

INSTRUCTION

N° 00-023-M2-M31 du 9 mars 2000

NOR : BUD R 00 00023 J

Texte publié au BOCP

ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DE SANTÉ - ÉTABLISSEMENTS PUBLICS SOCIAUX
ET MÉDICO-SOCIAUX - OFFICES PUBLICS DE LOGEMENT SOCIAL

ANALYSE

Diffusion de la circulaire du 24 janvier 2000 relative aux marchés fractionnés

Date d'application : 09/03/2000

MOTS-CLÉS

COLLECTIVITÉS ET ÉTABLISSEMENTS PUBLICS LOCAUX ; ÉTABLISSEMENT PUBLIC DE SANTÉ ;
SERVICES MÉDICO-SOCIAUX ; OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS À LOYER MODÉRÉ ; MARCHÉ PUBLIC ;
MARCHÉ FRACTIONNÉ

DOCUMENTS À ANNOTER

Néant

DOCUMENTS À ABROGER

Néant

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

RGP	TPG	TGAP	RF	T	DOM	TOM						

DIFFUSION

GT 16

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA COMPTABILITÉ PUBLIQUE

6^{ème} Sous-direction - Bureau 6B

La présente instruction a pour objet de porter à la connaissance des comptables publics des établissements publics de santé, des établissements publics sociaux et médico-sociaux et des organismes publics de logement social la circulaire du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie du 24 janvier 2000 relative aux marchés fractionnés. En effet, ce texte commente les dispositions des articles 76, 76 bis et 273 du code des marchés publics, modifié par le décret n°99-331 du 29 avril 1999 relatif aux marchés fractionnés, et apporte des précisions sur les modalités de mise en œuvre de ces marchés.

LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DE LA COMPTABILITÉ PUBLIQUE

Pour le Directeur Général de la Comptabilité Publique
LE SOUS-DIRECTEUR CHARGÉ DE LA 6^{ÈME} SOUS-DIRECTION

OLLIVIER GLOUX

ANNEXE : Circulaire du 24 janvier 2000 relative aux marchés fractionnés

**Le Ministre de l'Economie
des Finances et de l'Industrie**

République Française

PARIS, LE 24 JANVIER 2000

**Le Ministre de l'Economie,
des Finances et de l'Industrie**

**Le Ministre de l'Education Nationale
de la Recherche et de la technologie
à
Mesdames et Messieurs les Ministres
et Secrétaires d'Etat**

NOR : ECOM9900874C

RÉSUMÉ : Le décret n° 99-331 du 29 avril 1999 relatif aux marchés fractionnés a modifié les articles 76 et 273 et créé un nouvel article 76 bis du Code des marchés publics.

La présente circulaire, qui annule et remplace la circulaire du 5 août 1993 a pour objet de préciser les conditions de mise en œuvre de ces dispositions.

Le mécanisme des marchés fractionnés constitue une souplesse d'organisation et permet à une personne publique de pallier des difficultés de programmation. En effet, soit les besoins sont parfaitement programmables et le marché doit alors être conclu selon des modalités normales, soit ils ne peuvent l'être et le marché peut être légalement conclu dans le cadre des articles 76, 76 bis et 273 du Code des marchés publics.

Toutefois, cette dérogation qui a trait à la forme du marché, ne peut être étendue à d'autres caractéristiques telles les modalités de mise en concurrence, la détermination de l'objet du contrat, l'attribution du marché à un seul contractant, la limitation de la durée du contrat, la forme du prix.

L'ensemble de ces éléments doivent être fixés conformément aux principes généraux applicables à la commande publique, aux principes issus du Code civil pour ses parties ayant trait aux caractéristiques des contrats, aux règles du Code des marchés publics y compris celles issues des directives communautaires applicables aux marchés publics.

Il sera donc rappelé les conditions générales de régularité de tout contrat, puis celles relatives au recours aux marchés fractionnés et enfin les règles particulières applicables à cette catégorie de marchés.

I - CONDITIONS DE RÉGULARITÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Un marché public, quelle que soit sa forme, est un engagement bilatéral conclu entre un fournisseur qui s'engage sur la qualité, la quantité et le prix d'une prestation et une personne publique qui s'engage à payer le prix demandé.

Pour être valable tout marché doit revêtir trois caractéristiques qui sont des éléments substantiels en l'absence desquels l'engagement sera réputé inexistant.

ANNEXE (suite)

Ces éléments sont :

- l'identification des parties contractantes,
- l'objet du marché,
- le prix du marché ou ses modalités de détermination.

1.1 L'identification des parties

Il ne peut exister de marché sans contractant parfaitement identifié. Chaque cocontractant doit avoir la personnalité juridique.

1.2 L'objet du marché

Avant le lancement de la procédure de recherche des fournisseurs, l'acheteur public procède à la définition et à l'évaluation aussi complète que possible de ses besoins. Ceux-ci sont exprimés en fonction de leur nature, de leur quantité, de leur qualité. Ces éléments vont permettre de fixer l'objet du marché.

L'objet doit être clairement décrit et être certain pour que le fournisseur puisse s'engager.

Toutefois, lorsque, la personne publique ne peut déterminer totalement de manière définitive le volume ou le rythme de ses besoins ou ne peut s'engager fermement sur la totalité de la prestation envisagée, elle peut se placer dans le cadre des dispositions des articles 76 et 273 du Code des marchés publics et conclure soit un marché à bons de commande, soit un marché à tranches conditionnelles. La souplesse donnée par les articles 76 et 273 du Code des marchés publics est limitée à l'hypothèse où le volume et le rythme de la commande font l'objet d'une incertitude. Mais, celle-ci ne peut affecter la définition même des besoins. C'est ce qu'indique le premier alinéa des articles 76 et 273 issu du décret précité.

