

Circulaire du 5 août 1993 relative aux marchés fractionnés

NOR: ECOM9385002C

ELI: Non disponible

Paris, le 5 août 1993.

Le ministre de l'économie à Mesdames et Messieurs les ministres

Les décrets n° 92-1025 du 17 septembre 1992 et n° 93-733 du 27 mars 1993, modifiant les articles 76 et 273 du code des marchés publics, ont institué la possibilité de conclure des marchés fractionnés. La présente circulaire a pour objet de préciser les conditions de mise en oeuvre de ces nouvelles dispositions ; elle se substitue :

- pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial, d'une part, aux dispositions de l'instruction du 29 décembre 1972 modifiée relatives à l'article 76 et, d'autre part, aux « lettres collectives » n° 72 M du 1er septembre 1966 sur les marchés de travaux de longue durée et n° 89 M du 6 décembre 1967 sur les marchés industriels de longue durée ;
- pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, aux dispositions de l'instruction du 10 novembre 1976 modifiée relatives à l'article 273.

1. Dispositions générales.....	1
1.1. Fondement des marchés fractionnés.....	1
1.2. Formes des marchés fractionnés	2
1.3. Champ d'application.	2
1.4. Variation des prix	3
1.5. Avance forfaitaire.....	3
1.6. Acomptes	4
1.7. Garanties.....	5
1.8. Mise en nantissement ou cession	5
1.9. Détermination des seuils	5
2. Marchés à bons de commande	5
2.1. Définition	5
2.2. Conditions d'utilisation	6
2.3. Recommandations	7
2.4. Durée de validité du marché.....	7
2.5. Marchés sans montant minimum	8
2.6. Particularités d'exécution	9
3. Marchés à tranches conditionnelles	10
3.1. Définition et intérêt	10
3.2. Conditions d'utilisation	11
3.3. Durée du marché	12
3.4. Conséquence d'un retard dans l'affermissement d'une tranche : indemnité d'attente	12
3.5. Conséquence de l'absence d'affermissement d'une tranche	13
3.6. Recommandations pour juger les offres.....	15

1. Dispositions générales

1.1. Fondement des marchés fractionnés

Dans certains cas, il est nécessaire de passer un marché alors que les besoins à satisfaire ne sont pas connus avec précision ou que, les besoins étant connus, les conditions économiques, techniques ou financières ne permettent pas à la personne publique de s'engager immédiatement sur la totalité du programme envisagé. Dans ces circonstances, la détermination complète des besoins ne peut s'effectuer dans les conditions exigées par les articles 45, 75, 255 et 272 du code des marchés publics. C'est pour

tenir compte de telles situations que les articles 76 et 273 prévoient la forme particulière des marchés fractionnés.

Les nouvelles dispositions ne dérogent pas aux principes fondamentaux selon lesquels les marchés publics doivent :

- d'une part, définir, avant tout appel à la concurrence ou toute négociation, de façon aussi précise que possible la consistance et l'ampleur des prestations prévues (objet du contrat) ;
- d'autre part, poser tous les droits et obligations des parties pour l'exécution des prestations.

Les marchés fractionnés permettent de différer dans le temps certaines décisions de l'acheteur, touchant à la définition des besoins et aux conditions d'exécution des prestations.

1.2. Formes des marchés fractionnés

1.2.1. Marchés à bons de commande et marchés à tranches conditionnelles (1).

Les marchés fractionnés sont conclus soit sous la forme de marché à bons de commande, soit sous la forme de marché à tranches conditionnelles.

Les marchés à bons de commande ne fixent pas de manière précise le volume des prestations à réaliser et le rythme d'émission des commandes. Ils indiquent que l'exécution sera ordonnée par bons de commande, au fur et à mesure des besoins, dans le cadre des montants fixés par le marché (voir n° 2.1).

Les marchés à tranches conditionnelles portent sur la totalité d'une opération qui, pour des raisons économiques, financières ou techniques, est fractionnée en tranches notifiées par décision de la personne responsable du marché. Les besoins sont définis pour chaque tranche, mais la mise en oeuvre de la totalité du programme est incertaine (voir n° 3.1.1).

1.2.2. Utilisation conjointe.

Le jumelage des tranches et des bons de commande au sein d'un même marché est déconseillé.

L'utilisation conjointe de ces deux formes est toutefois possible lorsque la personne responsable du marché l'estime indispensable. Dans ce cas le marché doit respecter simultanément les règles régissant chacune de ces catégories. Ainsi, notamment, la période pendant laquelle il est possible de passer des bons de commande à l'intérieur de chaque tranche ne doit pas excéder la durée de validité des marchés à bons de commande ; cette durée part de la notification de la tranche considérée.

1.3. Champ d'application.

En principe, tout type de prestation peut être l'objet d'un marché fractionné. Cependant, certaines précautions particulières doivent être prises. Il est précisé que le recours aux marchés fractionnés ne dispense pas le service d'une analyse des besoins, formalisée dans le cahier des clauses techniques particulières.

1.3.1. Fournitures et services courants.

Les marchés à bons de commande sont bien adaptés aux fournitures et services courants. Il s'agit de biens consommables (denrées alimentaires, imprimés, fournitures de bureau...), de pièces de rechange pour appareils de grande diffusion, de petits matériels informatiques, de progiciels... pour lesquels les besoins en valeur ou en quantité, ou leur étalement dans le temps, ne peuvent être entièrement prévus lors de la passation du marché. Le marché à bons de commande évite le développement des achats sur facture et la multiplicité des marchés, il permet de bénéficier, le cas échéant, de rabais et de diminuer les frais de stockage en réduisant les délais de commande.

Cependant, la personne publique a parfois des besoins bien déterminés, en quantités importantes, qui nécessitent un échelonnement des commandes sur une longue période (par exemple : certaines prestations informatiques, fournitures militaires...). Il est alors possible d'utiliser les marchés à tranches conditionnelles, lorsque les quantités ont une influence directe sur le niveau des prix.

1.3.2. Travaux.

Les marchés à bons de commande sont généralement peu adaptés aux travaux neufs de génie civil et de bâtiment ; ces derniers reposent sur un programme d'investissement précis. Leur utilisation se justifie, en revanche, pour l'entretien ou la rénovation de bâtiments ou d'ouvrages d'infrastructure et pour la maintenance courante des installations associées, qui sont difficilement programmables.

Les marchés à tranches conditionnelles permettent de connaître l'enveloppe globale nécessaire à

l'opération. L'emploi de ce type de marché est de nature à faciliter la continuité du chantier.

1.3.3. Marchés industriels.

Dans les marchés industriels, les spécifications techniques des prestations sont fixées par l'acheteur. Le choix entre les marchés à bons de commande et les marchés à tranches conditionnelles, dépend de la connaissance exacte des besoins de la personne publique et des types de prestations. Les marchés à bons de commande sont bien adaptés aux pièces de rechange, réparations, révisions et modifications de matériels.

