

GUIDE PRATIQUE : FACILITER L'ACCÈS DES TPE/PME A LA COMMANDE PUBLIQUE

L'essentiel

L'Observatoire économique de la commande publique (OECF) a actualisé son **guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique**, publié en 2013. Ce nouvel outil, élaboré en concertation avec les fédérations professionnelles, intègre la nouvelle réglementation applicable aux marchés publics.

Il est composé de **16 fiches divisées en trois grandes catégories** : préparation du marché, procédure de passation et suivi de l'exécution du marché. Elles renvoient pour la plupart aux fiches techniques publiées sur le [site](#) de la DAJ de Bercy dans la rubrique « Conseil aux acheteurs » et ont de fait vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises indépendamment de leur taille.

➤ Concernant la préparation du marché :

- Analyser et définir les besoins : le **sourcing**, la définition des besoins,
- **Allotir** les prestations,
- Fixer des **délais** de procédure adaptés,
- Choisir les **critères** de sélection et d'attribution : l'examen des candidatures et des offres, la détermination des critères et leur pondération, la phase d'analyse des offres et la régularisation,
- Promouvoir les **variantes**,
- Encourager les **groupements** momentanés d'entreprises (GME).

➤ Concernant la procédure de passation :

- Préparer la phase de **négociation**,
- Garantir la **confidentialité** des offres,
- Détecter les **offres anormalement basses** (OAB).

➤ Concernant le suivi de l'exécution du marché :

Cette nouvelle thématique du suivi de l'exécution du marché permet d'aborder les problématiques de **trésorerie des entreprises** (avances, délais de paiement, variations des prix et pénalités de retard) et les **exigences assurantielles**. Les acheteurs sont invités à vérifier l'adéquation de ces clauses lors de la préparation de la passation du marché. L'instauration d'un dialogue avec le cocontractant et la mise en place d'un pilotage partenarial dès le démarrage du marché sont également valorisées.

Vous trouverez ci-après ces fiches commentées par thématiques.

Contact : daj@fntp.fr

TEXTES DE RÉFÉRENCE :

[GUIDE PRATIQUE pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique](#)

[Code de la Commande Publique](#)

PRÉPARATION DU MARCHÉ : QUELS PRÉ-REQUIS ?

PREAMBULE, FICHES 1 A 3

Rappel sur la définition d'une PME

La notion de TPE/PME est européenne¹ et 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 inférieurs à 25 %).

Cette définition est celle visée dans le Code de la commande publique et doit être portée à l'attention des entreprises, les **PME bénéficiant de mesures spécifiques dans les marchés publics** qui seront développées dans cette *Informations*.

1. Importance du sourcing et bonne définition des besoins

Si le **sourcing** permet à l'**acheteur** d'identifier les solutions et entreprises susceptibles de répondre à son besoin, il devra l'organiser en amont de toute procédure et **respecter certaines règles, notamment** :

- Vérifier qu'aucun participant n'est concerné par un conflit d'intérêt potentiel,
- Assurer une traçabilité minimale des échanges,
- Assurer un niveau d'informations égal à tous,
- « **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** »...

Le sourcing n'est pas encadré par une procédure, l'acheteur est libre de son organisation. Il doit permettre à l'acheteur de vérifier que ses **exigences** (qualité, coûts, délais, performance environnementale ...). sont **proportionnées** aux capacités et aux contraintes du secteur concerné.

Les **entreprises** veilleront de leur côté à ne pas dévoiler « trop » d'informations, ce qui les empêcherait ensuite d'accéder au marché sous prétexte qu'elles ont « influencé » l'acheteur en amont ou ont eu accès à des informations « privilégiées ».

Bonne pratique : demander aux entreprises de signaler lors du sourcing (*et plus généralement dans leurs offres*) les éléments qu'elles estiment de nature confidentielle.

Dans certains cas, l'acheteur procédera à une **définition fonctionnelle** des besoins : ne pas prescrire « 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** ».

2. Allotissement

Le principe de l'allotissement s'applique à tous les acheteurs et à tous les marchés, qu'ils soient passés selon une procédure adaptée (MAPA) ou une procédure formalisée.

Il facilite l'accès des PME à la commande publique en tant que titulaires de marchés.

Cependant, l'acheteur dispose d'une grande liberté dans la détermination :

- Du nombre et de la consistance des lots en fonction des circonstances,
- Des modalités de soumission et d'attribution des lots.