1.3 Le prix

Le marché doit fixer le prix ou les modalités de sa détermination. Lorsque l'exécution du marché est échelonnée, le prix de chaque prestation exécutée ne peut être déterminé que par application directe des clauses contractuelles.

1.4 Code des marchés et annualité budgétaire

Le décret du 29 avril 1999 a modifié l'article 76 du Code des marchés publics sans reprendre la disposition qui limitait la durée d'émission des bons de commande à la durée d'utilisation des crédits budgétaires.

Cette suppression a pour seul objet de traduire le fait que, bien qu'étroitement liées pour la mise en œuvre des marchés publics ces deux réglementations ont chacune leur autonomie. Elle ne saurait être interprétée comme une remise en cause du principe de l'annualité budgétaire. En effet, l'acheteur public demeure tenu, préalablement à son engagement juridique, de vérifier la disponibilité des crédits nécessaires à l'engagement comptable du marché.

II - CARACTÉRISTIQUES COMMUNES AUX DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE MARCHÉS FRACTIONNÉS

2.1 Définition des marchés fractionnés

Lorsque la nature des besoins à satisfaire est connue et peut faire l'objet d'un cahier des charges mais que les quantités susceptibles d'être commandées restent incertaines, il peut être conclu des marchés fractionnés. La détermination des besoins doit néanmoins être réalisée dans les conditions prévues au Code des marchés par les articles 75 et 272.

Les articles 76 et 273 du Code des marchés publics prévoient deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande et les marchés à tranches conditionnelles.

Les marchés sont à bons de commande lorsque l'incertitude porte sur l'évaluation quantitative et le rythme du besoin global à satisfaire. Cette catégorie de marchés est réservée à des achats échelonnés, en particulier de biens consommables.

ANNEXE (suite)

Les marchés sont à tranches conditionnelles lorsque l'ensemble des éléments quantitatifs est connu mais qu'il existe une incertitude sur la possibilité de réaliser l'intégralité du programme présenté. Chaque tranche représente un ensemble cohérent. En pratique, et compte tenu de la nécessité d'engager une dépense efficace, il convient que chaque tranche soit déterminée. Cette condition n'implique pas que les tranches comportent des prestations identiques ; il est cependant nécessaire que l'ensemble des prestations de chaque tranche soit prévu dès le lancement de la consultation. Cette catégorie de marchés est plus particulièrement adaptée aux opérations d'infrastructure, d'immobilier et aux marchés industriels.

Le Code des marchés publics prévoit également que les marchés d'études peuvent être fractionnés. Il s'agit alors de marchés à tranches conditionnelles appelés marchés à phases. Ils sont mis en œuvre lorsqu'il est nécessaire de valider au fur et à mesure de son déroulement la progression de l'étude.

2.2 Utilisation conjointe

Si la combinaison dans un marché des deux formes de fractionnement n'est pas interdite, la rédaction du contrat s'avère complexe du fait de la multiplication des incertitudes, et les conditions d'exécution pourraient s'en trouver affectées.

En tout état de cause, à défaut de dispositions expresses en ce sens, la combinaison de ces deux formes de marchés ne saurait exonérer l'acheteur public des obligations spécifiques à chacune d'elles, il lui appartient en conséquence de veiller au respect de l'ensemble des contraintes imposées par le code pour la passation de chacune de ces formes de marché.

Si l'incertitude porte tant sur les quantités que sur la faisabilité même de l'opération envisagée, il convient de s'interroger sur l'opportunité de lancer une consultation auprès des fournisseurs.

S'agissant de marchés d'études, la personne publique peut souhaiter ne pas s'engager sur la totalité de l'étude envisagée afin de pouvoir décider, au terme de phases bien précises, de l'opportunité ou de l'intérêt de la prolongation de l'étude. Dans ce cas, il ne convient pas qu'elle conclue un marché à bons de commande, inadapté aux besoins, mais qu'elle privilégie soit le marché à tranches conditionnelles, soit plus classiquement le marché découpé en phases tel que prévu par le Code des marchés publics - article 109 - Cette dernière configuration lui permet de conditionner la commande d'une étape au rendu des résultats ou des tests résultant d'une étape antérieure. Les différentes phases de l'étude, prédéterminées dans le marché, ne seront enclenchées qu'après acceptation des résultats de la phase précédente par la personne publique. Le marché pourra être définitivement arrêté après chaque phase.

S'agissant d'incertitudes touchant le projet lui-même (cas des marchés industriels ou de travaux), la pratique s'est développée de l'introduction dans le marché d'une part provisionnelle en cas d'ajustements techniques ou de modifications du projet. Cette disposition n'a aucune valeur juridique dans la mesure où il n'existe aucun engagement ni du fournisseur -qui ne connaît pas la teneur de ce qui pourrait lui être demandé - ni de la personne publique. Elle n'exempte donc pas le service, si des modifications s'avèrent nécessaires en cours d'exécution, de conclure un avenant dès lors que l'objet du marché et son économie initiale ne sont pas bouleversés.

2.3 Mise en concurrence et publicité

Les marchés fractionnés sont soumis aux règles communes. Toutefois, l'appréciation des seuils de publicité et de procédure obéit aux règles suivantes :

- pour les marchés à bons de commande, le montant à prendre en compte est l'estimation des besoins correspondant à la durée totale du marché envisagé y compris les périodes de reconduction éventuellement comprises dans la limite du délai maximal prévu par le 4 des articles 76 et 273. Si le marché comporte un minimum et un maximum, la détermination des obligations de publicité et de mise en concurrence se fait sur la base du maximum qui s'entend là encore périodes de reconduction comprises (sur la notion de reconduction voir point 3.2) ;
- pour les marchés à tranches, le montant à prendre en compte correspond au montant global constitué par la tranche ferme et la ou les tranche(s) conditionnelle(s) ;
- pour les marchés à phases, le montant à prendre en compte est le coût maximum de l'ensemble des phases permettant un rendu final de l'étude.