1.3.4. Prestations intellectuelles.

Les marchés d'études doivent être nettement définis, quant à leur objet, leur durée, leur montant et leurs modalités de règlement (les articles 106 et 313 du code des marchés publics insistent particulièrement sur ce point). Il convient donc de passer des marchés dont l'objet est bien circonscrit. Cependant, si le détail des prestations est mal défini ou si l'exécution paraît trop aléatoire, il est possible de conclure des marchés fractionnés (2).

Dans le cas particulier des marchés de maîtrise d'oeuvre, la réglementation a normalisé les types de missions ; des tranches peuvent regrouper certains éléments si l'étude forme un ensemble cohérent. Des marchés de maîtrise d'oeuvre peuvent aussi être conclus à bons de commande s'ils ont pour objet des interventions répétitives concernant, par exemple, des travaux d'entretien ou de réparation de bâtiment.

1.4. Variation des prix

Les dispositions relatives aux variations de prix s'appliquent aux marchés fractionnés. La durée du marché et les incertitudes de celui-ci peuvent poser des problèmes concernant les prix. Pour résoudre ces difficultés, les acheteurs publics sont invités à se reporter aux dispositions du décret 79-992 du 23 novembre 1979 et de la circulaire du 5 octobre 1987 sur la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics, en remplacent les termes, d'une part, « marchés à commandes » et « marchés de clientèle » par « marchés à bons de commande », d'autre part, « marchés à tranches » par « marchés à tranches conditionnelles ».

Cependant, notamment pour les marchés à bons de commande, des précautions sont à prendre lors de l'application du procédé de la « mise à jour » des prix. Cette faculté, qui permet de définir des prix initiaux, périodiquement, lorsque la durée d'un marché fractionné est élevée, ne doit pas être utilisée à chaque émission de bon de commande, sa mise en oeuvre ne devant pas intervenir plus d'une fois par an.

1.5. Avance forfaitaire

Les modalités de versement et de remboursement de l'avance forfaitaire sont prévues à l'article 154 du code des marchés publics ; elles s'appliquent avec les précisions ci-après.

1.5.1. Marchés à bons de commande.

Sauf stipulations particulières du marché, la base de calcul de l'avance forfaitaire est le montant de chaque bon de commande. La personne responsable du marché peut cependant prévoir que l'avance forfaitaire est accordée en une seule fois, sur la base du montant minimum du marché. Les modalités de versement sont précisées dans le cahier des clauses administratives particulières.

1.5.1.1. Base de calcul constituée par le montant du bon de commande.

1.5.1.1.1. Versement obligatoire (3).

Le versement de l'avance forfaitaire est obligatoire, sauf refus formel du titulaire, pour chaque bon de commande dont le montant est supérieur à celui prévu à l'article 154 du code des marchés publics. Si le délai d'exécution du bon de commande est inférieur ou égal à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 p. 100 du montant du bon de commande.

Si le délai d'exécution du bon de commande est supérieur à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 p. 100 du montant des prestations à exécuter dans les douze premiers mois.

L'avance forfaitaire est mandatée dans le délai d'un mois, après la date d'effet de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations prévues au bon de commande considéré. Si le marché prévoit un règlement par lettre de change-relevé, l'autorisation d'émettre celle-ci est adressée en même temps que

le premier bon de commande.

Le remboursement est effectué en tenant compte seulement du bon de commande considéré. Il commence lorsque le total des prestations exécutées au titre du bon représente 65 p. 100 du montant du bon ; il doit être terminé lorsque ce total atteint 80 p. 100.

1.5.1.1.2. Versement facultatif.

Le versement de l'avance forfaitaire, selon les modalités prévues au n° 1.5.1.1.1, est facultatif pour les bons de commande dont le montant est inférieur ou égal à celui figurant à l'article 154 du code des marchés publics.

1.5.1.2. Base de calcul constituée par le montant minimum du marché.

1.5.1.2.1. Versement obligatoire (3).

Le versement de l'avance forfaitaire est obligatoire, sauf refus formel du titulaire, si le marché comporte un montant minimum supérieur à celui prévu à l'article 154 du code des marchés publics.

Si la durée initiale de validité du marché est inférieure ou égale à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 p. 100 du montant minimum.

Si la durée initiale de validité du marché est supérieure à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 p. 100 de la partie du montant minimum calculée au prorata des douze premiers mois de cette durée, soit : $\text{minimum} \times 12 / \text{durée en mois}$

L'avance forfaitaire est mandatée dans le délai d'un mois, après la date d'effet de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations prévues dans le premier bon de commande. Si le marché prévoit un règlement par lettre de change-relevé, l'autorisation d'émettre celle-ci est adressée en même temps que le premier bon de commande.

Le remboursement commence lorsque le total des prestations exécutées, au titre de tous les bons de commande, représente 65 p. 100 du minimum ; le remboursement doit être terminé lorsque ce total atteint 80 p. 100 du minimum.

1.5.1.2.2. Versement facultatif

Le versement de l'avance forfaitaire, selon les modalités prévues au n° 1.5.1.2.1, est facultatif

- d'une part, pour les marchés à bons de commande comportant un montant minimum inférieur ou égal à celui figurant à l'article 154 du code des marchés publics ;

- d'autre part, lors de chaque reconduction des marchés à bons de commande comportant un montant minimum.

1.5.2. Marchés à tranches conditionnelles.

1.5.2.1. Versement obligatoire (3).

Le versement de l'avance forfaitaire est obligatoire, sauf refus formel du titulaire, pour chacune des tranches dont le montant est supérieur à celui prévu à l'article 154 du code des marchés publics.

Si le délai d'exécution de la tranche considérée est inférieur ou égal à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 p. 100 du montant de la tranche.

Si le délai d'exécution de la tranche considérée est supérieur à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 p. 100 du montant des prestations à exécuter dans les douze premiers mois.

L'avance forfaitaire est mandatée dans le délai d'un mois après la date d'effet de l'acte qui emporte commencement d'exécution de la tranche. Si le marché prévoit un règlement par lettre de change-relevé, l'autorisation d'émettre celle-ci est adressée dès que la date d'effet ci-dessus est connue.

Le remboursement commence lorsque le total des prestations exécutées au titre de la tranche considérée représente 65 p. 100 du montant de cette tranche ; il doit être terminé lorsque ce total atteint 80 p. 100.

1.5.2.2. Versement facultatif.

Le versement de l'avance forfaitaire, selon les modalités prévues au numéro 1.5.2.1, est facultatif pour chacune des tranches dont le montant est inférieur ou égal à celui prévu à l'article 154 du code des marchés publics.

1.6. Acomptes

Concernant le versement des acomptes, les dispositions du code des marchés publics s'appliquent dans le cas des marchés fractionnés, en tenant compte du délai d'exécution de chaque bon de commande pour les

marchés à bons de commande, ou du délai d'exécution de chaque tranche pour les marchés à tranches conditionnelles.

