doit être justifiée, liée et proportionnée à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. Elle ne doit en aucun cas constituer un début d'exécution des prestations.

Ces **prestations accessoires représentent un coût**, qui peut dissuader les entreprises – en particulier les TPE/PME – de répondre à certains marchés publics, *a fortiori* quand la procédure s'étend sur une certaine durée (ex : dialogue compétitif). Ce paramètre doit être pris en considération par l'acheteur public avant de lancer une consultation.

Sans contrepartie financière, les candidats seront moins nombreux, ce qui aura des **effets sur le niveau de concurrence et sur la qualité des offres**. Le pouvoir adjudicateur court aussi le risque de voir des études conduites au moindre coût, ce qui pourra avoir des conséquences sur la pertinence et le niveau des solutions proposées et au final sur le coût global du marché.



L'article R. 2151-15 du CCP prévoit ainsi que : « *dans les documents de la consultation, l'acheteur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes ainsi que de tout document permettant d'apprécier l'offre. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les soumissionnaires, elles donnent lieu au versement d'une prime* ».

De même, la participation des candidats à certaines procédures ou techniques d'achat spécifiques peut également donner lieu à une **compensation pécuniaire** prévue dans les documents de la consultation³⁴.

Les modalités de cette compensation (montant, etc.) sont à **la discrétion des acheteurs**, dans le respect d'une certaine proportionnalité. Elle concerne tous les soumissionnaires, mais le montant de la prime sera déduit de la rémunération du titulaire du marché.



Ne peuvent être indemnisées que les offres conformes au cahier des charges. Les frais engagés étant forcément disparates d'un opérateur à l'autre, il ne s'agit pas de les rembourser en intégralité : le principe est celui d'une indemnisation forfaitaire.

NB : il convient enfin de préciser que **l'indemnisation ne confère pas** en elle-même **un droit** pour l'acheteur sur la prestation ou l'étude fournie à l'appui de l'offre. Les éléments constituant le savoir-faire (idées, création...) des opérateurs économiques ne peuvent être repris et réutilisés sans leur autorisation.

Pour aller plus loin (concernant le cas particulier des marchés publics de maîtrise d'œuvre, de conception-réalisation ou globaux de performance), vous pouvez consulter la fiche de la DAJ dédiée à [la remise d'échantillons, de maquettes et de prototypes dans le cadre de la passation des marchés publics](#).

³⁴ Notamment, article R. 2161-31 du code de la commande publique (dialogue compétitif) ; article R. 2162-20 (concours) ; article R. 2171-19 (marchés globaux).

PARTIE 3 : SUIVI D'EXECUTION DU MARCHE

FICHE 11 : VERSER DES AVANCES PROPORTIONNEES

LE PRINCIPE GENERAL DE L'AVANCE



D'après l'article L. 2191-2 du CCP, l'avance correspond au **versement** d'une partie du montant du marché public au titulaire **avant tout commencement d'exécution** de ses prestations, contrairement à l'acompte qui concerne les prestations ayant donné lieu à un commencement d'exécution.



Il s'agit d'une dérogation à la règle du « service fait », selon laquelle l'exécution du service est un préalable au paiement³⁵. Le principe de l'avance s'applique de droit aux marchés publics passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Dans les cas où l'avance est obligatoire, soit pour tout marché « ordinaire » ou pour tout bon de commande (dans le cas d'un accord-cadre passé sans montant minimum) supérieur à 50 000 € HT et dont le délai d'exécution s'étend au-delà de deux mois, l'acheteur doit prévoir les modalités de versement de l'avance dans les documents contractuels.



Son montant est généralement compris **entre 5 % (au minimum) et 30 % de la valeur des prestations**³⁶. Dans certains cas, il peut atteindre jusqu'à 60 %. Pour les marchés de l'Etat, depuis décembre 2018, le montant de l'avance est porté à 20 % si le titulaire ou son sous-traitant admis au paiement direct est une TPE/PME³⁷.

Dans les cas où l'acheteur n'est pas soumis à l'obligation de prévoir une avance (ex : offices publics de l'habitat...) ou bien lorsque l'avance est facultative (montant du marché inférieur à 50 000 € HT), il est tout de même recommandé de la prévoir au taux minimal, voire au-delà, en particulier si le commencement d'exécution nécessite des investissements préalables de la part du titulaire.

Par exemple, dans certains marchés de travaux, les opérateurs économiques doivent préfinancer une partie du marché avant d'aller sur le chantier, comme c'est le cas pour les menuiseries extérieures, qui sont entièrement fabriquées en amont avant d'être posées.

L'avance facilite l'exécution des marchés publics et participe de l'**égal accès à toutes les entreprises**, en s'assurant qu'elles disposent d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations.

Cette mesure, annoncée dès la publicité, doit aussi créer une **économie pour l'acheteur**, car les titulaires ne seront pas contraints de chercher un préfinancement et ne répercuteront pas cette charge dans leurs prix.

³⁵ Article 33 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique : « le paiement est l'acte par lequel une personne morale se libère de sa dette. Sous réserve des exceptions prévues par les lois et règlements, le paiement ne peut intervenir avant l'échéance de la dette, l'exécution du service, la décision individuelle d'attribution d'allocations ou la décision individuelle de subvention ».

³⁶ Le montant varie en fonction de la durée d'exécution du marché public, selon qu'elle excède ou non 12 mois. Pour plus de détails, consulter la [fiche dédiée de la DAJ](#).

³⁷ Article 7 du décret du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

Il est donc recommandé de prévoir une **avance proportionnée à l'objet** du marché, ce qui ne correspond pas nécessairement au minimum légal, et de verser cette avance dès la date de notification.

Par exemple, dans le cadre d'un « Small Business Act » mis en place depuis décembre 2014, Toulouse Métropole, la mairie de Toulouse et Tisséo (transports) accordent des avances de 30% sans constitution de garantie financière. Ce dispositif vise tous les marchés inférieurs à 300 K€ et jusqu'à 1 M€ dans le secteur du BTP.

CORRELATION ENTRE AVANCE ET GARANTIES

Il existe différentes hypothèses dans lesquelles le versement de l'avance peut être conditionné par une **garantie à première demande**³⁸. Dans ce cadre, le garant (ex : banque ou compagnie d'assurances) s'engage à verser au bénéficiaire (pouvoir adjudicateur) qui en ferait la demande un montant déterminé, sans qu'il soit possible de contester la requête sur la base de l'exécution du contrat public.

- Cas 1 (uniquement pour les collectivités locales et leurs établissements) : lorsque l'avance est inférieure à 30 %, l'acheteur peut prévoir la constitution d'une garantie à première demande pour tout ou partie des prestations ayant fait l'objet de l'avance (dans une limite de 5 % du montant du marché) ;
- Cas 2 (pour les collectivités et l'Etat) : lorsque l'avance est comprise entre 30 et 60 %, l'entreprise qui en bénéficie doit constituer une garantie à première demande à hauteur du montant préfinancé.