ANNEXE (suite)

III - MARCHÉS À BONS DE COMMANDE : SPÉCIFICITÉS

3.1 Éléments constitutifs du marché

Le marché, qui est constitué :

- d'une part de l'acte d'engagement et des pièces contractuelles initialement notifiées
- d'autre part des bons de commande émis pendant la durée de validité du marché comporte nécessairement les éléments visés à l'article 45 ou 255 du Code des marchés publics.

Les bons de commande ne peuvent modifier les conditions initialement fixées au marché. Ils peuvent néanmoins compléter ce dernier notamment sur les conditions d'exécution de la commande (lieux, délais et bien sûr quantités et montant du bon de commande résultant de l'application des clauses contractuelles). C'est ce qu'indique le second alinéa du 1 des articles 76 et 273 : "chaque bon de commande précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée. Il en détermine la quantité".

3.2 Durée du marché

La durée du marché doit être définie (articles 45 et 255 du CMP) et limitée.

La durée maximum des marchés à bons de commande est de trois ans, reconduction comprise, sauf si le marché est passé en application du 1° ou 2° du II de l'article 104 du Code des marchés publics : dans ce cas, la durée maximum peut être portée à cinq ans.

Dans l'hypothèse où le service acheteur a entendu recourir aux dispositions dérogatoires du 2 et 3 des articles 76 et 273, la durée du marché est alors limitée à deux ans. Il ne serait, en effet, pas cohérent en présence d'un besoin difficile à évaluer ou nécessitant des prestations évolutives, que l'administration se lie très longuement avec un même fournisseur.

Les nouvelles dispositions relatives aux marchés à bons de commande prévoient, selon les différentes hypothèses (marché avec minimum et maximum, marché sans minimum ni maximum ou marché sans minimum ni maximum mais avec remise en compétition) des durées maximales impératives. Elles permettent en conséquence à l'acheteur public d'opter soit pour un marché à durée définitivement arrêtée lors de sa conclusion, soit pour un marché comprenant une période ferme susceptible d'être reconduite dans la limite des durées maximales prévues par le nouvel article 76. À titre d'illustrations sans caractère limitatif ou impératif peuvent ainsi être cités : soit un marché de trois ans, ou un marché d'un an reconductible deux fois pour les marchés comportant un minimum et un maximum ; soit un marché de deux ans ou un marché d'un an reconductible une fois pour les marchés sans minimum ni maximum ; soit un marché de cinq ans ou un marché d'un an reconductible dans la limite maximale de cinq ans pour les marchés passés en application des dispositions de l'article 104.II. 1° et 2°.

Les bons de commande signés par la personne responsable du marché ou le représentant expressément désigné par elle peuvent être émis jusqu'à l'expiration de la durée de validité du marché.

Toutefois, un bon de commande émis lors des derniers jours de validité du marché ne peut avoir pour objet de prolonger abusivement celui-ci. C'est pourquoi le 4 de l'article 76 comme de l'article 273 dispose que le marché doit préciser la durée d'exécution des bons de commande.

3.3 Les deux grandes catégories de marchés à bons de commande

3.3.1 Marchés comportant un minimum et un maximum en valeur ou en quantité

Un marché constitue un engagement réciproque équilibré. L'acheteur public est non seulement tenu, sous peine d'indemnisation de son cocontractant, de lui passer commande à hauteur du minimum prévu au contrat, mais il est également tenu, en cas de survenance du besoin et pour des prestations identiques, de s'adresser exclusivement à lui jusqu'à hauteur du maximum prévu au contrat. En revanche, le cocontractant ne dispose d'aucun droit à l'obtention de commandes excédant le minimum prévu au marché et pouvant aller jusqu'au maximum prévisionnel contractuel dans l'hypothèse où, jusqu'à la date limite d'expiration du marché, il y aurait absence de survenance du besoin.

ANNEXE (suite)

Afin que le marché soit équilibré et équitable, il convient que la fourchette entre le minimum et le maximum soit réaliste et corresponde à des estimations raisonnables. Des écarts trop importants ne reflétant aucune réalité des besoins mais n'ayant d'autre but que de minorer l'engagement initial de la personne publique et de maximiser l'engagement du fournisseur doivent être bannis. C'est la raison pour laquelle un écart maximum est fixé entre le minimum et le maximum du marché. Le 1 de l'article 76 et de l'article 273 fixe ce maximum à quatre fois le minimum.

Il s'agit de données en valeur ou en quantités qui doivent être appréciées, dans le silence du marché, sur la période ferme du marché ne comprenant pas les reconductions.

3.3.2 Marchés sans montant ou sans quantité

Un marché ne comportant aucune indication de volume (en valeur ou en quantité) et qui ne permet pas de connaître l'ampleur de la commande n'a pas d'objet certain au sens du Code civil (article 1108). La détermination de l'obligation doit être, en effet, suffisamment précise pour les deux parties dès l'accord des volontés. Par souci de pragmatisme, il est acceptable que l'exigence de précisions soit moindre s'agissant non de la nature des prestations qui doit être parfaitement identifiée dès la mise en concurrence, mais de leur volume si une personne publique est objectivement confrontée à une programmation difficile d'un événement dont la survenance n'est pas assurée (ex : événements météorologiques) mais qui impose, s'il survient, de disposer très rapidement de prestations indispensables.