¹ [Recommandation de la Commission européenne du 6 mai 2003](#)

L'acheteur ne peut déroger au principe de l'allotissement pour des raisons d'organisation interne. Il doit être en capacité de justifier son choix dans les documents de la consultation².

Rappel : les candidats ne peuvent présenter des offres variables en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus par un même titulaire.

3. Délais de procédure suffisants

La détermination de **délais suffisants pour préparer leurs offres et remettre leurs plis est un point crucial pour les entreprises**. Ils sont également nécessaires en cas de constitution de groupements ou de recherche de sous-traitants.

L'acheteur doit fixer des délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la **complexité du marché public** et du temps nécessaire aux entreprises pour préparer leur candidature et leur offre³.

En **MAPA**, il n'y a pas de délais minimaux imposés à l'acheteur mais ils doivent être malgré tout suffisants.

Les acheteurs éviteront certaines **périodes de publication** comme les périodes de forte activité des entreprises ou de faible activité (ex : période estivale, fêtes de fin d'année) pour lancer des **consultations qui passeront inaperçues**.

« Lancer une consultation avant son départ en congés ne constitue pas une bonne pratique ! »

MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE

FICHES 4 ET 5

1. Préparer la « phase » candidatures

L'accès à la commande publique doit être facilité pour les entreprises récentes qui ne possèdent pas de références : **les exigences relatives à la candidature⁴ doivent être proportionnés**.

Si les capacités économiques, financières, techniques et professionnelles sont appréciées au stade des candidatures, elles ne peuvent plus l'être au stade de l'offre.

Bonne pratique à destination de l'acheteur : plutôt que d'exiger des CV des collaborateurs, **exiger des niveaux de qualification** au stade de la candidature. « *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* ».

De même, l'acheteur limitera le nombre de documents demandés aux entreprises. Celles-ci ne sont pas tenues de fournir les documents justificatifs que l'acheteur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique.

2. Préparer la « phase » offres

La pondération des critères doit être en adéquation avec le niveau de qualité attendu sinon le choix des offres sera basé uniquement sur le prix.

² ou dans le rapport de présentation du marché. Le juge vérifiera dans le cadre d'un contrôle « normal » si les justifications de l'acheteur sont entachées d'erreurs d'appréciation

³ Articles R. 2143-1 et R. 2151-1 du CCP - Code de la Commande Publique

⁴ Communément appelée 1^{ère} enveloppe

Méthode de pondération préconisée, conforme à la jurisprudence, permettant de conserver le poids relatif des critères :

- Après que chaque offre ait été notée individuellement,
- 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,
- Le poids relatif de chaque critère est ainsi conservé.

L'utilisation de **critères environnementaux** est recommandée : réduction des émissions de CO2, 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...

Bonne pratique : la fourniture d'un **cadre de mémoire technique** par l'acheteur est recommandé détaillant les sous-rubriques à renseigner, le nombre maximal de pages

La **régularisation** des offres ne doit pas conduire à modifier les caractéristiques substantielles des offres. Elle sert à « **corriger des erreurs matérielles ou à pallier des oublis mineurs** ».

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.

3. Promouvoir les variantes

Définition : modification des spécifications techniques de la solution de base, tout en satisfaisant le besoin conformément au cahier des charges.

L'ouverture aux variantes est considérée comme un signal positif fort en faveur de l'innovation. L'acheteur veillera à la plus grande **confidentialité** s'agissant des solutions innovantes présentées dans ce cadre.

Et la **solution de base** ?

« 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 ».

En fléchant **les variantes dans la trame de mémoire technique**, les entreprises pourront plus facilement décrire et justifier l'amélioration technique ou l'économie générée(s) par leur variante par rapport à la solution de base.

DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE PASSATION

FICHES 7 A 9

1. Préparer la négociation

Les marchés passés en procédure adaptée (MAPA) constituent la grande majorité des procédures de marchés publics de travaux. Ils offrent une grande souplesse qui permet à l'acheteur de négocier les offres tant sur le plan financier que qualitatif, dès lors qu'il a annoncé cette possibilité dès le départ.

Mais cette négociation entraîne certains **risques** :

- Non-respect de l'égalité de traitement ou du secret des affaires,
- Finalisation du besoin en cours de procédure,
- Pression sur le prix plutôt que discussion sur l'offre technique,
- Dérives de calendriers.