L'attention des acheteurs est appelée sur ce point : dans les cas où la garantie à première demande n'est pas obligatoire, il convient de s'interroger sur la nécessité de la solliciter (et dans quelle proportion), notamment quand la réalisation de la prestation n'apparaît pas particulièrement risquée.

La garantie à première demande peut avoir pour effet de faire renoncer certaines entreprises au bénéfice de l'avance, voire même à leur candidature, du fait du coût unitaire et des coûts cumulés des cautions et garanties lorsqu'elles sont titulaires de plusieurs marchés publics.

Le plafonnement des lignes de garanties octroyées par les banques est également un frein pour les candidats qui doivent solliciter de multiples garanties pour concourir et exécuter plusieurs appels d'offres simultanément.

Le marché peut en outre prévoir, à la charge du titulaire, une **retenue de garantie**, afin de couvrir les réserves formulées à la réception des prestations et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie³⁹.

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire⁴⁰. Dans ce second cas, le garant s'engage envers le créancier à remplir l'obligation du débiteur principal, qui n'y aurait pas lui-même satisfait.

Le montant maximal de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % pour les marchés des collectivités territoriales. Ce montant est réduit à 3 % pour les marchés de l'Etat passés avec des TPE/PME⁴¹. Il est prélevé par fractions sur chacun des versements (hors avance).

Pour ne pas peser inutilement sur les trésoreries des PME, il est également souhaitable de rembourser la retenue de garantie dès le lendemain de l'expiration du délai de garantie ou le lendemain de la levée des réserves éventuelles et non dans le délai de paiement applicable à l'acheteur, soit 30, 50 ou 60 jours après ces dates. Bien souvent, le retard de remboursement résulte d'un manque de coordination entre services acheteurs et services financiers. Une meilleure coordination interne permettrait dans ce domaine une amélioration significative de la trésorerie des TPE/PME.

³⁸ Article R. 2191-7 du CCP, qui établit un régime distinct pour l'Etat et les collectivités territoriales.

³⁹ Article R. 2191-32 et suivants du CCP.

⁴⁰ Article R2191-36 et suivants du CCP.

⁴¹ Article 8 du décret du 24 décembre 2018 précité, codifié à l'article R. 2191-7 du CCP.

Tableau de synthèse :

	Régime applicable aux marchés de l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial	Régime applicable aux collectivités territoriales et leurs établissements publics	Régime applicable aux autres acheteurs
Montant de l'avance obligatoire (au-delà de 50 000 € HT et 2 mois d'exécution)	- 20 % minimum pour les TPE/PME. - de 5 à 30 % pour les ETI ou les grandes entreprises ; - jusqu'à 60 % dans des cas exceptionnels.	- de 5 à 30 % pour toute catégorie d'entreprise ; - jusqu'à 60 % dans des cas exceptionnels.	A la discrétion des acheteurs (taux minimal recommandé).
Montant de la garantie à première demande	- pas de garantie à première demande si le montant de l'avance est < à 30 % ; - entre 30 et 60 %, garantie à première demande à hauteur du montant avancé.	- si le montant de l'avance est < à 30 %, garantie à première demande limitée à 5 % pour tout type d'entreprise ; - entre 30 et 60 %, garantie à première demande à hauteur du montant avancé.	Pas de disposition réglementaire prévue, il est donc possible de suivre le régime le plus favorable (collectivités locales).
Montant de la retenue de garantie	- limité à 3 % pour les TPE/PME, 5% dans les autres cas.	- plafonné à 5 % pour tout type d'entreprise.	Idem.

Pour en savoir plus, consulter :

- la fiche de la DAJ dédiée aux [avances](#) ;
- la fiche de la DAJ dédiée aux [acomptes](#) ;
- la fiche de la DAJ dédiée aux [garanties financières](#).

FICHE 12 : SAVOIR DETERMINER ET CONTROLER LE NIVEAU D'ASSURANCE



L'article R. 2142-12 du CCP indique que l'acheteur peut exiger un **niveau approprié d'assurance des risques professionnels** dans le cadre de l'examen des capacités des candidats.

On distinguera principalement au titre des risques professionnels :

- la responsabilité civile ;
- la responsabilité décennale.

En préambule général on notera que, du fait de la technicité de la matière, le principal risque pour les acheteurs est d'exiger un niveau d'assurance disproportionné par rapport à l'intervention de l'entreprise et, se faisant, de renchérir inutilement le coût des offres.

Cette sur-exigence peut également contraindre les entreprises à renégocier à la hausse leur contrat d'assurance, ce qui constitue une charge administrative et financière de plus dans la constitution du dossier de réponse. Elle peut aussi avoir pour effet d'exclure des TPE et PME qui ne pourront pas négocier l'augmentation des capitaux auprès des assureurs afin d'être conformes aux exigences d'un appel d'offre.

Dans le cadre d'opérations d'envergure, il ne faut donc pas hésiter à se renseigner auprès d'assureurs, de courtiers, d'entreprises spécialisées dans la maîtrise d'ouvrage/d'œuvre, ou bien à solliciter d'autres administrations, avant d'imposer une(des) assurance(s) et pour définir le bon niveau de garantie.

☞ **Responsabilité civile** : les CCAG prévoient que le titulaire du marché doit contracter cette assurance afin de « *garantir sa responsabilité à l'égard du pouvoir adjudicateur et des tiers, victimes d'accidents ou de dommages causés par l'exécution des prestations* »⁴².

S'agissant d'une assurance non obligatoire, c'est-à-dire sans minimum légal, il est conseillé de ne pas prévoir dans la consultation de montant minimum de garantie, mais d'imposer aux entreprises de pouvoir justifier d'une garantie suffisante, notamment au regard de leur taille (TPE, PME, ETI...).

Le caractère suffisant de la garantie souscrite au titre de la responsabilité civile doit donc être **apprécié au cas par cas, en fonction des risques** potentiels liés à l'objet du marché et/ou à ses conditions d'exécution.

☞ **Responsabilité décennale** : elle concerne les vices ou dommages de construction qui peuvent affecter la solidité de l'ouvrage et de ses équipements indissociables ou qui le rendent impropre à l'usage auquel il est destiné (ex : défaut d'étanchéité, fissurations importantes)⁴³.



En vertu de [l'article L. 241-1 du code des assurances](#), « *toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance* ». L'entreprise est ainsi responsable pendant 10 ans de son ouvrage, en ce qui concerne la solidité et l'impropriété à destination, mais elle n'a pas l'obligation de déléguer cette responsabilité à un assureur.