1.7. Garanties

Dans le cadre des dispositions réglementaires, lorsque le marché prévoit la constitution d'une garantie, la personne responsable d'un marché fractionné choisit la base permettant le calcul et la libération de la garantie exigée du titulaire. Cette base doit figurer dans le marché ; elle peut être égale :

- pour les marchés à bons de commande, soit au montant minimum du marché, soit, au fur et à mesure de la notification des bons de commande, au montant total de ces bons ;
- pour les marchés à tranches conditionnelles, au montant de la tranche ferme ou, lors de l'affermissement de chaque tranche, au montant total des tranches affermies.

1.8. Mise en nantissement ou cession

Les articles 187 bis à 196 du code des marchés publics s'appliquent ainsi que les dispositions de l'instruction du 29 décembre 1972 modifiée pour l'application du code. Il n'y a pas lieu, en principe, de cantonner le montant de l'exemplaire unique du marché fractionné en dehors des cas prévus par les textes précités (groupements d'entreprises, sous-traitance).

Il est rappelé que le titulaire, s'il souhaite céder ou nantir les créances résultant du marché en plusieurs parts ou si l'établissement de crédit le lui impose, peut demander un cantonnement de l'exemplaire unique du marché au montant d'un bon de commande ou d'une tranche, mais la créance doit alors être individualisée très précisément. Ce cas se produira, notamment, s'il s'agit de marchés à bons de commande prévoyant une remise en compétition en cours de marché.

1.9. Détermination des seuils

Les règles concernant l'appréciation des divers seuils (art. 104-I 10 du code, publicité, contrôle...) des marchés fractionnés sont les suivantes :

Pour les marchés à bons de commande le montant à prendre en compte correspond à la durée totale, reconduction comprise, pouvant être couverte par le contrat. Si le marché comporte un montant maximum, c'est ce dernier qui est retenu. Dans le cas contraire, c'est le montant maximum estimé à partir notamment de constatations portant sur des données antérieures qui est retenu (voir n° 2.3.1). Le seuil est donc égal à la somme des montants maximums, prévus ou estimés pour chaque période. Ce mode de computation est conforme aux règles européennes. Il convient de considérer les termes :

- « exercice » (voir l'arrêté du 31 mars 1992 relatif au montant des marchés publics de fournitures et des marchés publics et contrats de travaux soumis aux règles de la concurrence dans le cadre de la Communauté économique européenne : Journal officiel du 1er avril 1992), comme le total des périodes pendant lesquelles des bons de commande peuvent être notifiés
- « opérations » (voir l'article 104-I 10 du code des marchés publics), comme l'ensemble des prestations qui peuvent être acquises pendant ces périodes de validité du marché.

Pour les marchés à tranches conditionnelles, le montant à prendre en compte correspond au montant global constitué par la tranche ferme et la (ou les) tranche (s) conditionnelle (s).

Notons que le seuil des travaux sur mémoires et achats sur factures (art. 123 et 321 du code des marchés publics) est toujours apprécié dans le cadre d'une année civile.

2. Marchés à bons de commande

2.1. Définition

Les marchés à bons de commande se caractérisent par une incertitude affectant l'importance des prestations à réaliser, exprimées en valeur et/ou en quantité, et le rythme d'émission des bons de commande. Les marchés à bons de commande précisent que l'exécution sera ordonnée par bons de commande de la personne responsable du marché, ou de l'autorité désignée à cet effet dans le marché, au fur et à mesure des -besoins exprimés.

Les bons de commande précisent, dans les limites fixées par le marché, les éléments qui ne sont pas

indiqués dans ce dernier.

2.2. Conditions d'utilisation

Les marchés à bons de commande ne peuvent être utilisés que si les dispositions suivantes sont respectées.

2.2.1. Limite de l'incertitude.

Le marché notifié comporte, initialement, les pièces contractuelles fixant le cadre dans lequel la personne responsable du marché pourra prendre les décisions permettant l'exécution du contrat. L'incertitude peut porter sur l'importance et/ou le rythme des commandes, mais ne saurait en aucun cas affecter la définition de l'objet même du marché. Lorsque le marché porte sur des prestations non répétitives (réparations par exemple), il peut ne définir que la nature des prestations à exécuter et prévoir que leur contenu détaillé sera fixé dans chaque bon de commande en fonction des besoins spécifiques. Les pièces constitutives initiales doivent fixer les prix des prestations ou, à défaut, les modalités précises de détermination des prix lorsqu'il s'agit de prestations exécutées en régie ou rémunérées sur la base de dépenses contrôlées ou par référence à des tarifs, catalogues, bordereaux de prix, etc. Les marchés comportant des prix provisoires (visés à l'art. 80 du code des marchés publics) doivent préciser également les conditions et délais de détermination des prix définitifs.

2.2.2. Stipulations figurant au marché.

Le marché à bons de commande, qui est en fait constitué

- d'une part, des pièces constitutives notifiées ;
- d'autre part, des bons de commande au fur et à mesure de leur notification, doit mentionner l'ensemble des éléments prévus par les articles 45 et 255 du code des marchés publics.

Certaines précisions peuvent être insérées dans les bons de commande (voir n° 2.2.3). Tous les autres éléments doivent figurer dans l'acte d'engagement ou le cahier des clauses administratives particulières, notamment :

- la définition de l'objet du marché dans les conditions fixées au n° 2.2.1 ;
- la référence aux articles et alinéas du code en vertu desquels le marché est passé ;
- la référence à l'article 76 ou à l'article 273 du code
- les prix ou les modalités de leur détermination et, le cas échéant, leurs conditions de variation ;
- la durée de validité du marché et les conditions de reconduction éventuelle (voir n° 2.4) ;
- les conditions de règlement.

En outre, il est fortement conseillé de prévoir des montants (ou des quantités) minimum et maximum, chaque fois que cela est possible (voir n° 2.3.1.). Il est aussi conseillé d'indiquer, si c'est possible, l'échéancier prévisionnel d'envoi des bons de commande, leur délai d'exécution et le délai éventuel pour formuler des observations.

Le cahier des clauses administratives particulières doit comporter la liste des éléments qui seront fixés dans les bons de commande.

2.2.3. Précisions apportées dans les bons de commande.

Les bons de commande émis pour l'exécution du marché doivent le compléter sur les points suivants, si ceux-ci ne figurent pas au marché :

- les quantités à réaliser (travaux), à livrer (fournitures) ou à effectuer (services ou études) ; éventuellement, le contenu détaillé et les conditions particulières d'exécution et de réception ou d'admission des prestations non répétitives (entretien de bâtiments, maintenance d'installations, réparation, services...)
- les délais d'exécution ou de livraison ;
- les lieux de livraison et/ou d'exécution
- le montant du bon de commande ;
- les délais, prévus le cas échéant, pour formuler des observations.