En revanche, si l'acheteur sait le besoin certain, sans pouvoir en délimiter précisément le volume, il doit donner dans le règlement de la consultation, l'indication des quantités minimales ou maximales en s'appuyant notamment sur les consommations antérieures.

Le service qui entend recourir aux marchés à bons de commande sans minimum ni maximum devra, conformément aux exigences des points 2 et 3 des articles 76 et 273 et de l'article 76 bis, motiver ce choix dans le rapport de présentation du marché.

De plus, le marché sans minimum ni maximum sera un marché exclusif pour toute sa durée avec le prestataire sélectionné. Il doit être en effet mis fin à une pratique consistant à conclure parallèlement et pour des prestations identiques, plusieurs marchés sans minimum ni maximum avec différents cocontractants ou à une autre manière de procéder observée en pratique consistant à conclure, pour des prestations identiques, en dehors du marché des achats sur factures avec un autre fournisseur n'ayant fait l'objet d'aucune procédure de mise en concurrence. Ce principe qui est posé au dernier alinéa du point 2 des articles 76 et 273 modifiés dans les termes suivants : "Dans ce cas, il ne peut être passé de marchés portant sur des prestations identiques" ne fait que reformuler le principe général d'interdiction des multiattributions en matière de passation des marchés publics. Il ne saurait en aucun cas être interprété a contrario comme posant un principe général de régularité de la multiattribution ou autorisant le recours à des pratiques de multiattribution. Il doit être lu au regard du deuxième cas de marchés sans minimum ni maximum qui prévoit la possibilité d'attribuer le marché portant sur des prestations identiques à plusieurs titulaires, lesquels devront cependant être tous remis en compétition préalablement à l'attribution des bons de commande.

Toutefois, conformément aux dispositions générales du Code des marchés publics, il reste bien entendu possible d'effectuer, parallèlement à ces marchés, d'autres acquisitions lorsque celles-ci concernent des produits, des travaux ou des services qui, même s'ils sont similaires à ceux prévus par le marché n'apparaissent pas comme entrant dans la définition de l'objet de ces marchés.

L'attention des acheteurs publics est cependant attirée sur le fait que si cette dérogation permet d'éviter la fixation dans le document contractuel d'un minimum et d'un maximum, l'évaluation du montant maximum probable du marché devra être effectuée afin de déterminer la procédure de consultation à mettre en œuvre, d'apprécier s'il est ou non nécessaire de procéder à une publicité à l'échelon communautaire et, le cas échéant, de saisir la commission spécialisée des marchés compétente. Ces indications doivent être données dans le rapport de présentation du marché. Cette remarque vaut également pour la seconde dérogation prévue au point 3 des articles 76 et 273.

ANNEXE (suite)

3.4 Cas particulier des achats de prestations soumises à de brusques variations de prix, à une obsolescence technologique rapide ou à une urgence impérieuse d'exécution

3.4.1 Organisation de la mise en concurrence

Le 3 des articles 76 et 273 prévoit un dispositif spécifique à certaines situations énumérées par le texte. S'agissant d'un dispositif dérogatoire au droit commun des contrats, il devra être mis en œuvre uniquement dans le cas où l'administration se trouverait précisément dans les cas qu'il énumère. Il appartiendra à la personne responsable du marché qui entend recourir à ce dispositif de motiver ce recours dans le rapport de présentation du marché.

Le recours à la désignation de plusieurs titulaires et à la remise en compétition n'est permis que dans le cadre d'un appel d'offres restreint ou ouvert, national ou communautaire.

Les candidats doivent être clairement informés dès l'avis d'appel à la concurrence de la forme particulière de la consultation et du nombre de titulaires retenus à l'issue de la remise des offres, lesquels seront seuls remis en compétition. Bien évidemment, la personne publique n'attribuera les marchés au nombre prévu de titulaires que pour autant qu'elle dispose des moyens de le faire au vu des offres remises. À l'inverse, au cas où des offres équivalentes et acceptables lui seraient remises en plus grand nombre que le chiffre maximum annoncé, elle devra impérativement procéder à une sélection afin de respecter la règle qu'elle s'est fixée. Dans un souci de transparence et d'égalité de traitement des candidats, il conviendra que les modalités de cette sélection soient décrites dans le règlement de la consultation.

Lors de la survenance des besoins, tous les titulaires retenus doivent systématiquement être remis en compétition par la personne responsable du marché ou son représentant expressément désigné. À la demande des autorités de contrôle, les services devront dès lors être en mesure de produire :

- la lettre ou télécopie de remise en compétition permettant de vérifier que les entreprises ont été consultées au même moment, sur les mêmes bases et se sont vu accorder un délai identique pour remettre soit leur prix, soit leur délai, soit les deux, cf. point 3.4.2. Il pourra également être recouru au courrier électronique, sous réserve que celui-ci s'organise dans des conditions permettant la préservation de la confidentialité des messages ;
- l'enregistrement des réponses et leur contenu.

La désignation de l'attributaire du bon de commande par la personne responsable du marché ou son représentant expressément désigné, ne peut intervenir qu'au regard du critère du prix et, le cas échéant de délai. Au moment de la remise en compétition, les titulaires du marché pourront ainsi proposer soit une diminution du prix initialement proposé, soit des remises sur ce prix. Le choix est automatique ; il ne peut laisser place à une appréciation qualitative, celle-ci ayant été formulée lors de la décision initiale de retenir les titulaires. Dans les collectivités territoriales ce principe vaut également pour le choix, par les autorités compétentes ou les commissions d'appel d'offres de l'attributaire des bons de commande.

Cette procédure ne fait pas obstacle notamment à ce que les conditions matérielles d'exécution des bons de commande (date de livraison, lieu, quantité...) fassent l'objet, selon le cas, de l'établissement d'ordres de services ou d'ordres de livraison.