1° Ouvrages soumis à l'obligation d'assurance, parfois appelés « ouvrages de bâtiments »

Par ailleurs, tout candidat à l'obtention d'un marché public doit désormais être en mesure de justifier qu'il a souscrit un contrat d'assurance le couvrant pour cette responsabilité. La preuve de la **souscription d'un contrat**

⁴² Cf. article 9 des CCAG FCS / Travaux / MI / PI.

⁴³ Article 1792 du code civil : « *tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère* ».

d'assurance couvrant la responsabilité décennale, via une attestation, ne peut être exigée que du soumissionnaire dont l'offre a été retenue⁴⁴, et non de l'ensemble des candidats.

L'attestation d'assurance fourni doit comporter les **mentions minimales** fixées par arrêté⁴⁵ : dénomination sociale et adresse de l'assuré, numéro unique d'identification, nom/adresse/coordonnées de l'assureur, numéro du contrat, période de validité et date d'établissement de l'attestation, périmètre de la garantie, etc.

Il existe **deux solutions d'assurance** en fonction de la valeur de **l'ouvrage** à garantir :

- pour les opérations n'excédant pas 15 M€, les entreprises bénéficient de leur assurance individuelle, qui les garantit pour le montant total des réparations ;
- pour les opérations dépassant 15 M€, un contrat collectif de responsabilité décennale (CCRD) est proposé aux constructeurs en complément de leur assurance individuelle. Ce contrat spécifique à chaque opération couvre la différence entre le plafond de garantie de l'assurance de chaque constructeur et le coût estimé de l'ouvrage.

Les documents de la consultation doivent notamment indiquer 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. En général, le CCRD est souscrit par le maître d'ouvrage qui dispose de tous les marchés et des informations financières relatives à chaque intervenant, qui sont nécessaires à la souscription du CCRD.

2° Ouvrages non soumis à l'obligation d'assurance, parfois appelés « ouvrages de génie civil »



Les **ouvrages dits de « génie civil »** - qui recouvrent un champ non négligeable de travaux publics - sont **exclus du champ d'application** de l'obligation légale d'assurance décennale⁴⁶, sauf si l'ouvrage considéré est accessoire à un ouvrage soumis à l'obligation d'assurance. En conséquence, aucune attestation n'est à demander au titre des ouvrages de génie civil. Exemples : ouvrages maritimes / fluviaux, infrastructures routières / portuaires / aéroportuaires / ferroviaires, traitement de résidus urbains / de déchets industriels...

Les acheteurs doivent tenir compte des garanties réelles proposées par le marché de l'assurance. En effet, les assureurs qui fournissent la garantie « responsabilité décennale » pour des ouvrages non soumis à l'obligation d'assurance font souvent des propositions de nature différente, voire limitées quant à :

- à l'étendue de la garantie (exclusion de l'impropriété à la destination). La garantie est le plus souvent limitée à une atteinte à la solidité de l'ouvrage avec des exclusions techniques ;
- au montant de la couverture accordée (capitaux garantis ne couvrant pas le coût total de la construction et souvent limités à quelques millions d'euros) ;
- à l'engagement dans le temps (10 ans après la réception uniquement, capitaux épuisables pendant la période légale de garantie).

Cas spécifique des **groupements d'entreprises** :

Lorsque le groupement est conjoint, la police d'assurance des cotraitants pour la responsabilité civile ne nécessite pas de modification, puisque les prestations de chacun sont identifiables et déjà couvertes. Le mandataire doit couvrir sa responsabilité par des extensions de garanties (en particulier s'il est solidaire⁴⁷).

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 nécessitera des extensions afin de couvrir leur solidarité contractuelle vis-à-vis du maître de l'ouvrage

⁴⁴ Généralement, le CCAG et le contrat prévoient même un délai (15 jours) après notification pour fournir le justificatif.

⁴⁵ [Arrêté du 5 janvier 2016](#) fixant un modèle d'attestation d'assurance comprenant des mentions minimales prévu par l'article L. 243-2 du code des assurances (pour les chantiers dont la date d'ouverture est postérieure au 1er juillet 2016).

⁴⁶ Article L. 243-1-1 du code des assurances.

⁴⁷ 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.

FICHE 13 : RESPECTER LES DELAIS DE PAIEMENT

En complément des mesures prises par les acheteurs pour le versement des avances et la modulation des retenues de garantie, respecter et raccourcir les délais de paiement est essentiel pour éviter que les PME ne soient confrontées à des difficultés de trésorerie et renoncent à participer à des marchés.

DELAIS ET REGLES APPLICABLES AU SECTEUR PUBLIC



L'article R. 2192-10 du CCP prévoit un **délai maximal de 30 jours** pour le paiement des sommes dues aux tiers par l'État et ses établissements publics (autres que ceux à caractère industriel et commercial), les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Afin d'inciter les organismes publics à se conformer au délai réglementaire, des **intérêts moratoires** courent de **plein droit**, ainsi qu'une indemnité forfaitaire de 40€ pour frais de recouvrement, dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché⁴⁸.

☞ Les entreprises n'ont aucune démarche à effectuer pour en bénéficier. Cependant, si elles constatent que les intérêts moratoires dus n'ont pas été versés, elles sont fondées à en solliciter le règlement⁴⁹.

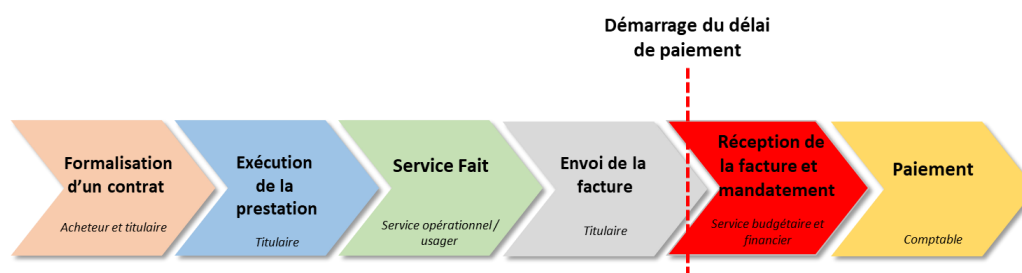
Tableau récapitulatif des délais de paiement réglementaires par type d'organisme public

État, ses établissements publics (autres qu'EPIC)	30 jours
Collectivités territoriales et établissements publics locaux	
Personnes morales de droit privé créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général	
Etablissements publics de santé	50 jours
Entreprises publiques	60 jours



A contrario de l'usage dans le secteur privé, le délai de paiement ne court pas à l'émission de la facture par le titulaire du marché ou son [sous-traitant admis à paiement direct](#). L'indicateur de calcul retenu dans le secteur public est le délai global de paiement (DGP), qui mesure le **délai entre la date de réception de la facture** par les services administratifs (ou la date d'exécution des prestations si elle est postérieure) **et la date de sa mise en paiement** par le comptable public.