2.2.4. Engagement.

2.2.4.1. Engagement comptable.

L'engagement comptable (4) du marché a pour base le montant minimum du marché, ou l'estimation de la dépense minimale si le marché ne comporte pas de montant minimum. Cependant, pour certaines dépenses courantes (frais de chauffage, loyers...), il est admis d'engager le montant estimé de la dépense

de la gestion budgétaire en cours (5).

2.2.4.2. Engagement juridique.

La personne publique est engagée sur le montant (ou la quantité) minimum du marché et le titulaire à concurrence du montant (ou de la quantité) maximum. S'il n'y a pas de montant (ou de quantité), le titulaire devra exécuter l'ensemble des prestations qui lui sont commandées (voir n° 1.3.2 pour les conditions d'utilisation en matière de travaux et fin n° 2.3.1 pour la capacité du titulaire).

2.3. Recommandations

Les marchés à bons de commande donnent à la personne publique une certaine latitude qui doit l'inciter à limiter, le plus possible, les incertitudes liées à ces marchés.

2.3.1. Montant du marché.

Un marché sans montant ou sans quantité (minimum et/ou maximum) est permis. Cependant, il convient d'apporter toutes les précisions possibles avant de lancer le marché. La forme du marché et ses clauses ne doivent traduire que les incertitudes incompressibles. Il est donc souhaitable de prévoir, dans le but d'obtenir de meilleurs prix, un minimum et un maximum dont l'écart soit le plus faible possible ; les fournisseurs établissent généralement leurs prix sur la base des commandes minima.

Pour mieux s'adapter aux prévisions du service, le marché peut prévoir :

- d'une part, des rabais déterminés en fonction des quantités commandées ;
- d'autre part, des minima et maxima différents pour diverses périodes de validité.

Si le service ne peut pas fixer de montants (ou de quantités) minimum et maximum, il est recommandé de donner une estimation des commandes probables pour la durée du marché, de manière à ne pas laisser les concurrents dans l'incertitude la plus complète.

S'agissant d'une estimation sur laquelle le service ne peut s'engager, le règlement de la consultation doit être très explicite à cet égard en soulignant très clairement qu'il ne s'agit que d'une indication n'engageant pas la personne publique. Pour éviter toute ambiguïté, l'estimation ne doit être portée que dans le règlement de la consultation et non dans le marché passé à l'issue de la consultation.

Avant de conclure un marché sans montant (ou quantité) maximum, la personne responsable du marché doit au demeurant s'assurer que le total des bons de commande envisagés ne dépassera pas les capacités de production du titulaire.

2.3.2. Envoi des bons de commande.

Il est conseillé de réduire le délai qui s'écoule entre la notification du marché et celle du premier bon de commande. Pour réduire les incertitudes et permettre au fournisseur de préparer la réalisation éventuelle des prestations, il est recommandé d'indiquer dans le règlement de consultation un échéancier prévisionnel d'envoi des bons de commande.

Chaque bon fixe éventuellement un délai, ou rappelle celui figurant dans le marché, au-delà duquel aucune observation ne peut être formulée par le titulaire. Pour donner une date certaine à l'envoi des bons de commande, il convient de transmettre ceux-ci selon les modes prévus par le cahier des clauses administratives générales concerné.

2.4. Durée de validité du marché

2.4.1. Principes.

La durée de validité du marché est la période pendant laquelle la personne publique peut notifier au titulaire des bons de commande. Il ne faut pas confondre la durée de validité du marché avec le délai d'exécution des bons de commande ; chaque bon de commande notifié doit être exécuté dans les conditions prévues. La durée maximum de validité des marchés à bons de commande, reconduction comprise, est limitée à trois ans par les articles 76 et 273 du code des marchés publics, sauf si le marché est passé sans mise en concurrence préalable en application du 1° ou du 2° du II de l'article 104 du code : la durée maximum est alors de cinq ans. Il est en effet nécessaire de ne pas figer la concurrence pendant un temps trop long.

2.4.2. Durée initiale.

C'est la durée de validité du marché, avant toute reconduction. Comme pour tout marché public, cette durée initiale ne peut être supérieure à la durée d'utilisation des crédits budgétaires disponibles. Concernant les marchés fractionnés, les crédits disponibles doivent permettre la réalisation des prestations correspondant au montant ferme du marché.

Pour obtenir de meilleurs prix il est souvent opportun de passer un marché de longue durée initiale. Toutefois, la personne responsable du marché peut souhaiter ne pas conclure d'emblée un marché pluriannuel. Dans ce cas, elle peut limiter la durée initiale du marché et prévoir des périodes de reconduction ; elle peut ainsi, si elle l'estime préférable, relancer la concurrence au lieu de reconduire le marché.

2.4.3. Reconduction.

Les modalités de reconduction du marché à bons de commande doivent expressément figurer dans les pièces contractuelles initiales. La reconduction peut être expresse ou simplement tacite. Il est alors conseillé aux acheteurs publics de prévoir les dispositions qui leur permettront de disposer, le cas échéant, du temps nécessaire à la passation d'un autre marché.

2.4.3.1. Reconduction expresse.

Lorsque le marché prévoit que la reconduction est expresse, la personne responsable du marché doit prendre, avant l'expiration de chaque période, la décision de reconduire ou non le marché. Cette décision doit être notifiée au titulaire.

Il est recommandé aux acheteurs publics de prévoir la clause suivante :

« La personne responsable du marché doit se prononcer au moins trois mois avant la fin de la durée de validité du marché ; elle est considérée avoir refusé la reconduction du marché, si aucune décision n'est prise avant ce délai. Quelle que soit la décision prise par la personne responsable du marché, le titulaire peut faire part à celle-ci, au moins trois mois avant la fin de la durée de validité du marché, de sa volonté de se dégager du contrat ; le titulaire reste cependant engagé jusqu'à la fin de la période en cours. »

2.4.3.2. Reconduction tacite.

Lorsque la reconduction est tacite, le marché est renouvelé sans que le titulaire doive en être informé officiellement. Cependant, l'article 205 (6) du code des marchés publics oblige la personne responsable du marché à prendre par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Au plan interne cette pièce est en effet indispensable dans un souci de gestion claire et afin de disposer d'un document justifiant l'engagement des crédits.

Il est recommandé aux acheteurs publics de prévoir la clause suivante :

« Chaque partie ne peut dénoncer le marché qu'en faisant part de sa décision à l'autre partie, au moins trois mois avant la fin de la durée de validité du marché ; dans le cas contraire, le marché est reconduit. »

2.5. Marchés sans montant minimum

Lorsque la personne publique ne détermine pas un montant (ou quantité) minimum dans un marché à bons de commande, le titulaire supporte des incertitudes qui peuvent se reporter sur le niveau des prix. Il peut alors être utile, pour obtenir un meilleur prix, d'accorder une exclusivité ou d'organiser une remise en compétition en cours de marché.

2.5.1. Exclusivité.

Lors de la consultation, en vue de la passation d'un marché à bons de commande, la personne responsable du marché peut préciser que le titulaire aura une exclusivité. Il s'agit d'attribuer au titulaire la satisfaction de tous les besoins concernés, ou d'une partie de ces besoins.