3.4.2 Les cas de recours à la procédure de remise en compétition des titulaires

3.4.2.1 Produits dont les prix sont sujets à une forte volatilité

Il s'agit pour l'essentiel des produits faisant l'objet d'une cotation sur un marché organisé : pétrole et dérivés, papier, matières premières.

3.4.2.2 Produits à obsolescence rapide

Il s'agit essentiellement des matériels informatiques et bureautiques enregistrant des progrès technologiques permanents permettant une baisse des prix.

Cette hypothèse doit simplement permettre à la personne publique confrontée à une évolution de la gamme des matériels objet du marché de bénéficier au meilleur prix des améliorations apportées par les fabricants dans la limite des spécifications du marché.

ANNEXE (suite)

En revanche, quand un marché à bons de commande fait référence à une liste de produits déterminés, la fabrication ou l'achat de nouveaux produits non prévus au marché ne peut faire l'objet que d'un nouveau marché.

De même, lorsque la personne publique entend bénéficier d'avancées techniques qui n'existaient pas au moment de la consultation initiale et qui modifient de manière substantielle les prestations, c'est-à-dire qui changent les caractéristiques même du service rendu ou changent le besoin initialement exprimé (par exemple, changement de la nature des prestations), elle doit relancer une consultation pour conclure un nouveau marché.

3.4.2.3 Besoins dont la survenance est liée à des situations d'urgence impérieuse ne résultant pas du fait de la personne publique contractante et incompatibles avec les délais d'organisation d'un appel d'offres

Il s'agit d'une situation où les services ne savent pas exactement si le besoin surviendra. En revanche, le déclenchement du besoin nécessitant une réponse rapide en raison d'une situation d'urgence impérieuse, les délais d'organisation d'une consultation sont incompatibles avec cette exigence qui s'impose à la personne publique.

Ici, trois conditions doivent donc être simultanément réunies :

- l'incertitude sur la survenance effective d'un besoin mais donnant lieu à la mise en œuvre de prestations susceptibles d'être parfaitement définies ;
- la nécessité d'une réponse immédiate lorsque le besoin survient : un délai de quelques heures maximum laissé au service acheteur peut fournir une bonne indication du caractère impérieux de la réponse, laquelle doit absolument être incompatible avec l'organisation de l'une des procédures d'urgence prévues par le code ;
- le fait que la situation ne résulte pas de la carence, de l'abstention ou de l'oubli des services relevant de la personne publique.

Ainsi sont susceptibles de rentrer dans cette catégorie les interventions humanitaires ou de secours d'urgence et d'une manière plus générale la mise en sécurité de personnes nécessitant la disponibilité quasi-immédiate de produits ou d'un prestataire.

Dans ce cas, le critère d'attribution du bon de commande après remise en compétition des titulaires sera le prix mais également la disponibilité, le délai d'intervention ou de livraison.

En revanche, la volonté de se prémunir contre l'éventuelle défaillance d'un titulaire ne peut pas justifier le recours au processus de remise en compétition des entreprises. En effet, outre le fait que la défaillance n'est pas un motif prévu au 3 de l'article 76 ou 273, elle fait l'objet d'un dispositif spécifique prévu à l'article 104-I-3° du Code des marchés.

Un service qui recourrait à la remise en compétition de fournisseurs dans le seul but de se prémunir d'une carence éventuelle et au demeurant incertaine du titulaire principal commettrait un détournement de procédure.

3.5 Marchés à bons de commande et coordination ou centralisation des commandes publiques (article 34-1 du Code des marchés)

En application des dispositions de l'article 34-1 du Code des marchés publics, chaque personne morale de droit public peut coordonner ses achats sans faire appel à un organisme ou à un coordonnateur extérieur. Dans ce cas, le service centralisateur peut soit passer un marché dans le cadre duquel les autres services émettront des bons de commande, soit conclure avec le titulaire une convention de prix associée à un marché type. Ces schémas correspondent notamment aux administrations dotées de services déconcentrés, de même qu'aux établissements publics dont les services bénéficient d'une certaine autonomie administrative et comptable.

Lorsque l'acheteur public souhaite recourir à ces dispositions dans le cadre d'un marché à bons de commande, il importe de souligner qu'il est tenu au respect des conditions s'imposant à chaque forme de marché qu'il envisage de combiner. Sauf à constituer un cas de détournement de procédure, le recours à des formes combinées de marchés ne saurait en effet avoir pour effet de dispenser du respect des conditions imposées par les textes pour le recours à l'une de ces formes de marchés. Quatre hypothèses peuvent notamment être envisagées.

ANNEXE (suite)

La première hypothèse concerne la combinaison de la procédure ordinaire des marchés à bons de commandes (comprenant un montant minimum et un montant maximum) avec un marché cadre. Dans ce cas, l'acheteur public devra, pour apprécier les besoins du marché cadre, procéder au recensement des besoins de l'ensemble des services déconcentrés concernés par le marché cadre afin de pouvoir fixer le montant minimum et le montant maximum de ses engagements. Le minimum et le maximum figurant au marché seront en conséquence constitués de la somme des besoins minimum et maximum des services.

La seconde hypothèse concerne la combinaison de la procédure ordinaire des marchés à bons de commande (comprenant un montant minimum et un montant maximum) avec une convention de prix associée à un marché type repris par chacun des services. Dans ce cas, les besoins du marché seront estimés sur la base de la somme des montants minimum et maximum annoncés par chacun des services déconcentrés pouvant passer les marchés types. Le principe du recours à une telle convention a en effet pour objet de tirer bénéfice, pour l'ensemble des services, des avantages financiers résultant de l'importance des besoins évalués à l'échelle de la personne morale conçue comme englobant les services déconcentrés. Deux conséquences peuvent en être tirées, d'une part la convention de prix ne pourra consister en un tableau de prix dégressifs en fonction de l'importance de la commande passée et d'autre part les services déconcentrés seront tenus à l'égard du service centralisateur par l'évaluation de leurs besoins.