L'exécution des prestations doit en outre donner lieu à la constatation et à la certification du **service fait** par les services opérationnels et par l'ordonnateur de la dépense⁵⁰. Cette étape permet de s'assurer que la prestation a bien été réalisée conformément aux prescriptions du contrat (en termes de délais, qualité, quantité, etc.).



Ce schéma peut être allongé par l'ajout d'un tiers dans le processus, à savoir le maître d'œuvre pour les marchés de travaux (cf. point développé *infra*), mais cela ne modifie pas le délai de paiement.

⁴⁸ Article L. 2192-13 du CCP.

⁴⁹ Il existe à cet effet un [simulateur de calcul](#) des intérêts moratoires.

⁵⁰ Sauf dans le cas des marchés de travaux donnant lieu au versement d'acomptes.

D'après les statistiques publiées par l'Observatoire des délais de paiement, les délais de l'État et des collectivités ont fortement diminué ces dernières années et s'établissent – en moyenne – en deçà du seuil réglementaire⁵¹.

Ces résultats s'inscrivent dans un contexte de modernisation et de réorganisation de la dépense, notamment grâce à la **dématérialisation des factures**, qui impose :

- aux titulaires de marchés publics conclus avec l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics d'envoyer les factures par voie électronique (sauf les TPE, pour qui l'obligation sera applicable à partir de 2020) ;
- aux acheteurs de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics de recevoir les factures par voie électronique.

Les fournisseurs peuvent suivre en ligne le traitement de leurs factures dématérialisées sur [CHORUS Pro](#).

On constate cependant que la **perception des délais** de paiements du secteur public par les opérateurs économiques reste **mitigée**. Cela peut s'expliquer par la persistance de difficultés sectorielles de paiement (établissements publics de santé, certaines catégories de collectivités, etc.) ou par l'existence de délais cachés, liés par exemple au « rejet » des factures, bien que cette pratique – juridiquement non prévue – soit difficile à caractériser de par sa nature.

Il convient de rappeler que le **délai de paiement** peut être **suspendu** une seule fois si le pouvoir adjudicateur constate que la demande de paiement du créancier ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes⁵². Cette suspension fait l'objet d'une notification au fournisseur. A compter de la réception des éléments demandés, un nouveau délai de paiement est ouvert.

Cette faculté de suspension s'explique par la nécessité de certifier le service fait, qui peut requérir la présentation de documents à l'appui de la facture (ex : bons de livraison...), ou bien la mise en paiement, qui requiert des factures électroniques établies conformément à la réglementation en vigueur.

Rappel des éléments qui doivent obligatoirement figurer dans une facture :

1. la date d'émission ;
2. la désignation de l'émetteur et du destinataire ;
3. le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture ;
4. en cas de contrat exécuté au moyen de bons de commande, le numéro du bon de commande ou, dans les autres cas, le numéro de l'engagement généré par le système d'information financière et comptable ;
5. le code d'identification du service en charge du paiement ;
6. la date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux ;
7. la quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ;
8. le prix unitaire HT des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire ;
9. le montant total HT et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de taxe sur la valeur ajoutée, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération;
10. le cas échéant, les modalités particulières de règlement;
11. le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires.

⁵¹ [Rapport 2018 de l'Observatoire des délais de paiement](#) : le délai global de paiement de l'Etat s'élève à 16,3 jours en 2018. Le délai spécifique de la commande publique s'établit quant à lui à 21,4 jours (contre 45,1 jours en 2011). Le délai de paiement des collectivités locales (toutes collectivités confondues ainsi que leurs établissements) s'établit à 27 jours en 2018.

⁵² Article R. 2192-27 du CCP.

ROLE DU MAÎTRE D'ŒUVRE DANS LE PROCESSUS DE PAIEMENT

La validation des décomptes mensuels et finaux prévue à l'article 13 du CCAG travaux repose sur une relation tripartite : le maître d'ouvrage (qui est l'acheteur), le maître d'œuvre (MOE) et le fournisseur (entreprise titulaire du marché).



Les MOE, en charge du contrôle des factures liées aux marchés de travaux, doivent respecter le circuit dématérialisé via Chorus Pro qui s'impose aux entreprises et aux maîtres d'ouvrage⁵³.

Même en l'absence de mention spécifique dans le marché de maîtrise d'œuvre sur l'intervention du MOE dans Chorus Pro, celui-ci est nécessairement tenu de récupérer les demandes de paiement des entreprises dans Chorus Pro et de les déposer, avec son visa, dans ce circuit dématérialisé, sous peine de ne pas permettre le traitement des factures et d'être tenu pour responsable du non-respect des délais de paiement qui en résulterait.

L'article 4 du décret du 2 novembre 2016 relatif au développement de la facturation électronique précise, en ce qui concerne les marchés de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics : « *l'utilisation du portail de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission* ».

Même si cela n'est pas indispensable, les maîtres d'ouvrage ont intérêt, pour plus de clarté, à modifier par avenant les marchés de maîtrise d'œuvre pour prévoir cette intervention, lorsque cela n'est pas prévu dans le contrat initial. Il est aussi fortement conseillé de prévoir cette intervention dans les nouveaux contrats.

BONNES PRATIQUES SUSCEPTIBLES DE FAVORISER LA DIMINUTION DES DELAIS DE PAIEMENT

Les difficultés persistantes appellent à une réflexion autour des bonnes pratiques qui peuvent encore contribuer à l'amélioration des délais de paiement.



En fonction de l'organisation de chaque structure publique, des moyens dont elle dispose, etc., les pistes de réflexion suivantes peuvent être envisagées :

- améliorer la **coordination des services** acheteurs et financiers dans le suivi d'exécution des marchés publics et mettre en place des **outils de pilotage partagés** (type tableau de bord) ;
- sensibiliser les services opérationnels et les bénéficiaires de la prestation (clients internes) à la nécessité d'attester les **services faits** dans un délai bref (ex : 5 jours), afin de contribuer à la fluidification de la chaîne de la dépense ;
- exploiter les possibilités de **contrôle allégé des dépenses**, par exemple dans le cadre d'une convention entre les services de l'ordonnateur local et du comptable public (contrôle allégé partenarial) ;
- sensibiliser dans le cadre de « réunions fournisseurs » ces derniers à l'emploi de Chorus PRO et aux contraintes réglementaires à respecter pour **l'émission des factures** ;
- expérimenter / déployer la **carte achats** sur des segments pertinents (ex : fournitures...), permettant pour des achats de faible montant et récurrents de déléguer le droit de commander à des personnes habilitées, afin de limiter les actes d'achat et de paiement sans enjeu et payer rapidement les fournisseurs⁵⁴ ;
- anticiper conjointement les **révisions de prix** et déterminer qui les réalise (cf. [point dédié](#)) ;
- rendre le paiement des **intérêts moratoires** pleinement effectif, quelle que soit l'administration concernée, en procédant à leur mandatement qui permettra au comptable public de les payer (les entreprises ne devant pas être impactées négativement par le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable) ;

⁵³ Consultez la page Internet dédiée aux [points clés pour les MOE](#).