Pour pallier les **dérives** de tels comportements, la FNTP a alerté la DAJ de Bercy sur la nécessité pour les acheteurs :

- **De limiter le nombre de tours de négociation** et l'annoncer dans les documents de la consultation.
« *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)* »,
- **D'annoncer aux candidats le dernier tour** afin qu'ils consolident leur proposition en connaissance de cause.

Mauvaise pratique : l'acheteur peut se réserver la possibilité d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation (à condition de l'avoir prévu initialement). Cette pratique est déconseillée, les entreprises se voient privées ainsi de présenter leur offre.

Enfin et il s'agit d'une demande récurrente de la FNTP, **le versement d'une prime est indispensable** « *au vu de l'investissement que peuvent représenter plusieurs tours d'échanges (en dialogue compétitif principalement) jusqu'à identification de la solution* ».

2. Respecter la confidentialité des offres

Ce principe est repris dans le code de la commande publique ⁵:

« **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** ».

La FNTP s'est élevée de nombreuses fois contre des mauvaises pratiques qui concernent l'ensemble des marchés publics.

Les acheteurs seront particulièrement vigilants :

- En cas de sourcing ou de présentation de variantes,
- Lors de contacts directs avec tous les candidats, notamment en cas de communication aux candidats évincés des motifs du rejet,
- Lors des phases de négociation.

Interdiction formelle donc de porter atteinte à la propriété intellectuelle (*secret des affaires*) :

- Par la divulgation ou réutilisation non autorisée,
- Auprès d'autres candidats ou de tiers,
- De certaines informations figurant dans les offres (prix, idées, procédés, pratiques commerciales, stratégie de l'entreprise...).

Conseil : demander aux entreprises de signaler les éléments qu'elles estiment de nature confidentielle, plutôt que de faire porter cette analyse sur l'acheteur.

3. Détecter les offres anormalement basses (OAB)

Une offre anormalement basse est « *une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* »⁶.

Il existe différents **indices** pour la détecter notamment :

- La sous-évaluation financière des prestations par rapport à l'estimation initiale,
- Une formule mathématique afin de déterminer un seuil d'anomalie,
- La comparaison avec les autres offres,
- Un comparatif avec les obligations imposées aux candidats en matière sociale et environnementale.

⁵ Article L. 2132-1 du CCP

⁶ Article L. 2152-5 du CCP

mais il s'agit la plupart du temps d'une analyse au cas par cas.

Attention – L'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein d'une offre pour seulement une prestation (au sein du marché) n'implique pas automatiquement le rejet de l'offre comme anormalement basse. **Le prix anormalement bas s'apprécie au regard du prix global.**

Bonne pratique : matérialiser l'échange avec le candidat concerné par une série de questions permettant de tester la cohérence de l'offre. Une simple demande de confirmation des prix n'est pas suffisante.

Mauvaise pratique des acheteurs - Elle 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 dans un tel cas est illégal. Il conduit à tolérer des entreprises dont le comportement est anticoncurrentiel.**

GROUPEMENTS ET SOUS-TRAITANCE

Encourager les groupements momentanés d'entreprises

FICHE 6

La distinction entre groupement conjoint, groupement conjoint avec mandataire solidaire et groupement solidaire est rappelée :

- **Groupement conjoint** : chaque co-traitant est engagé uniquement pour les prestations qui lui sont attribuées dans le marché,
- **Groupement conjoint avec mandataire solidaire** : chaque co-traitant est engagé uniquement pour les prestations qui lui sont attribuées dans le marché. Le **mandataire solidaire** devra se substituer à un co-traitant qui serait défaillant, jusqu'à la fin du délai de garantie d'un an,
- **Groupement solidaire** : chaque co-traitant est engagé vis-à-vis du maître de l'ouvrage pour la totalité du marché et doit donc pallier une éventuelles défaillance de ses partenaires pendant l'exécution des travaux et en cas de désordres à l'ouvrage, pendant 10 ans à compter de la réception.

Il est rappelé l'intérêt pour les entreprises de répondre en GME :

- 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.

Recommandations aux acheteurs :

Afin de favoriser les offres en groupement, il est recommandé aux acheteurs de :

- Privilégier des délais de réponse suffisants aux entreprises opérateurs économiques pour constituer leur offre,
- Rappeler dans les documents de la consultation que les candidats ont la possibilité de se présenter en groupement,
- 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 la solidarité aux membres du groupement ou au mandataire du groupement conjoint.