La troisième hypothèse concerne le souhait de combiner la seconde procédure dérogatoire des marchés à bons de commandes (sans montant minimum ni montant maximum avec remise en compétition) avec une convention de prix associée à un marché type. Dans la mesure où dans ce cas la remise en compétition préalable à l'émission des bons de commande doit porter sur le seul prix éventuellement associé au délai de livraison, il convient de souligner l'incohérence d'une telle procédure avec l'existence préalable d'un bordereau de prix valant engagement du ou des titulaires du marché. Chaque acheteur public déconcentré devra en effet remettre en compétition les titulaires retenus pour les bordereaux de prix. Une telle hypothèse ne peut en conséquence être admise.

La dernière hypothèse concerne la combinaison des marchés à bons de commande sans minimum ni maximum avec une convention de prix associée à un marché type. Dans ce cas, il est possible de s'interroger sur l'efficacité d'un tel montage, l'effet quantité de l'achat groupé ne pouvant, à défaut d'avoir été indiqué, être générateur d'un meilleur coût des prestations ou des biens pour l'acheteur public.

3.6 Cas particulier des achats liés à une activité de recherche scientifique ou technologique prévus à l'article 76 bis

L'activité de recherche scientifique ou technologique revêt un caractère spécifique. En effet, le déroulement d'une mission de recherche nécessite le recours à des matériels scientifiques répondant à des spécifications particulières ou à des produits scientifiques pour lesquels une même dénomination générique recouvre des réalités très différentes. C'est pourquoi, dérogeant aux principes généraux relatifs à la conclusion et à l'exécution des marchés à bons de commande, l'article 76 bis introduit dans le livre II du Code des marchés publics par le décret du 29 avril 1999 susmentionné fixe les conditions dans lesquelles peuvent être conclus et exécutés de tels marchés afin de répondre aux besoins de l'activité de recherche scientifique ou technologique.

3.6.1 Champ d'application de l'article 76 bis

Les dispositions de l'article 76 bis s'appliquent tant aux services de l'État exerçant une mission de recherche scientifique ou technologique qu'aux établissements publics exerçant une telle mission placés sous la tutelle des différents départements ministériels, et notamment à ceux placés sous la tutelle des ministres chargés de l'enseignement supérieur, de la recherche et de la technologie.

3.6.2 Dispositions non dérogatoires au regard de celles de l'article 76

3.6.2.1 Objet des marchés

Bien que les marchés à bons de commande conclus en application de l'article 76 bis dérogent à certaines dispositions de l'article 76, il n'en demeure pas moins que les besoins à satisfaire doivent être définis dans les conditions prévues à l'article 75. Même si le rythme et l'étendue de ces besoins et les caractéristiques techniques précises des matériels et des produits qui seront commandés au cours du déroulement d'une mission de recherche ne peuvent être totalement définis lors de la conclusion des marchés, le service intéressé doit déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance des prestations qui devront être exécutées. L'incertitude ne saurait en effet affecter la définition de l'objet même des dits marchés.

ANNEXE (suite)

3.6.2.2 Prix des prestations

Les marchés doivent avoir un prix déterminé ou pouvant être déterminé. En conséquence, le fait que le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ou que les caractéristiques des matériels ou des produits ne puissent être précisément définis lors de la conclusion des marchés ne saurait se traduire par l'absence d'un prix des prestations ou de tous éléments permettant d'en déterminer le prix au moment de l'émission des bons de commande. Ces dispositions ne s'opposent pas à ce que, au moment de la remise en compétition, les titulaires du marché proposent soit une diminution du prix initialement proposé, soit des remises sur ce prix.

3.6.3 Dispositions dérogatoires prévues dans le cadre de l'article 76 applicables aux marchés passés au titre de l'article 76 bis

3.6.3.1 Montant des marchés

Les marchés conclus en application de l'article 76 bis, comme ceux passés en application des 2 et 3 du I de l'article 76, pourront ne comporter ni montant minimum ni montant maximum.

3.6.3.2 Attribution des marchés

Comme pour les marchés visés au 3 du I de l'article 76, ceux conclus en application des dispositions de l'article 76 bis pourront, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres ouverte ou restreinte engagée au niveau national ou européen selon les seuils, être conclus avec plusieurs titulaires pour le même objet, c'est-à-dire pour des lots comportant des prestations de même nature.

3.6.3.3 Durée des marchés

Conformément aux dispositions du 4 du I de l'article 76, s'agissant de marchés conclus sans minimum ni maximum, les marchés passés en application de l'article 76 bis ne pourront l'être que pour une durée maximale de deux ans, reconduction comprise.

3.6.3.4 Règlement de la consultation

Les dispositions prévues au troisième alinéa du 3 du I de l'article 76 concernant le règlement de la consultation s'appliquent aux marchés passés conformément aux dispositions de l'article 76 bis. Le règlement de la consultation doit donc annoncer que les titulaires seront remis en concurrence lorsque la personne responsable du marché ou son représentant auront l'intention de passer des commandes. Il doit également indiquer que lors de la survenance des besoins, tous les titulaires seront remis en concurrence sur la base du cahier des charges initial et que le choix de l'attributaire du bon de commande se fait comme indiqué au 3.6.4. Enfin, il doit préciser que les réponses des entreprises peuvent être transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception, ce dans les conditions indiquées supra par la présente circulaire pour les marchés passés en application du 3 du I de l'article 76.