⁵⁴ Pour plus de détails, consulter le [décret du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat](#).

- prévenir autant que possible les litiges par le recours au **règlement amiable** des différends ⁵⁵ ou à la médiation⁵⁶ ;
- adapter l'éventuelle **suspension de factures** au regard du montant de l'achat (faible, important...) et de la nature de l'entreprise (ex : TPE, artisan...) ;
- envisager la mise en place d'un système d'**affacturage inversé**, qui permet aux fournisseurs d'obtenir un paiement très rapide de leurs factures, non pas par leurs clients publics, mais par un organisme spécialisé (type banque) moyennant une rémunération versée par l'acheteur public au factor ⁵⁷.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ dédiée aux [délais de paiement](#).

⁵⁵ En effet, il existe différents [comités consultatifs de règlement amiable des différends](#) (CCRA), qui peuvent être saisis de tout différend survenu au cours de l'exécution d'un marché public. Ils ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable (articles R. 2197-1 et suivants du CCP). Ils émettent des avis, que les parties sont libres de suivre ou non.

⁵⁶ Site du [Médiateur des entreprises](#).

⁵⁷ Ce dispositif requiert le respect de certaines conditions, notamment la passation d'un marché public pour la détermination de la société d'affacturage, qui assurera le paiement immédiat des factures aux fournisseurs.

FICHE 14 : ASSURER UN SUIVI CONJOINT D'EXECUTION

Instaurer un **dialogue avec le cocontractant** tout au long de l'exécution du contrat, surtout quand l'entreprise est de taille modeste, permet bien souvent d'éviter une partie des risques de mauvaise exécution, de retard ou d'interruption des prestations.

La mise en place d'un pilotage partenarial dès le démarrage du marché (ex : réunion de lancement) permet aux parties d'échanger sur les conditions de réalisation des prestations et de s'alerter sur d'éventuelles difficultés, plutôt que de les découvrir tardivement. Il participe également de la connaissance mutuelle des contraintes de la personne publique et de son titulaire, de manière à tirer le meilleur parti des capacités réciproques.

L'usage des pénalités et des clauses incitatives peut constituer – si employé à bon escient – un outil contractuel efficace, dans le cadre d'un **suiti d'exécution à échéance régulière**. Trop souvent, l'effort des acheteurs porte sur la procédure de passation du marché, tandis que le suivi est délégué aux services opérationnels.

Or, la vérification de l'adéquation entre les clauses contractuelles prévues en amont et la réalité de l'exécution concourt à l'amélioration de l'efficacité économique des contrats publics et de la maturité du processus achat.

RECOURS AUX PENALITES

Les pénalités ont pour finalité de **garantir** à l'acheteur **le respect** par son cocontractant **des stipulations contractuelles**. Elles ont ainsi une fonction dissuasive, mais aussi réparatrice car elles peuvent se substituer à d'éventuels dommages et intérêts.

Des pénalités sont fréquemment prévues pour sanctionner le non-respect des délais d'exécution des prestations. Elles peuvent aussi être mises en œuvre dans d'autres cas (ex : qualité insuffisante de la prestation, indisponibilité de matériels, absence aux réunions de chantier, non-respect des clauses environnementales ou sociales, etc.) dès lors que ceux-ci ont été explicitement prévus dans le contrat.



En ce qui concerne les pénalités de retard, leurs modalités d'application et de calcul sont posées dans les différents [cahiers des clauses administratives générales](#) (CCAG). Néanmoins, les acheteurs publics peuvent toujours déroger aux dispositions des CCAG par une stipulation expresse dans les documents contractuels.

Lorsqu'il prépare la passation de son marché public, l'acheteur doit **apporter une attention particulière aux clauses de pénalités**. Si celles-ci doivent empêcher le futur titulaire de s'affranchir de ses obligations, des pénalités trop fortes ou trop nombreuses peuvent conduire certains opérateurs à renoncer à candidater ou à augmenter leur prix pour couvrir ce risque. Elles peuvent également générer des conflits en cours d'exécution ou en fin de marché et ne peuvent se substituer à un véritable **pilotage contractuel**.

En effet, si dans certains cas les pénalités sont la matérialisation d'attentes légitimes de l'acheteur, dans d'autres cas, elles correspondent à des exigences trop strictes, par exemple en matière de délais, de reporting sur la qualité des prestations, etc. Parfois ce n'est pas tant la nature même de la pénalité qui est en cause, mais le montant associé, qui est disproportionné (et pas nécessairement lié à une obligation de service public).

La multiplicité des pénalités sur tous les aspects du contrat peut s'avérer contre-productive, car elle n'est au final pas mise en œuvre par l'acheteur et peut donner au cocontractant le sentiment que tout est matière à sanction, ce qui ne sera pas pour l'inciter à faire des efforts, ne sachant pas différencier ce qui est important de ce qui ne l'est pas.

Une réflexion en amont sur ce qui est réellement nécessaire à la bonne exécution du marché permettrait de circonscrire le champ des pénalités pour en améliorer l'effectivité et attirer l'attention des opérateurs sur des aspects essentiels, tels que la qualité des prestations et les délais d'exécution.

Par exemple, les pénalités peuvent être utilisées pour s'assurer de la bonne exécution des clauses sociales, afin de ne pas encourager les offres uniquement « déclaratives » sur ce volet⁵⁸.

En outre, le prélèvement de retenues provisoires pourra être privilégié pour assurer le respect d'obligations moins déterminantes, telles que la non-remise de documents non substantiels.

L'acheteur ne peut appliquer des pénalités au titulaire du marché que si la **méconnaissance** des obligations contractuelles lui est **imputable** ou à l'un de ses sous-traitants et qu'elle a été dûment constatée. En cas de litige, le juge vérifiera si ces conditions sont bien remplies. Il est ainsi important que les pénalités aient été établies sur la base d'un détail précis des manquements. Il est par ailleurs conseillé de prévoir dans les documents contractuels si celles-ci devront ou non donner lieu à une mise en demeure préalable.



Il convient en outre de **suivre le niveau cumulé** (valeur en €) **et la fréquence des pénalités** sur toute la durée du marché, car trop de répétition serait le signe de difficultés structurelles d'exécution, qui requièrent un suivi renforcé avec le titulaire et des actions correctrices. Un plafond peut être envisagé, par exemple à hauteur de 10% du montant du marché.

L'application des pénalités étant constitutive d'une prérogative de puissance publique, l'administration peut ponctuellement y renoncer par décision motivée. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE/PME, pour lesquelles la mise en œuvre des pénalités peut avoir d'importantes conséquences financières.