2.5.1.1. Intérêt.

L'octroi d'une exclusivité n'a d'intérêt que si une concurrence existe. En disposant de cette garantie, le titulaire sera certain que la personne publique ne relancera pas une autre consultation pour les mêmes prestations.

Néanmoins, la personne responsable du marché peut préférer disposer de plusieurs titulaires pour des prestations identiques et donc, pour des raisons tenant à la sécurité des approvisionnements, à la situation de l'offre ou à la nature des besoins, n'accorder aucune exclusivité.

2.5.1.2. Application.

Le marché doit clairement indiquer si l'exclusivité porte, soit sur la totalité du besoin, soit seulement sur une partie de celui-ci. Dans ce dernier cas, le marché doit alors bien spécifier les conditions de la répartition, elle peut être prévue en pourcentage ou en valeur absolue ; cette répartition entre les titulaires ne s'apprécie pas bon de commande par bon de commande, mais sur la totalité des commandes émises. La période pendant laquelle cette exclusivité est donnée, est à préciser dans le marché ; en principe elle correspond à la durée de validité du marché.

2.5.2. Remise en compétition en cours de marché.

2.5.2.1. Caractéristiques.

Ce procédé, réservé aux marchés passés après appel d'offres, consiste à notifier plusieurs marchés et à remettre les titulaires en compétition périodiquement ou lors de la passation des bons de commande. Ces marchés sont conclus pour la satisfaction des mêmes besoins, dans les mêmes conditions ; ils ne comportent pas de montant minimum, ni évidemment de clause d'exclusivité. La remise en compétition s'effectue entre tous les titulaires susceptibles de satisfaire le même besoin et uniquement entre eux.

2.5.2.2. Conditions d'emploi.

Ce procédé particulier, mal adapté aux marchés de travaux, ne doit pas être employé couramment, il peut être utilisé :

- d'une part, pour l'acquisition de certaines fournitures (fioul, papier...) qui peuvent être soumises à de brusques et importantes fluctuations de prix, les dispositions réglementaires de variation des prix ne permettant pas d'en suivre l'évolution en temps réel ;
- d'autre part, pour des études ponctuelles non prévisibles ou des marchés d'assistance technique, notamment dans les domaines informatiques ou bureautiques, si cette méthode permet une meilleure organisation des tâches du service ; les bons de commande peuvent alors préciser le contenu détaillé des prestations à effectuer.

Il est indispensable que la remise en compétition ait été prévue dans le règlement particulier de l'appel d'offres et dans le marché ; sinon la règle du jeu de l'appel d'offres risque d'être gravement faussée.

Le marché doit aussi préciser la périodicité et les modalités de remise en compétition ; une simple consultation, même simplifiée, s'impose. Les raisons du choix d'un fournisseur, lors de cette consultation, seront justifiées aux instances de contrôle éventuelles.

Pour éviter le risque d'entente, il convient :

- que les secteurs soient très concurrentiels pour que de nombreux titulaires puissent être retenus, chaque fournisseur ne devant pas être trop dépendant de la personne publique ;
- de limiter la durée du marché pour permettre la mise en compétition de nouveaux fournisseurs ; en effet, ces derniers ne peuvent être introduits qu'après un nouvel appel d'offres.

Si c'est possible, il est fortement conseillé d'indiquer que les prix du marché résultant de l'appel d'offres, éventuellement ajustés ou révisés, constituent des prix plafonds ; ces derniers ne doivent pas être dépassés lors de la remise en compétition. Cette disposition est à insérer dans le règlement particulier de l'appel d'offres et dans le marché.

2.6. Particularités d'exécution

2.6.1. Somme des bons de commande inférieure au montant minimum.

Pour des raisons exceptionnelles, dont la responsabilité peut incomber à la personne publique ou au titulaire, le montant (ou quantité) minimum des commandes n'est parfois pas atteint. Dans ce cas, si le marché n'est pas modifié par avenant et si la responsabilité en incombe à la personne publique, le titulaire a droit à être indemnisé de son préjudice.

2.6.2. Somme des bons de commande supérieure au montant maximum.

Si un bon de commande fait dépasser le montant (ou quantité) maximum, la conséquence immédiate et logique doit être le refus du visa de la commande par l'organisme de contrôle. Il convient donc de bien gérer les marchés à bons de commande, afin de ne pas se trouver dans cette situation. Initialement, l'administration doit estimer ses prévisions avec beaucoup d'attention, pour aboutir à la détermination de maximum et de minimum les plus plausibles. Cet effort doit aussi permettre la réduction au mieux de l'écart entre ces deux seuils.

Quand la personne publique estime que le montant plafond risque d'être insuffisant pour satisfaire ses

besoins, elle peut :

- soit passer un avenant pour augmenter le maximum s'il ne provoque pas un bouleversement de l'économie du marché ;
- soit relancer la concurrence, quand elle estime que les besoins vont continuer à croître ; un autre marché est alors conclu.

2.6.3. Exclusivité non respectée.

La personne publique peut être contrainte de passer des commandes sans respecter les clauses d'exclusivité d'un marché à bons de commande. C'est le cas si le titulaire n'a plus la possibilité matérielle d'exécuter les commandes. La personne responsable du marché a alors la possibilité :

- soit de conclure un avenant modifiant ou supprimant la clause d'exclusivité ;
- soit de résilier le marché.

Le marché doit prévoir une indemnité si la responsabilité du non-respect de la clause d'exclusivité incombe à la personne publique.

2.6.4. Prestations non prévues.

Quand un marché à bons de commande a pour objet une liste de plusieurs catégories de prestations, la personne publique souhaite parfois acquérir, faire fabriquer ou entretenir de nouveaux produits non spécifiquement indiqués dans le marché. A moins qu'une disposition spécifique du cahier des clauses administratives générales ne s'applique, elle doit normalement conclure un nouveau marché ou éventuellement un avenant.

En raison de l'évolution très rapide des produits informatiques ou bureautiques, le cahier des clauses administratives particulières peut indiquer que des notifications pourront être apportées au marché par un simple acte spécial signé des deux parties, dans les conditions suivantes :

- le marché doit faire référence au cahier des clauses administratives générales pour les fournitures courantes et les services, avec son chapitre 7 : Marchés d'informatique ou de bureautique ;
- les produits créés doivent remplacer certains articles de la liste ; ils sont généralement plus performants, ils peuvent avoir une fonction très légèrement différente, mais en aucun cas ils ne doivent constituer des articles entièrement nouveaux pour d'autres usages que ceux des produits remplacés ;
- si le marché fait référence à un catalogue, ce dernier doit être destiné à l'usage de l'ensemble de la clientèle du titulaire ;
- le rapport « qualité-prix » doit être jugé plus intéressant par la personne responsable du marché.

2.6.5. Marchés centralisés à exécution locale.

Certaines administrations, ayant des services déconcentrés, passent et notifient des marchés à bons de commande au niveau central, alors que la signature des bons de commande et le mandatement sont établis au plan local.