3.6.3.5 Formes et délais de la remise en concurrence

Sous réserve des dispositions particulières énoncées au point 3.6.4 ci-dessous, la remise en concurrence des titulaires du marché doit répondre aux principes énoncés à l'article 76 et précisés dans la présente circulaire au point 3.4.1.

3.6.3.6 Durée d'exécution des bons de commande

Comme pour les marchés passés en application de l'article 76, les cahiers des clauses administratives particulières des marchés visés à l'article 76 bis doivent préciser la durée d'exécution des bons de commande. L'émission des bons de commande ne pourra intervenir que jusqu'à expiration de la durée de validité du marché dans le cadre fixé au point 3.2 ci-dessus.

3.6.4 Dispositions particulières concernant les marchés conclus en application de l'article 76 bis

3.6.4.1 Contenu du cahier des charges initial

Les marchés passés en application de l'article 76 bis peuvent être attribués par lots dans les conditions prévues à l'article 77 du Code des marchés publics. Dans ce cas, le cahier des clauses administratives particulières doit en faire mention, la nature de ces lots étant précisée dans le règlement de la consultation et leur contenu détaillé dans le cahier des clauses techniques particulières.

ANNEXE (suite)

La répartition par lots peut être effectuée par famille de produits ou catégories de matériels appréciées au regard des besoins de la personne publique concernée ; toutefois, les lots doivent avoir un caractère aussi homogène que possible. La personne responsable du marché doit veiller à ce que ces lots :

- ne soient pas d'une précision telle qu'ils conduisent, de fait, à désigner par avance leurs titulaires, en violation des règles de concurrence ;
- ne soient pas fixés de façon trop large, en contradiction avec l'obligation de définir aussi exactement que possible l'objet du marché.

Le cahier des clauses techniques particulières ne peut se limiter à la seule indication de l'intitulé de lots (ex. pour les produits biologiques : lot "réactifs biochimiques") et à la simple énumération des matériels ou des produits qu'ils recouvrent (ex. : lot "microscopie électronique" - matériels concernés : microscopes à balayage, à transmission, à balayage environnemental et à vide contrôlé, microscopes à effet de champ).

Les principales spécifications techniques des matériels et les caractéristiques des produits susceptibles d'être commandés dans le cadre du marché doivent y être détaillées.

Les spécifications techniques des matériels peuvent être exprimées :

- en termes de fonctionnalités au regard de leurs conditions d'utilisation, en prévoyant les combinaisons éventuelles d'éléments auxquelles il est le plus fréquemment recouru ;
- en termes de grandeurs mesurables (d°, mm, ml, %, g, etc.) ou d'écarts entre des grandeurs mesurables (minimum/maximum).

Les caractéristiques des produits peuvent être déclinées :

- au regard d'appellations génériques ;
- en fonction d'un ensemble de constantes spécifiques ou au contraire de variables (taux de pureté ou d'impureté) ;
- compte tenu de réactions attendues au regard de leurs conditions d'utilisation.

Le cahier des charges peut indiquer une estimation des commandes probables par famille de produits ou catégories de matériels. S'agissant toutefois d'une estimation sur laquelle la personne publique ne peut s'engager, le règlement de la consultation devra le souligner de façon très claire.

Enfin, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 76 bis, "le cahier des charges initial" - en l'espèce le cahier des clauses techniques particulières - doit indiquer celles des spécifications ou caractéristiques qui seront susceptibles d'être précisées lors de la remise en concurrence des titulaires, en fonction du déroulement de la mission de recherche.

Il découle de ces dispositions que lors de la remise en concurrence, il ne sera pas possible d'ajouter des spécifications ou d'indiquer de caractéristiques supplémentaires au regard de celles qui auront été mentionnées dans le cahier des charges. Celui-ci doit expressément prévoir celles qui seront susceptibles d'être précisées lors de la remise en concurrence.

Il conviendra donc de prévoir dans le cahier des clauses techniques particulières que les précisions pourront porter sur :

- s'agissant des matériels :
 - . l'une quelconque des fonctionnalités et/ou des combinaisons indiquées ;
 - . la donnée mesurable effectivement souhaitée ;
- en ce qui concerne les produits :
 - . leurs propriétés particulières (description du produit, degré d'impureté, possibilité de réaction, traçabilité...).

ANNEXE (suite)

3.6.4.2 Motivation des exigences particulières

Le troisième alinéa de l'article 76 bis fait obligation à la personne responsable du marché ou à son représentant d'indiquer à chaque titulaire, lors de la remise en concurrence, les motifs qui la conduisent à exiger les caractéristiques techniques qu'elle précise.

Ne saurait être considérée comme motivée la décision indiquant seulement que le besoin exprimé est lié à la mission de recherche scientifique ou technologique d'un service ou d'un établissement. Les motifs invoqués doivent donc être suffisamment explicites. Ils peuvent toutefois prendre la forme d'une référence à :

- l'activité de l'unité pour laquelle le besoin est exprimé lorsque celle-ci est limitée à un champ de recherche précis ;
- la nature de la recherche engagée (en visant notamment le protocole correspondant) lorsque l'activité de l'unité concernée est de caractère plus généraliste ;
- l'expérience précisément effectuée lorsque ceci ne conduit pas à révéler d'informations couvertes par l'un des secrets mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public. Dans le cas contraire en effet, le secret sera invoqué et les motifs devront être consignés dans un registre coté prévu à cet effet. Le bon de commande mentionnera alors que le secret est invoqué.