Enfin, selon une jurisprudence constante, **le juge administratif peut**, à titre exceptionnel, **modérer ou augmenter** les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ dédiée aux [pénalités](#).

RECOURS AUX CLAUSES INCITATIVES



Si la fixation de pénalités paraît légitime pour prévenir tout écart contractuel, le titulaire du marché et ses sous-traitants peuvent aussi être motivés positivement par l'usage de **clauses incitatives ou clauses de performance**⁵⁹, dans la mesure où celles-ci ne remettent pas en cause le principe de prix définitif et ne constituent pas une part déterminante de la rémunération.

En effet, si le prix doit procéder autant que possible d'un partage des risques entre l'acheteur public et le titulaire du marché, avec la préoccupation de protéger ce dernier contre les conséquences des aléas les plus lourds, il peut aussi constituer une incitation à améliorer les délais d'exécution, à rechercher une meilleure qualité des prestations et à réduire les coûts de production ou de fonctionnement.

Les clauses incitatives permettent ainsi une répartition équitable entre les deux parties des bénéfices tirés d'une **situation meilleure que le minimum prévu** par le marché. Exemples : primes d'avance forfaitaires (dans les cas spécifiques où l'acheteur a un réel intérêt à la réduction du délai prévu au contrat), primes pour dépassement de performances, intéressement au bon fonctionnement, etc.

La mise en place de telles clauses suppose que des objectifs de performance aient été préalablement établis et qu'ils soient quantifiables / mesurables sur une période de temps et un champ bien définis, en référence à une situation minimale.



La SNCF met ainsi en œuvre des clauses de bonus/malus dans le domaine du nettoyage des gares notamment.

⁵⁸ [Guide sur les aspects sociaux de la commande publique](#), pages 25 ou 57 par exemple.

⁵⁹ Ces clauses ne sont plus prévues par les textes (cf. ex-article 17 du décret n°2016-360) car de nature contractuelle.

Des clauses incitatives sont également utilisées dans des marchés locaux de déchets. Par exemple, dans une consultation relative à l'exploitation des déchèteries, la métropole de Brest a prévu une clause de performance afin de favoriser l'optimisation du tri en fonction de la nature des déchets.

En cas de gains pour la collectivité, le titulaire se voit attribuer une partie de ceux-ci, en cas de pertes, une pénalité est appliquée. Après mise en œuvre d'une formule (prenant en compte les tonnages de l'année précédente et de l'année en cours), la clause de performance est plafonnée :

- à 10 % du montant annuel du marché de l'année n pour les gains,
- à 7 % du montant annuel du marché de l'année n pour les pertes.

RECOURS AUX CLAUSES DE REEXAMEN



L'article R. 2194-1 du CCP dispose que : « *le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage* ».

Les clauses de réexamen doivent être anticipées dès la rédaction du contrat, en particulier les dispositions relatives aux **options**, qui recouvrent notamment les tranches optionnelles, les reconductions ou les prestations complémentaires. Le cas des **variations de prix** est traité spécifiquement (cf. [fiche 15](#)).

Le champ des clauses de réexamen n'est cependant pas énuméré limitativement par l'article R. 2194-1, aussi d'autres cas pourraient être traités par les acheteurs *via* ce dispositif.

Ces clauses peuvent être déclenchées unilatéralement par l'acheteur, dès lors qu'un événement prédéterminé survient, ou bien elles peuvent donner lieu à négociation avec le titulaire et s'apparentent dès lors à une clause de « rendez-vous » (ex : changement de certaines références du bordereau des prix unitaires, du fait des évolutions technologiques).

L'intérêt de ces clauses est évident : elles permettent de traiter un certain nombre d'événements dont la survenance n'est pas certaine, mais dont la réalisation sera facilitée par la prévision en amont. Il est par ailleurs important de noter qu'elles ne sont **pas plafonnées financièrement**.

En complément des clauses de réexamen, les parties à un contrat seront généralement incitées à conclure un **avenant** (même si le code de la commande publique ne fait plus référence à cette notion) pour procéder à des **modifications imprévues** en cours d'exécution.

La modification des contrats en cours d'exécution est encadrée par l'article L. 2194-1 du CCP, dont les dispositions sont inspirées de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ainsi, l'acheteur peut modifier régulièrement son contrat initial sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (= clauses de réexamen) ;
- des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- les modifications ne sont pas substantielles ;
- les modifications sont de faibles montants.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAI dédiée aux [modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#), qui détaille l'ensemble des cas possibles de modification.

Un marché public étant toujours conclu à titre onéreux, les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix. Celui-ci doit impérativement figurer dans le contrat ou, *a minima*, les modalités précises de sa détermination (s'il n'est pas fixé à l'avance)⁶⁰.



Conformément à l'article R. 2112-6 du CCP, un marché public est conclu sur la base de prix unitaires (appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées) ou de prix forfaitaires (appliqués à tout ou partie du marché, indépendamment des quantités livrées ou exécutées). Il est également possible de recourir aux 2 types de prix dans un même contrat, pour des prestations différentes.

Conformément à l'article R. 2112-8, les **prix définitifs** peuvent être **soit fermes soit révisables**.

Il convient d'ores et déjà de préciser que les clauses de variation des prix ont pour objet de **maintenir l'équilibre économique d'un contrat** tout au long de sa durée de vie et ce, quelle que soit l'évolution du cours des matières premières par exemple.



Ces clauses ont un impact sur le niveau des offres, car les entreprises seront incitées à surévaluer les réponses financières pour se prémunir des risques, si la variation des prix prévue au marché est inadaptée ou inexistante.

La **durée et l'objet du marché** sont bien sûr importants pour choisir entre le prix ferme (connu à l'avance) et un prix révisable, qui nécessite une formule adaptée à la nature des prestations, puis de suivre les indices utilisés.

Plusieurs éléments doivent être examinés pour déterminer s'il convient de retenir un prix variable ou ferme : la nature des prestations achetées, la durée du marché, l'existence (ou l'inexistence) de références suffisantes pour constituer une formule de variation de prix, la simplicité des opérations de règlement, les moyens de l'acheteur public et de l'entreprise, l'absence d'incertitude budgétaire, etc.

☞ **prix fermes** : les prix fermes correspondent à des prix invariables pendant la durée du marché (le prix initial correspondra donc au prix de règlement). Cette forme de prix est adaptée, dès lors que les parties ne sont pas exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution⁶¹. Ex : marchés de courte durée ou sans recours à des matières premières à forte volatilité.

☞ **prix fermes actualisables** : les prix fermes sont actualisables, en particulier pour les fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux.