Cette dualité peut compliquer la gestion du marché. Il faut considérer, conformément au principe d'unicité de la personne responsable du marché, que les signataires locaux agissent sous la responsabilité de la personne responsable du marché.

Pour éviter cet inconvénient, les administrations centrales de l'Etat ont également la possibilité de conclure des conventions de prix avec des marchés types annexés. Les services déconcentrés passent ensuite des marchés conformes aux marchés types.

3. Marchés à tranches conditionnelles

3.1. Définition et intérêt

3.1.1. Définition.

Un marché à tranches conditionnelles est un marché (souvent pluriannuel) portant sur la totalité d'une opération dont la mise à exécution complète est incertaine pour des raisons financières, techniques, ou économiques ; le marché est fractionné, en conséquence, en une tranche ferme et en une ou plusieurs tranches conditionnelles.

La première de ces tranches est dénommée tranche ferme, car l'engagement ferme de la personne publique est limité à cette seule première tranche. Les autres tranches, dont l'exécution n'est rendue possible que par la réalisation de la ou des conditions qui ont justifié le recours à ce type de marché, sont,

pour cette raison, appelées tranches conditionnelles. Leur exécution est différée jusqu'à la notification de la décision de la personne responsable du marché, ou de son représentant, les affermissant successivement. Chacune des tranches du marché, qu'elle soit ferme ou conditionnelle, est définie dans son objet, son prix et son délai d'exécution.

3.1.2. Intérêt.

Les marchés à tranches conditionnelles présentent un intérêt :

- pour la personne publique qui peut :
 - lancer une opération dans son ensemble, même si la réalisation de l'opération est susceptible d'être interrompue par le défaut de réalisation de l'une des conditions ;
 - obtenir des prix plus avantageux, établis comme si l'ensemble de l'opération était commandé en une seule fois, ou simplement bénéficier de l'étalement dans le temps de certaines dépenses fixes (industrialisation par exemple) ;
- pour le titulaire qui, disposant d'un cadre contractuel global, peut :
 - organiser de façon plus rationnelle ses travaux ou ses fabrications et ainsi réaliser des gains de productivité ;
 - faire l'économie de dépenses qui résulteraient de commandes successives distinctes et contribuer à diminuer l'instabilité de l'emploi ;
- pour les deux parties, car la meilleure prévision des plans de charge leur permet de tirer conjointement parti des avantages liés à la dégressivité des coûts et aux gains de productivité.

3.2. Conditions d'utilisation

3.2.1. Types de prestations.

Les marchés à tranches conditionnelles peuvent être conclus quel que soit le montant total de l'opération envisagée, ou le type de prestation. Cependant, sur ce dernier point, des précautions particulières sont à prendre (voir n° 1.3).

Avant la conclusion d'un marché à tranches conditionnelles, les besoins doivent être bien connus en consistance et en délai ; ceci est indispensable pour individualiser chaque tranche, déterminer son importance et fixer son montant. C'est la différence fondamentale avec les marchés à bons de commande (pour ces derniers, l'incertitude porte surtout sur les quantités et le rythme des commandes).

Pour les marchés industriels ou les travaux, les études techniques nécessaires à la détermination de ses prix par l'entreprise doivent être terminées. Les quantités, dans les marchés de fournitures courantes, doivent être connues. Pour les marchés d'études, la définition de ces dernières est à détailler le plus possible.

Le marché fixe la date limite d'affermissement de chaque tranche (voir n° 3.3).

3.2.2. Limite de l'incertitude.

Dans les marchés à tranches conditionnelles, l'incertitude ne porte que sur la mise en oeuvre de dispositions prévues dans le marché. La décision sur l'affermissement de chaque tranche conditionnelle est prise unilatéralement par la personne responsable du marché et pendant une période déterminée dans le marché. Cette décision est notifiée par un ordre de service ; celui-ci ne peut absolument pas modifier les clauses du marché, seul un avenant peut le faire.

Pour des raisons financières et aussi techniques, il est fortement déconseillé de prévoir une ou des tranches conditionnelles de montants élevés, liés à une tranche ferme de montant beau - coup plus faible. En effet, notamment dans le domaine des travaux, si cette ou ces tranches conditionnelles ne sont pas affermies, ce déséquilibre risque de fausser les conditions générales de détermination et de règlement des prix.

3.2.3. Fonctionnalité des prestations.

3.2.3 1. Cohérence des tranches.

Les prestations de chaque tranche, associées aux prestations des tranches précédentes, doivent constituer un ensemble cohérent de nature à être mis en service sans adjonction.

3.2.3 2. Exceptions.

Selon le principe ci-dessus, la personne publique ne doit pas commander, au titre de la tranche ferme, la totalité des approvisionnements nécessaires pour les autres tranches. Toutefois, si elle a une assurance très grande sur la poursuite de l'opération certains approvisionnements à long cycle de fabrication peuvent

être commandés une seule fois, pour l'ensemble des tranches L'emploi de ce procédé exceptionnel est à justifier auprès de instances de contrôle, en montrant la nécessité d'un gain substantiel sur les délais et l'obtention de conditions économique plus avantageuses.

Dans le cas des développements de matériels ou de logiciels l'utilisation des marchés à tranches conditionnelles est possible dans la mesure où l'ensemble des tranches est assorti d'une obligation de résultats et où le découpage en tranches a été réalisé en s'efforçant de fixer, pour chacune d'elles, une obligation de résultats au moins partiels.

En outre, en application de directives spécifiques (7) pour de : opérations de travaux publics, la tranche ferme pourra correspondre à un ensemble cohérent sur le plan technique sans l'être sur le plan fonctionnel. Ces directives sont à rappeler, dans chaque cas, aux instances de contrôle.

3.2.4. Financement par la personne publique.

Les marchés à tranches conditionnelles permettent à la personne publique de lancer un programme qui peut ne pas être encore entièrement financé, le budget ne permettant souvent que la passation de la tranche ferme. Cependant la personne publique ne doit prévoir des tranches conditionnelles que s'il existe une forte probabilité de financer la suite de l'opération.

3.2.5. Engagement.

3.2.5 1. Engagement comptable.

L'engagement comptable (4) du marché a pour base le montant de la tranche ferme.

L'engagement comptable de chaque tranche conditionnelle doit précéder son affermissement.

Les indemnités de dédit et d'attente doivent être engagées en priorité par la personne publique, lorsqu'il apparaît qu'elles devront effectivement être versées.

3.2.5 2. Engagement juridique.

La personne publique est engagée seulement sur la tranche ferme et sur les éventuelles compensations financières. Le titulaire a, de plus, l'obligation de réaliser les autres tranches lors. qu'elles sont affermies.

3.3. Durée du marché

Le marché à tranches conditionnelles fixe l'ensemble de ses conditions d'exécution. Il doit notamment déterminer :

- d'une part, la date limite (ou le délai) d'affermissement de chaque tranche ;
- d'autre part, le délai de réalisation des prestations à l'intérieur de chaque tranche.