La solidarité peut avoir un effet dissuasif pour les opérateurs économiques ou entraîner un surcoût. Le risque est alors de ne pas élargir la concurrence, notamment en rendant plus difficile la participation des PME.

☞ **Concernant le formalisme du GME**, la DAJ de BERCY renvoie aux conventions types de la profession consultables sur le site de la FNTP. Pour plus de précision sur le fonctionnement des GME, consulter également les [guides pratiques FNTP](#).

Contrôler et accompagner la sous-traitance

FICHE 16

1. Appréciation des capacités des sous-traitants

Le recours à la sous-traitance permet aux entreprises de s'adjoindre les compétences et capacités d'autres entreprises. **Elle contribue ainsi à l'accès des TPE/PME à la commande publique.**

L'acheteur peut exiger que certaines **tâches essentielles** du marché soient effectuées directement par le titulaire⁷. Cette disposition est peu utilisée en pratique. En revanche, il ne peut pas imposer au titulaire d'exécuter lui-même l'intégralité du marché.

Même si l'acheteur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers⁸, un changement de sous-traitant est possible à tout moment.

2. Contrôle des sous-traitants en cours d'exécution

Le titulaire n'est autorisé à sous-traiter l'exécution de certaines prestations du marché qu'à la condition d'avoir obtenu de l'acheteur :

- **L'acceptation des sous-traitants – quels que soient leur rang et le montant de leur contrat – et,**
- **L'agrément de leurs conditions de paiement** (délai, montant, révision de prix, avance, nantissement de créance...).

Le formulaire DC4⁹ est un formulaire qui peut être utilisé pour déclarer les sous-traitants ou **qui doit l'être si l'acheteur l'exige**. Il permet de garantir que l'ensemble des mentions obligatoires ont été renseignées et d'uniformiser les pratiques (ce qui constitue un gain de temps pour les entreprises).

L'acheteur peut demander la communication du contrat de sous-traitance conclu entre le sous-traitant et l'entreprise principale et ce dernier a l'obligation de lui fournir¹⁰.

☞ La DAJ de Bercy précise que les organisations professionnelles ont élaboré des modèles types de contrats et des chartes visant à développer les bonnes pratiques entre les sous-traitants et les entreprises principales (cf. le [site](#) de la FNTP).

Bonnes pratiques préconisées par la DAJ de Bercy afin de mieux piloter la sous-traitance et de lutter contre la sous-traitance non déclarée pour certains projets d'envergure :

- Partager un tableau de suivi régulièrement mis à jour indiquant la nature et le montant des prestations sous-traitées par le titulaire (ex. de la Société du Grand Paris pour le suivi de chantiers multiples et avec de nombreuses entreprises),
- Rappeler aux maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre l'obligation de vigilance sur les chantiers concernant la lutte contre le travail illégal, etc.

⁷ Article L. 2193-3 du CCP

⁸ Article R. 2151-13 du CCP

⁹ Déclaration de sous-traitance

¹⁰ Article L2193-7 du CCP, il s'agit d'une disposition législative à laquelle nulle personne ne peut déroger

Important - En cas de diminution ou en augmentation des prestations sous-traitées, **un nouveau DC4 indiquant les modifications apportées aux prestations sous traitées doit être envoyé à l'acheteur.**

Enfin, le maître d'ouvrage peut toujours contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant¹¹.

3. 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 1er 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 circuit de validation du paiement du sous-traitant sur Chorus Pro est rappelé.

1. Le sous-traitant dépose sa demande de paiement en utilisant le cadre de facturation A9/A10,
2. Il identifie le titulaire dans l'entité « valideur »,
3. Chorus Pro notifie par courriel au titulaire 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 MOA/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 MOA (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.

TRÉSORERIE DES ENTREPRISES

1. Avances et garanties financières

FICHE 11

Les dispositions du Code de la commande publique applicables aux marchés 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 sont rappelées :

Marché ou bon de commande (si accord-cadre sans montant minimum)
> à 50 000 € HT et délai d'exécution > à 2 mois

Montant : entre 5% (au minimum) et 30 % de la valeur des prestations TTC.

Ce montant varie en fonction de la durée d'exécution du marché public. Si la durée est supérieure à 12 mois, le montant de l'avance sera proratisé selon le nombre de mois.

Pour les marchés de l'Etat, depuis décembre 2018, le montant de l'avance est de 20 % si le titulaire ou le sous-traitant à paiement direct est une TPE/PME, suivant définition rappelée en préambule.