L'actualisation est destinée à prendre en compte l'évolution des prix entre le moment où le candidat a fixé son prix dans l'offre et le démarrage effectif des prestations, dès lors qu'un délai supérieur à trois mois s'est écoulé entre ces deux dates. La totalité des prix du marché sera actualisée une seule fois⁶² à l'aide d'une formule unique prévue au marché. 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.

☞ **prix révisables** : les prix révisables sont des prix qui peuvent être modifiés pour tenir compte des variations économiques (à la hausse comme à la baisse).



Conformément à l'article R. 2112-13 du CCP, « un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires »⁶³. L'objectif de cette mesure

⁶⁰ Le recours à des prix provisoires n'est possible que dans des cas précis, notamment pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse soit des aléas techniques importants (article R. 2112-17 du CCP).

⁶¹ Article R. 2112-9 du CCP.

⁶² Hors marchés à tranches conditionnelles pour lesquels l'actualisation est réalisée en tenant compte de la date d'exécution des prestations de chaque tranche et non de la date du marché.

⁶³ Article 4 du décret du 24 décembre 2018 précité, désormais codifié à l'article R. 2112-13 du CCP.

est d'enrayer la pratique qui consiste à conclure des marchés publics portant sur des denrées alimentaires et agricoles à prix ferme, ce qui ne permet pas d'assurer aux agriculteurs une juste rémunération pendant toute la durée d'exécution du contrat.

L'article 2112-14 du CCP indique : « *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 cours* ».

Dans ce cadre, les clauses du marché doivent fixer la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que 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 (ex : tous les mois, tous les trimestres...) selon les modalités fixées dans la clause de révision.

Les conditions de calcul d'un prix révisable sont fixées :

- soit en fonction d'une référence (ex : index, indice, mercuriale de prix, le barème du titulaire dès lors qu'il est appliqué à l'ensemble de la clientèle...) et à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix,
- soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation (dans ce cas, la formule ne prend en compte que les différents éléments du coût et peut inclure un terme fixe) ;
- soit en combinant les deux.



Une attention particulière doit être portée au choix des **indices et index** de référence, qui doivent être **représentatifs** du contenu des prestations et se rapprocher le plus possible de la période réelle d'exécution. Il convient ainsi de ne pas retenir le TP 01 ou bien le BT 01, qui sont principalement calculés à des fins statistiques (moyenne pondérée des autres index), alors qu'il existe des index représentatifs de chaque type de travaux diffusés chaque mois par l'INSEE.

Il est aussi vivement déconseillé de **copier-coller** les clauses d'anciens contrats, sans avoir soigneusement examiné leur régularité (évolution du droit ou de la jurisprudence), leur compatibilité avec les clauses du nouveau marché (durée et forme du prix) et, surtout, leur bonne adéquation à l'objet du contrat, et l'existence des indices correspondants. Il faut donc revoir périodiquement la composition des formules de variation.

On constate que les pratiques des acheteurs sont relativement diverses en matière de révision de prix. Exemples : recours à un seuil de déclenchement pour éviter une révision inefficace (coût administratif plus élevé que le gain), formules avec ou sans partie fixe, neutralisation des indices provisoires, etc.

En tout état de cause, il convient d'**éviter les formules de révision trop complexes**, car elles peuvent être difficiles à appliquer pour les parties, sans être nécessairement plus représentatives des structures réelles de coût.

Le [guide pratique sur le prix dans les marchés publics](#) (chapitre 3) pourra servir à illustrer les différentes modalités possibles et leurs impacts en fonction de l'évolution des prix.

S'agissant des modalités effectives de calcul en cours d'exécution, les opérateurs économiques soulignent le caractère parfois « crispant » des révisions de prix, car les opérateurs ont du mal à aboutir au même résultat que la collectivité publique, ce qui contribue à l'allongement des délais de paiement.

Une bonne pratique peut correspondre au **partage entre les parties**, dès le démarrage du marché, **d'un fichier** (tableur actualisé régulièrement) contenant les formules, les indices, le nombre d'arrondis, etc. Il s'agit aussi d'un sujet qui peut être abordé lors de la réunion de lancement du marché.

Enfin, il faut prévoir clairement au contrat sur qui porte l'obligation de **calculer la révision** de prix (acheteur, entreprise ou maître d'œuvre). En effet, selon les dispositions prévues au marché, au CCAG ou au cahier des clauses administratives particulières, il reviendra ou non au titulaire de procéder au calcul des révisions de prix.

PRINCIPE GENERAL



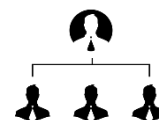
D'après l'article L 2193-2 du CCP codifiant la loi du 31 décembre 1975, « la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur ».

La sous-traitance peut être employée pour les marchés de travaux, marchés de services et marchés de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation. Elle ne peut pas être intégrale⁶⁴.

Le recours à la sous-traitance permet aux entreprises de **s'adjoindre les compétences et capacités d'autres opérateurs**. En ce sens, elle peut contribuer à l'accès des TPE/PME à la commande publique, même si certaines préféreront le statut de titulaire ou de cotraitant à celui de sous-traitant, lié par un contrat de droit privé à une entreprise de plus grande envergure et ne bénéficiant pas des conditions particulières du marché public (CCAP notamment).

L'absence de liens contractuels entre l'acheteur et le sous-traitant a pour conséquence que l'acheteur ne peut pas commander des prestations directement au sous-traitant.

Le titulaire peut recourir à la sous-traitance **à tout moment du marché** (passation ou exécution). Il reste seul responsable de l'ensemble des prestations exécutées par lui-même et par le(s) sous-traitant(s), *a contrario* d'une situation de groupement d'entreprises (cotraitance).



Il est à noter que le sous-traitant direct (ou de 1er rang) du titulaire du marché public peut à son tour faire appel à un sous-traitant, dit sous-traitant indirect (ou de 2nd rang). Il est alors considéré, vis à vis de son propre sous-traitant, comme entrepreneur principal.

L'article L. 2193-3 du CCP prévoit que « l'acheteur peut exiger que certaines **tâches essentielles** du marché soient effectuées directement par le titulaire ». Cette disposition récente est encore peu mise en œuvre par les acheteurs, mais elle constitue une potentialité intéressante pour les prestations sensibles (ex : marché de destruction de documents confidentiels). L'acheteur ne peut toutefois pas imposer au titulaire d'exécuter lui-même l'intégralité des prestations du contrat.

Pour procéder à une limitation partielle de la sous-traitance, dont l'impact sur la participation des entreprises n'est pas neutre, il faut cependant avoir une bonne connaissance du secteur concerné ou bien disposer d'un retour d'expérience de précédents marchés, qui permettent d'établir pourquoi certaines prestations, de par leur nature, ne devraient pas être sous-traitées.

APPRECIATION DES CAPACITES DES SOUS-TRAITANTS DES LE STADE DES OFFRES

L'article R. 2142-3 du CCP permet au candidat à un marché public de s'appuyer sur la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles d'autres opérateurs économiques auxquels il entend faire appel pour la réalisation de prestations. Dans ce cadre, la notification du marché emportera acceptation et agrément du sous-traitant (cf. *infra*).