3.6.4.3 Choix de l'attributaire du bon de commande

Dans le cadre des dispositions de l'article 76 bis, le choix de l'attributaire du bon de commande par la personne responsable du marché ou par le représentant expressément désigné par elle se fait prioritairement en fonction des caractéristiques particulières exigées lors de la remise en concurrence. La signature du bon de commande pourra être effectuée par la personne responsable du marché ou par son représentant expressément désigné. Dans ce cas, le représentant agira sous la responsabilité de la personne responsable du marché.

3.6.4.4 Champ d'application du marché

Les dispositions de l'article 76 bis ne font pas obstacle à ce que, parallèlement à ces marchés, d'autres acquisitions puissent être effectuées lorsque celles-ci concernent des produits, des travaux ou des services qui, même s'ils sont similaires à ceux prévus par le marché, n'apparaissent pas comme entrant dans la définition de l'objet de ces marchés à raison de leurs caractéristiques propres.

IV - MARCHÉS À TRANCHES CONDITIONNELLES

4.1 Définition

Lorsque la prestation est parfaitement déterminable dans l'ensemble de ses composantes sur la base d'un programme défini en totalité mais que son exécution complète est incertaine pour des motifs d'ordre économique ou financier, le marché peut être fractionné en une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le découpage opéré doit être fonctionnel c'est-à-dire que chaque tranche doit pouvoir satisfaire le besoin exprimé de manière autonome sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affermées.

4.2 Éléments constitutifs du marché

Le marché est conclu pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles. La consistance et l'étendue des différentes tranches sont obligatoirement définies dans le marché initial. Chacune des tranches dont l'objet est en relation avec l'opération globale envisagée donne lieu à remise d'un prix et d'un délai d'exécution.

La décision d'affermissement des tranches conditionnelles est prise par la personne responsable du marché et notifiée à l'entreprise. Cette décision unilatérale ne peut comporter d'éléments nouveaux venant modifier le marché initial ; seul un avenant peut adapter le marché dans les limites définies au Code des marchés publics (article 45 bis et 255 bis) c'est-à-dire que chaque tranche doit pouvoir satisfaire le besoin exprimé de manière autonome sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affermées.

4.3 Durée et étendue du marché

4.3.1 Durée

La durée du marché est déterminée en fonction du temps nécessaire à l'exécution de chacune des tranches, ferme et conditionnelles. Il s'agit généralement de marchés pluriannuels.

ANNEXE (suite et fin)

Les marchés à tranches conditionnelles permettent notamment de lancer une consultation pour la réalisation d'un programme dont le financement total n'est pas encore assuré. Il convient cependant que les crédits soient disponibles pour l'exécution de la tranche ferme.

4.3.2 Étendue du marché

Le marché est composé de la tranche ferme et des tranches conditionnelles. Toutefois, la personne publique n'est engagée que sur la tranche ferme. Le fournisseur a lui l'obligation d'exécuter aux conditions du marché initial les tranches conditionnelles lorsqu'elles sont affermies.

Le marché fixe les conditions d'exécution. À ce titre, il doit préciser les modalités d'affermissement ou de renoncement à l'affermissement des tranches conditionnelles.

Il doit indiquer :

- la date limite ou le délai d'affermissement de chacune des tranches conditionnelles ;
- les conséquences de l'absence d'affermissement.

En cas d'absence de décision d'affermissement d'une tranche conditionnelle, le titulaire est dégagé de toute obligation et le marché est considéré comme achevé. Le titulaire peut percevoir une indemnité de dédit si le marché le prévoit (cf. point 4.4. s'agissant des conditions d'octroi d'une indemnité).

En cas de décision de non-affermissement, l'indemnité de dédit prévue au marché est également due.

Le marché peut comporter une période d'attente entre la fin prévue d'exécution de la tranche ferme et le délai-limite d'affermissement de la tranche conditionnelle. Lorsque l'entreprise est amenée à immobiliser du matériel, du personnel ou des installations dans l'attente de la confirmation de la commande de la tranche conditionnelle, dont l'affermissement est postérieur à la fin d'exécution de la tranche ferme, induisant une rupture de charges, une indemnité d'attente doit être prévue au marché et versée au titulaire.

L'affermissement d'une tranche conditionnelle ne nécessite pas la conclusion d'un avenant, une décision écrite, unilatérale de la personne responsable du marché est suffisante ; il s'agit en effet de faire application d'une clause du marché.

Toutefois, si l'administration décidait d'apporter des modifications aux prestations définies dans le cadre de la tranche conditionnelle, elle ne pourra le faire que dans les limites posées par les articles 45 bis et 255 bis du Code des marchés et en concluant un avenant.

4.4 Clauses de prix

Les prix fixés dans le marché initial sont soit fixés sur des bases identiques pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles ultérieures, soit comportent pour les tranches conditionnelles des rabais calculés sur la base des prix de la tranche ferme lorsque le marché est conclu à prix unitaires.

Lorsque les prix sont fixés sur des bases identiques, il convient de prévoir une indemnité de dédit (cf. point 4.3) en cas de non-affermissement de la tranche conditionnelle. En effet, dans ce cas de figure, l'entreprise a réparti ses charges fixes sur l'ensemble des tranches et doit pouvoir les couvrir d'une manière ou d'une autre.

En tout état de cause, l'entreprise devra être indemnisée à chaque fois que ces prix ont été fixés pour chacune des tranches sur une base identique en répartissant les frais fixes, les amortissements et en calculant les prix obtenus auprès de fournisseurs sur la base d'une commande globale.

Toutefois, le montant de l'indemnité devra dépendre du préjudice réel de l'entreprise. Elle pourra être forfaitisée si ce préjudice est limité à la perte du bénéfice d'une production en série ou à l'amortissement des frais fixes.

Le ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie

CHRISTIAN SAUTTER

Le ministre de l'éducation nationale,
de la recherche et de la technologie

CLAUDE ALLÈGRE