¹¹ Conseil d'Etat, 9 juin 2017, n°396358

Les acheteurs publics sont invités à prévoir :

- Les **modalités de versement** de l'avance dans les documents contractuels, lorsqu'elle est obligatoire,
- Dans les cas où l'acheteur n'est pas soumis à l'obligation de verser une avance (ex : offices publics de l'habitat, EPIC de l'Etat, comme la SNCF, la RATP...) ou bien lorsque l'avance est facultative (montant du marché inférieur à 50 000 € HT), une **avance au taux minimal, voire au-delà, en particulier si le commencement d'exécution nécessite des investissements préalables de la part du titulaire,**
- Une **avance proportionnée à l'objet** du marché, ce qui ne correspond pas nécessairement au minimum légal et son versement **dès la date de notification du marché.**

Corrélation entre avance et garanties

Point d'attention pour les acheteurs publics

Les acheteurs doivent s'interroger sur la nécessité de solliciter une garantie à première demande pour garantir le versement d'une avance (et dans quelle proportion), notamment quand la réalisation de la prestation n'apparaît pas particulièrement risquée.

Par ailleurs, une telle demande peut conduire certaines entreprises soit à renoncer à demander une avance, soit renoncer à candidater à un marché.

Pour ne pas peser inutilement sur la trésorerie des entreprises, les acheteurs sont invités à **rembourser la retenue de garantie de 5 %** dès le lendemain de l'expiration du délai de garantie ou le lendemain de la levée des réserves éventuelles sans attendre l'expiration du délai de paiement applicable à chaque acheteur.

2. Respecter les délais de paiement

FICHE 13

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

Le rôle du maître d'œuvre dans le circuit de paiement

Il est rappelé que 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'ouvrage.

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.**

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.

☞ **Pour le rappel des délais de paiement et règles applicables au secteur public, vous pouvez consulter le flyer de la FNTP sur les délais de paiement et intérêts moratoires.**

Des **pistes de réflexion pour favoriser la diminution des délais de paiement** est proposée aux acheteurs publics :

- **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,
- **Anticiper conjointement les révisions de prix** et déterminer qui les réalise (cf. fiche 15 commentée ci-après),
- **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),
- **Prévenir autant que possible les litiges par le recours au règlement amiable des différends** ou à la médiation,
- 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) (art. 106 de la loi PACTE).

3. Clauses de variation de prix

FICHE 15

Le prix ou les conditions de sa détermination doit figurer dans le contrat, sous peine de nullité...

L'article R. 2112-6 du Code de la commande publique rappelle que les prix des prestations d'un marché sont soit **unitaires**, soit **forfaitaires** et qu'un même marché peut comporter les deux formes de prix.

Le marché est passé à un prix **ferme** ou **révisable**, pour toute la durée du marché en fonction par exemple de la nature des prestations achetées, la durée du marché (article R. 2112-8 du CCP).

Un prix ferme est un prix invariable pendant toute la durée du marché. Le prix fixé dans la proposition ou l'offre remise par le candidat sera celui payé au titulaire (sauf pénalités, intérêts moratoires...).

Pour répondre à la consultation, puis établir leur prix, les entreprises de Travaux Publics tiennent compte de la forme de variation du prix retenu, de la formule de variation fixée par le maître d'ouvrage dans les clauses de variation de prix de son marché ainsi que de la périodicité de sa mise en œuvre.

Ces clauses permettent de tenir compte des variations économiques constatées pendant l'exécution du marché et de garantir l'équilibre économique initial du contrat voulu par les parties.

Il n'est pas possible, en cours d'exécution du marché, de modifier les conditions initiales de la mise en concurrence, en changeant la forme du prix ou les clauses de variations des prix ou en introduisant une formule de variation de prix.

Avant d'être réutilisées dans un nouveau marché, les clauses de variation de prix d'anciens contrats doivent être **systématiquement réexaminées** afin de vérifier leur régularité et leur compatibilité avec les clauses du nouveau marché (durée du marché et forme du prix...) avec les documents de la mise en concurrence et, surtout, leur bonne adéquation à l'objet même du contrat, et l'existence des index TP correspondants.

On distingue **deux types de clauses de variations des prix différentes** :

a) L'actualisation est un mode de variation du prix. Elle permet de faire évoluer le prix initial fixé dans l'offre, pour tenir compte des variations économiques survenues entre la date de fixation de ce prix et la date de commencement d'exécution des prestations.