La durée, pendant laquelle des tranches conditionnelles peuvent être affermies, n'est pas limitée réglementairement par les articles 76 et 273 du code des marchés publics. Il est cependant conseillé de prévoir que la dernière tranche ne sera pas affermie plus de cinq ans après la date de notification du marché. Sauf cas très particuliers, cette durée est suffisante pour réaliser les opérations importantes.

3.4. Conséquence d'un retard dans l'affermissement d'une tranche : indemnité d'attente

En l'absence d'affermissement d'une tranche conditionnelle à la date limite prévue, le titulaire se trouve dégagé de toute obligation pour cette tranche et pour les tranches ultérieures, sauf si le marché prévoit l'octroi d'une indemnité d'attente et le délai pendant lequel cette indemnité est due (période d'attente).

En effet, en cas de retard, il en résulte des frais supplémentaires pour le titulaire qui doit immobiliser du matériel ou du personnel, temporairement inemployé ou mal. employé. Il n'est cependant pas nécessaire de prévoir une indemnité d'attente dans les marchés n'impliquant pas la mise en oeuvre d'installations de chantiers ou l'immobilisation de matériels importants ou onéreux à déplacer.

3.4.1. Période d'attente.

La période d'attente commence à la date limite, prévue par le marché, pour l'affermissement de la tranche conditionnelle considérée. Cette date est fixée en fonction de la nature des prestations à réaliser et du calendrier d'exécution. En général, elle doit être antérieure à la date prévue comme terme du délai d'exécution de la précédente tranche, de manière à permettre une réalisation continue des prestations. La fixation d'un délai maximum pendant lequel l'indemnité d'attente est due correspond au fait, qu'au-delà d'un certain retard, le coût des immobilisations improductives devient supérieur au coût du redéploiement

des moyens de production. Avant que ce délai ne soit écoulé, la personne responsable du marché doit choisir entre l'engagement de la tranche conditionnelle et son abandon explicite. La date ainsi fixée marque, à la fois, le terme au-delà duquel l'entreprise ne reçoit plus d'indemnité d'attente et le terme des engagements conditionnels réciproques ; son importance est donc très grande dans l'équilibre du contrat. Plusieurs hypothèses doivent figurer dans le marché :

- si un ordre de service notifie au titulaire l'affermissement ou l'abandon d'une tranche avant le début de la période d'attente, aucune indemnité d'attente n'est due ;
- si un ordre de service notifie au titulaire l'affermissement ou l'abandon d'une tranche entre le début et la fin de la période maximale d'attente, l'indemnité est appliquée depuis le début de la période d'attente jusqu'à la date de cette notification ;
- si, à la fin de la période d'attente, la personne responsable du marché n'a notifié aucune décision, la tranche conditionnelle est considérée comme abandonnée. L'indemnité d'attente est due pendant la durée totale prévue au marché pour la période d'attente.

3.4.2. Détermination de l'indemnité d'attente.

Le montant journalier ou mensuel de l'indemnité d'attente et ses conditions de versement doivent figurer dans le marché. En cas d'appel d'offres, le règlement de la consultation doit préciser si ce montant est fixé par la personne publique (auquel cas il sera indiqué) ou s'il doit être déterminé par l'entreprise dans son offre.

Le mandatement de l'indemnité d'attente n'a pas à être réclamé par le titulaire.

Il est conseillé de prévoir dans le marché que :

- si la période d'attente n'excède pas trois mois, le mandatement est effectué dans le mois suivant la fin de la période d'attente ;
- si la période d'attente excède trois mois, le mandatement est effectué au moins tous les mois après le début de cette période.

3.5. Conséquence de l'absence d'affermissement d'une tranche

3.5.1. Généralités.

Diverses raisons peuvent conduire la personne publique à ne pas affermir une ou plusieurs tranches conditionnelles ; toutes sont fondées sur le fait que la, ou les conditions, qui devaient justifier le déclenchement des tranches ultérieures, n'ont pas été réalisées. Ainsi, par exemple, une condition financière (défaut des crédits escomptés), une condition technique (caractère insuffisamment fructueux des études déjà menées ou difficultés imprévues), ou encore l'évolution des besoins (changements de l'attente des utilisateurs), peuvent rendre impossible, inopportune ou prématurée, la poursuite du marché.

En général, ce droit, ainsi ouvert à la personne publique, entraîne un risque pour les entreprises contractantes qui peuvent chercher à se couvrir par une majoration de leurs prix. C'est pourquoi les marchés à tranches conditionnelles doivent comporter des dispositions telles que, ni la personne publique, ni l'entreprise contractante, ne subissent un préjudice si l'affermissement des tranches successives n'est pas réalisé comme cela avait été prévu initialement.

Ainsi le marché doit généralement prévoir, au moyen de compensations financières sous la forme d'une indemnité de dédit, l'indemnisation des charges que le titulaire aurait à subir du fait de l'abandon d'une ou plusieurs tranches conditionnelles (voir n° 3 5.2).

En revanche, le paiement d'une somme spéciale en cas d'abandon d'une tranche conditionnelle n'est pas toujours justifié si les prix initiaux de la tranche ferme compensent le risque encouru par le titulaire, le marché prévoyant un prix moins élevé pour les tranches conditionnelles (voir n° 3 5.3 1).

Il y a, enfin, des cas exceptionnels où ce risque est pratiquement inexistant ou bien, s'il existe, a été parfaitement apprécié par les cocontractants qui se sont donné les moyens de le s'il survenait ; il est alors possible de ne prévoir au marché ni indemnité de dédit, ni rabais (voir n° 3 5.3 2).

Le cahier des clauses administratives particulières indique les compensations éventuelles attribuées si le marché n'est pas exécuté jusqu'à son terme prévu. Le marché doit préciser, dans tous les cas, si une compensation financière est ou non prévue.

3.5.2. Indemnité de dédit.

3.5.2 1. Justification.

Le titulaire subit un préjudice en cas d'abandon d'une ou plusieurs tranches conditionnelles, chaque fois qu'il a engagé des dépenses relatives aux tranches non affermies, alors que des prix ont été fixés pour chacune des tranches comme si l'ensemble de l'opération était engagé en une seule fois.

C'est le cas notamment lorsque le titulaire :

- a passé à ses fournisseurs, pour obtenir de meilleurs prix, certaines commandes d'approvisionnement portant sur l'ensemble des tranches, plutôt que des commandes tranche par tranche ;
- a autofinancé certains frais fixes (installations de chantiers, développement, industrialisation...) et prévu d'amortir ces frais fixes sur l'ensemble des tranches fermes et conditionnelles, plutôt que sur la seule tranche ferme ;
- a proposé, pour chacune des tranches successives, un prix moyen constant correspondant au coût moyen de l'ensemble des tranches et non pas des prix dégressifs reflétant la réduction des coûts de revient due à l'effet de série.