L'acheteur peut aussi demander dans les documents de la consultation aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché public qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers (article R. 2151-13).



Les informations communiquées par les soumissionnaires ne sont pas contraignantes pour l'exécution des prestations, un changement de sous-traitant étant possible à tout moment. Cependant il est recommandé de questionner dès le stade des offres les entreprises sur le volet « sous-traitance », dans une

⁶⁴ 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.

démarche de transparence, qui participe à la bonne exécution des marchés publics, à la [lutte contre les OAB](#) et à la valorisation de la plus-value des sous-traitants.

Il est nécessaire de mettre ces demandes d'informations avec les [délais de réponse](#) laissés aux soumissionnaires, qui doivent être adaptés pour permettre la constitution d'offres intégrant les prestations sous-traitées.

CONTROLE DES SOUS-TRAITANTS EN COURS D'EXECUTION

Aux termes de l'article L. 2193-10 du code, le titulaire n'est autorisé à sous-traiter l'exécution de certaines prestations du marché public qu'à la condition d'avoir obtenu de l'acheteur **l'acceptation des sous-traitants** – quel que soit leur rang – **et l'agrément de leurs conditions de paiement** (délai, montant, révision de prix, avance, nantissement de créance⁶⁵...).



Ces deux formalités, indépendantes du montant de la sous-traitance envisagée, doivent être simultanément réunies pour que la sous-traitance soit considérée comme régulière.

Le [formulaire DC4](#), proposé par la direction des affaires juridiques, est un modèle de déclaration de sous-traitance qui peut être utilisé par les candidats ou le titulaire du marché public pour présenter un sous-traitant⁶⁵, ou qui doit l'être, si l'acheteur qui passe le marché public l'exige. Dans la pratique, il est généralement employé par les acheteurs car il permet de garantir que l'ensemble des mentions obligatoires ont été renseignées et **d'uniformiser des pratiques** en la matière (ce qui constitue un gain de temps pour les entreprises).

Si les acheteurs procèdent effectivement à la vérification des capacités des sous-traitants (compétence technique, aspects réglementaires...), il y a en revanche peu de refus d'agrément, ce qui est confirmé par les fédérations professionnelles.

La personne publique peut en outre demander la **communication du contrat de sous-traitance** dans une logique de connaissance des engagements de l'entreprise principale et du sous-traitant. Ce contrat de droit privé, conclu pour chaque marché, décrit :

- les droits et obligations respectifs auxquels s'engagent chaque partie l'une envers l'autre ;
- les conditions financières notamment le prix (et ses modalités de variation), les pénalités ou indemnisations 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 contractuelles⁶⁶.

Si l'acheteur ne peut intervenir dans le cadre de relations privées, demander plus fréquemment la communication du contrat de sous-traitance participera à terme à l'amélioration des conditions de recours à des entreprises sous-traitantes. Il est par ailleurs loisible à l'acheteur de refuser d'agréer des conditions de paiement qui lui sembleraient trop déséquilibrées.

Afin de mieux piloter la sous-traitance et de lutter contre la sous-traitance non déclarée pour les projets d'envergure faisant appel à une multiplicité de prestataires, plusieurs mesures peuvent être mises en place.

Exemples : partager un **tableau de suivi** régulièrement mis à jour, qui indiquerait la nature et le montant des prestations sous-traitées par le titulaire (pratique mise en œuvre par la Société du Grand Paris pour le suivi de chantiers multiples et avec de nombreuses entreprises), appliquer des pénalités sévères à toute situation de sous-traitance non déclarée, rappeler aux maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre l'obligation de vigilance sur les chantiers concernant la lutte contre le travail illégal, etc.

⁶⁵ Le formulaire DC4 peut aussi être utilisé pour la déclaration d'un sous-traitant de 2nd rang, sous réserve de son adaptation par le sous-traitant de 1^{er} rang. La déclaration de sous-traitance devra alors être signée par le sous-traitant de 1^{er} rang et par le sous-traitant de 2nd rang et être transmise au pouvoir adjudicateur.

⁶⁶ Exemple dans le secteur du [BTP](#).

Enfin, 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.

Il est également à noter que, dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant⁶⁷.

PAIEMENT DIRECT DES SOUS-TRAITANTS

Le paiement direct est obligatoire dès que le montant des prestations sous-traitées dépasse **600 euros TTC**, pour les **sous-traitants** acceptés **de 1^{er} rang** dont les conditions de paiement ont été agréées. Toute renonciation au paiement direct est interdite par la loi de 1975 (article 7, qui a été intégré à l'article L. 2193-11 du CCP).

Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour donner son accord ou notifier son refus au sous-traitant qui lui a transmis une demande de paiement (ainsi qu'à l'acheteur)⁶⁸. Le délai de paiement du sous-traitant admis au paiement direct est identique à celui applicable au titulaire. Ce délai court à compter de la réception par l'acheteur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou à l'expiration du délai de 15 jours si le titulaire n'a notifié ni accord ni refus.

La facturation électronique permet *via* le portail Chorus Pro la mise en place d'un processus respectant les dispositions du code de la commande publique :

Circuit de validation du paiement du sous-traitant sur Chorus PRO :

1. Le sous-traitant dépose sa demande de paiement en utilisant le cadre de facturation A9 (ou bien A10 dans le cadre d'un marché de travaux).
2. Il identifie le titulaire dans l'entité « valideur ».
3. Chorus Pro notifie par courriel au titulaire de l'émission d'une demande de paiement d'un sous-traitant.
4. Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour valider la demande de paiement dans l'espace « Factures à valider » de Chorus Pro.
5. En l'absence de prise en charge dans ce délai par le titulaire, la validation est tacite.
6. Une fois la validation par le titulaire effective (formelle ou tacite), le maître d'ouvrage ou le MOE reçoit la demande de paiement du sous-traitant.
7. En cas de refus de validation par le titulaire, la demande de paiement est néanmoins acheminée par Chorus Pro au maître d'ouvrage (ou MOE), qui peut décider de traiter, suspendre ou rejeter la demande de paiement. Il est informé de la validation, du refus ou de l'absence de validation (validation hors délai) par le titulaire de la demande de paiement du sous-traitant.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ dédiée à [la sous-traitance](#) (notamment pour les dispositions spécifiques afférentes aux marchés de défense ou de sécurité).

⁶⁷ Conseil d'Etat, 9 juin 2017, n°396358.

⁶⁸ Article R2193-12 du CCP.

REMERCIEMENTS

Toutes les entités ayant participé au groupe de travail de l'OECP « faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique » sont remerciées pour leur contribution :





DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE


MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE
ET DES FINANCES