Il s'agit de réinitialiser le prix qui avait été fixé dans le marché, lorsqu'un délai de plus de trois mois s'est écoulé entre la date à laquelle le candidat retenu avait fixé son prix dans l'offre et la date du début d'exécution des prestations. L'actualisation transforme le prix ferme initial en un nouveau prix ferme. La totalité des prix du marché sera actualisée **une seule fois** à l'aide d'une formule unique. Les prix sont ainsi actualisés dès le début des travaux et les situations mensuelles présentées avec ces prix actualisés.

b) La révision de prix doit être prévue pour les marchés de travaux d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, un recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux. (article 2112-14 CCP).

La révision s'applique entre la date d'établissement des prix et les dates successives de règlement des situations selon les modalités fixées dans le marché. Dans le cas général, les situations sont faites mensuellement.

Les maîtres d'ouvrage choisissent les index TP en fonction de la nature des travaux à réaliser puis les intègrent dans les clauses de variation de prix de leurs marchés.

Comme le rappelle notamment [le guide pratique sur le prix dans les marchés publics](#) :

L'index général TP 01 est la moyenne pondérée des index TP, selon le poids de chaque spécialité. Il n'est donc pas à utiliser pour des révisions de contrat lorsqu'un index TP est plus approprié. Son recours en révision de prix devrait désormais être exceptionnel.

DÉTERMINER ET CONTROLER LE NIVEAU D'ASSURANCE

FICHE 12

Les recommandations adressées aux acheteurs publics sont les suivantes :

- 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,
- Dans le cadre d'opérations d'envergure, ils sont invités à se renseigner auprès d'assureurs, 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.

L'article R. 2142-12 du Code de la commande publique permet à l'acheteur d'exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels dans le cadre de l'examen des capacités économiques et financières des candidats.

La responsabilité civile a pour objet 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* ».

S'agissant d'une assurance non obligatoire sans minimum légal, il est conseillé aux acheteurs de ne pas prévoir de montant minimum de garantie dans l'appel d'offres, mais d'imposer aux entreprises de pouvoir justifier d'une couverture suffisante, notamment au regard de leur taille. Le caractère suffisant de la garantie 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.

La responsabilité décennale.

La distinction entre les ouvrages soumis à l'obligation légale d'assurance (« ouvrages de bâtiment) et les ouvrages non soumis (ouvrages de génie civil) est rappelée.

▪ **Pour les ouvrages dits de « génie civil » :**

Les acheteurs doivent tenir compte des garanties réelles proposées par le marché de l'assurance.

Les assureurs font souvent des propositions de nature différente pour les ouvrages de génie civil, voire limitées quant 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),
- A l'engagement dans le temps (capitaux épuisables pendant la période légale de garantie).

▪ **Pour les ouvrages soumis à l'obligation d'assurance :**

Tout candidat à l'obtention d'un marché public doit être en mesure de justifier qu'il a souscrit un contrat d'assurance le couvrant pour cette responsabilité. Une attestation d'assurance couvrant la responsabilité décennale ne peut être exigée que du soumissionnaire dont l'offre a été retenue, et non de l'ensemble des candidats.

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.

Recommandation :

Les documents de la consultation doivent 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.

ASSURER UN SUIVI CONJOINT D'EXÉCUTION

FICHE 14

La DAJ de Bercy incite les acheteurs publics à :

- **Instaurer un dialogue avec le cocontractant tout au long de l'exécution du contrat**, surtout quand l'entreprise est de taille modeste, afin d'éviter une partie des risques de mauvaise exécution, de retard ou d'interruption des prestations,
- **Mettre en place un pilotage partenarial dès le démarrage du marché** (ex : réunion de lancement) afin de permettre un échange 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.

Elle les invite également à vérifier l'adéquation entre les clauses contractuelles prévues en amont et la réalité de l'exécution afin d'améliorer l'efficacité économique des contrats publics.

1. Le recours aux pénalités

De nombreuses recommandations sont adressées aux acheteurs publics suite aux demandes réitérées des fédérations professionnelles.

Lorsque l'acheteur public prépare la passation de son marché, il doit apporter une attention particulière aux clauses de pénalités.

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.

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.

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.

Il est rappelé que 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.

2. Les clauses incitatives ou clauses de performances

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.

3. Les clauses de réexamen

Les **clauses de réexamen** doivent également 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 pas énuméré limitativement par l'article R. 2194-1 du CCP, 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 évènement 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'évènements 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.