Dans ces différents cas, dont la liste n'est pas exhaustive, l'abandon d'une ou plusieurs tranches conditionnelles rompt l'équilibre du marché et doit donner lieu à une indemnisation.

Le montant de l'indemnité de dédit doit figurer dans le marché. En cas d'appel d'offres, le règlement de consultation doit préciser comment est fixé ce montant, soit par la personne publique, soit sur proposition de l'entreprise.

L'indemnité de dédit se cumule, le cas échéant, avec l'indemnité d'attente.

3.5.2.2. Montant.

La nature et le montant de l'indemnité de dédit dépendent des risques correspondant à chaque type de marché.

Dans le premier cas cité au n° 3 5.2 1, l'indemnité de dédit couvre les approvisionnements excédentaires lancés ou déjà réalisés à la date de décision d'abandon de la tranche, dans la mesure où ces approvisionnements ne peuvent pas être utilisés à d'autres fins (fourniture à titre de pièces de rechange, utilisation pour d'autres clients...). L'importance de ces approvisionnements excédentaires dépend non seulement de la date de la décision (explicite ou non) d'abandon, mais également des conditions dans lesquelles le titulaire les a lancés.

Il en résulte qu'il n'est pas possible de fixer dans le marché un montant forfaitaire pour cette indemnité, mais seulement un montant plafond, tenant compte d'éléments prévisionnels. Le montant définitif de l'indemnité ne peut être fixé qu'en fonction de la situation réelle constatée lors de la décision (explicite ou non) d'abandon. Le marché doit préciser les modalités de paiement correspondantes.

Dans les deux autres cas cités au n° 3 5.2 1, l'indemnité de dédit peut être fixée a priori de manière forfaitaire. Elle l'est, soit au montant des frais fixes restant à amortir dans le deuxième cas, soit à la différence entre le prix de chaque tranche déjà affermée et le prix moyen de l'ensemble des tranches dans le troisième cas.

En raison de ce caractère forfaitaire, l'indemnité de dédit doit être dans de tels cas versée au titulaire automatiquement, le mandatement correspondant devant intervenir dans le mois suivant la décision (explicite ou non) d'abandon de la tranche conditionnelle considérée.

3.5.3. Absence d'indemnité de dédit.

3.5.3 1. Rabais.

Les prix eux-mêmes peuvent compenser le risque encouru par le titulaire du fait que la personne responsable du marché peut abandonner une tranche conditionnelle (voir n° 3.5.1). Il en est ainsi lorsque l'offre de prix est établie en supposant que la seule tranche ferme sera réalisée, le marché prévoyant, pour les prix des tranches conditionnelles, des rabais sur les prix de la tranche ferme. Dans ce cas il n'est pas nécessaire de prévoir une indemnité de dédit, si les tranches conditionnelles ne sont pas affermées.

Les prix d'une tranche conditionnelle étant déterminés par application de rabais aux prix de la tranche ferme, les prestations objet de la tranche ferme et des tranches conditionnelles doivent être de même nature et répétitives.

3.5.3 2. Cas particulier : absence d'indemnité de dédit et de rabais.

Lorsque la nature et les modalités d'établissement du lien contractuel sont telles que l'abandon des tranches conditionnelles n'est pas susceptible de rompre l'équilibre du marché, ou que des mécanismes régulateurs ont été prévus pour pallier cette rupture, la personne publique peut conclure un marché à tranches conditionnelles sans indemnité de dédit ni rabais.

Ce dispositif doit être utilisé avec circonspection ; il ne peut s'appliquer qu'à des marchés spéciaux, généralement négociés, entre des cocontractants particulièrement rompus à cette pratique.

La personne responsable du marché doit alors être en mesure d'apprécier l'influence de ce type de marché sur le niveau des prix obtenus. Ces derniers peuvent inclure une marge de risque et, de ce fait, être plus élevés que si le marché avait prévu une indemnité de dédit ou un rabais sur les prix de la tranche ferme. La décision de la personne responsable du marché doit être clairement justifiée auprès des instances de contrôle.

3.6. Recommandations pour juger les offres

En cas d'appel d'offres, la personne publique doit, selon la probabilité d'affermissement des tranches, clairement préciser les conditions de comparaison des offres. Le règlement particulier de l'appel d'offres doit notamment indiquer si le jugement portera sur toutes les tranches ou seulement sur la tranche ferme. Lorsque la probabilité de notifier les tranches conditionnelles est grande, il convient de faire porter le jugement sur l'ensemble des tranches.

Lorsque la personne publique a peu d'assurance sur l'affermissement de toutes les tranches, elle peut juger les offres seulement sur la tranche ferme.

Pour faciliter le jugement des offres il est conseillé, si la personne publique dispose des éléments nécessaires, de fixer forfaitairement, dans le règlement particulier de l'appel d'offres et dans le cahier des clauses administratives particulières, les indemnités d'attente et de dédit.

La présente circulaire sera publiée au Journal officiel de la République française.

EDMOND ALPHANDÉRY

(1) Les marchés à bons de commande regroupent, en une seule catégorie, les notions de marchés à commandes et de marchés de clientèle prévus par les anciens articles 76 et 273 du code des marchés publics. Les marchés à tranches conditionnelles regroupent les anciens marchés de longue durée qui faisaient l'objet des lettres collectives du 1er septembre 1966 et du 6 décembre 1967 et les marchés à tranches dites « supplémentaires, optionnelles, prévisionnelles »... pratiqués par certains services.

(2) Les marchés d'études à tranches conditionnelles, conclus pour des motifs financiers, économiques ou techniques, ne doivent pas être confondus avec les marchés passés en application des articles 109 et 315 du code des marchés publics ; ces marchés « classiques » peuvent seulement être arrêtés en cours d'exécution et à des phases prédéterminées.

(3) Cette disposition s'applique à l'Etat et à ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial. Concernant les collectivités territoriales et leurs établissements publics, en application de l'article 336 du code des marchés publics, le versement d'une avance forfaitaire n'est pas obligatoire.

(4) Les règles budgétaires concernant l'engagement comptable relèvent essentiellement :

- de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ; son article 11 dispose que les engagements doivent rester dans la limite des crédits ouverts ;
- de l'article 6 du décret n° 86-451 du 14 mars 1986 : il prévoit qu'on ne peut engager des crédits s'il n'y a pas lieu à service fait avant le 31 décembre de l'année en cours (il s'agit de crédits de fonctionnement et non d'autorisations de programme).

(5) Circulaire des finances nos B 3-2 et 566 C 1 du 6 janvier 1960 relative au fonctionnement du système de la gestion.

(6) L'article 205 du code n'est applicable qu'à l'Etat et à ses établissements publics, autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial ; cependant il est conseillé aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics de prendre une telle décision par écrit.

(7) Circulaires des finances et de l'équipement nos CCFL-5 C et SE 2-C 3 des 13 mai 1976 et 24 août 1976 relatives à la gestion et au contrôle financier des investissements routiers.