

7 - QUELLE FORME DE MARCHÉ ADOPTER ?

7.1. LE CHOIX DU MODE DE DÉVOLUTION DU MARCHÉ

7.1.1. L'allotissement

L'article LP 222-1 du code érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique.

Hormis les marchés de conception-réalisation (article LP 326-1), tous les marchés doivent être passés en lots séparés, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.

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

Les modalités de recours à l'allotissement sont facilitées par une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire.

Rien n'interdit d'attribuer tous les lots à un même candidat. Il est, en revanche, illégal *d'exiger* d'un candidat qu'il soumissionne à tous les lots⁴¹ car cela reviendrait à priver de toute portée l'obligation d'allotissement.

En application de l'alinéa 3 de l'article LP 222-1, l'acheteur public peut limiter dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation :

- le nombre de lots pour lesquels un candidat peut remettre une offre⁴²,
- ou le nombre de lots pouvant être attribués à un même candidat.

Dans la première hypothèse, c'est le candidat qui choisit les lots qui l'intéressent et l'acheteur n'a pas à prévoir, dans son règlement de consultation, les conditions dans lesquelles il attribuera tel lot en priorité à tel candidat (situation géographique du candidat, poids financier des lots, ordre de numérotation, etc.). S'il existe alors toujours un risque que les lots les moins intéressants ne fassent l'objet d'aucune offre, cette hypothèse reste donc la plus simple à mettre en œuvre.

Dans tous les cas, la limitation doit être justifiée et proportionnée au but poursuivi. Il peut en être ainsi, par exemple, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement.

7.1.2. Cas de recours autorisés au marché unique

7.1.2.1. Un recours à justifier

L'article LP 222-1 du code autorise le recours à un marché unique (global), lorsque :

⇒ le marché public ne permet pas d'identifier des prestations distinctes c'est-à-dire aux marchés qui portent sur des prestations qui ne sont pas susceptibles « *par leur nature et compte tenu de l'objet du marché, de faire l'objet de lots différents* »⁴³. On peut citer, par exemple, un marché d'études de sol.

Cette définition reste toutefois de portée relative, dès lors que des prestations de même nature peuvent être regardées comme distinctes, et donc se prêter à un allotissement, lorsque leur exécution est répartie sur plusieurs sites⁴⁴.

⇒ l'allotissement est rendu difficile par des motifs :

- techniques, liés à des difficultés tenant, par exemple, à la nécessité de maintenir la cohérence des prestations ou à l'incapacité de l'acheteur public à assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- économiques, lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ;
- financiers, lorsqu'il est de nature à renchérir de manière significative⁴⁵ le coût de la prestation.

Lorsqu'une de ces trois conditions est remplie, la dévolution sous forme de marché unique est donc permise.

⁴¹ CE, 1er juin 2011, *Sté Koné*, n° 346405.

⁴² CE, 20 février 2013, *société Laboratoire Biomnis*, n° 363656.

⁴³ CE 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, req. n° 335611

⁴⁴ CE 23 juillet 2010, Région Réunion, req. n° 338367

⁴⁵ CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, n° 319949.

L'acheteur public doit motiver son choix de recourir au marché unique dans le rapport de présentation qui accompagne tout projet de marché formalisé. Pour les marchés à procédure adaptée, le code n'a pas imposé que cette justification soit apportée dans un document déterminé. Même dans ce cas, l'acheteur public doit être à même de prouver que les conditions du recours au marché unique sont remplies.

Si ce choix venait à être contesté, le contrôle du juge se limite en la matière à celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁶.

Ces conditions sont, de fait, extrêmement restrictives. Ainsi, par exemple, le recours à un marché global :

⇒ a été admis dans les cas suivants :

- des prestations de sécurisation des espaces publics comprenant la rénovation des espaces publics, la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore et l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance, eu égard aux difficultés techniques d'une dévolution séparée de ces prestations et aux conséquences probables de l'allotissement sur leur coût financier⁴⁷ ;
- la réduction significative du coût des prestations, au bénéfice de la personne publique, constituée, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global⁴⁸ ;

⇒ n'a pas été admis dans les cas suivants :

- des prestations de téléphonie mobile, voix et données et des prestations de transfert d'informations entre machines (horodateurs et feux de signalisation) bien qu'elles fassent appel à la même technologie, dès lors que l'économie escomptée de ce regroupement est inférieure à 2 % du budget affecté au lot concerné⁴⁹ ;
- un marché de sécurité visant la surveillance de sites se trouvant dans quatre communes différentes⁵⁰.

⇒ La conclusion d'un marché public global au motif que l'acheteur public n'est pas en mesure d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination n'a pas été jugée régulière par le juge administratif dans la mesure où les difficultés antérieures rencontrées lors de précédents marchés publics ne sont pas de nature à démontrer que l'acheteur public n'était pas en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations déjà engagées, d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination des marchés publics spécifiquement attaqués. De la même façon, l'acheteur public ne saurait se prévaloir de la faiblesse des effectifs de ses services pour soutenir qu'il ne disposait pas de la capacité d'assurer la programmation et la coordination des chantiers alors qu'il avait recruté des maîtres d'œuvre dont la mission portait notamment sur l'élaboration puis le suivi du planning du chantier.

7.1.2.2. *Marché unique et postes techniques*

Le marché unique n'interdit pas au maître d'ouvrage d'identifier des prestations distinctes.

Cette décomposition en postes techniques (*Notion utilisée principalement dans le cadre des marchés de travaux*) est une opération différente de celle de l'allotissement et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique⁵¹. Elle permet d'attribuer le marché à un groupement conjoint d'entreprises, au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations qui lui sont confiées.

7.1.3. Les marchés de conception-réalisation (art. LP 326-1 et 2)

Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur. Ce contrat permet ainsi d'associer les entrepreneurs à la conception de l'ouvrage.

Le recours à cette procédure est strictement encadré. Il n'est possible que si des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces conditions. Il a ainsi jugé que :

⁴⁶ CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n° 333737.

⁴⁷ CE, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France, n° 311379.

⁴⁸ CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803 ; CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935.

⁴⁹ CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes métropole, n° 319949.

⁵⁰ CE, 23 juillet 2010, Région de la Réunion, n° 338367.

⁵¹ CE, 30 juin 2004, OPHLM Nantes-Habitat, n° 261472.



1 peut faire l'objet d'un marché de conception-réalisation : la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs⁵² ;

2 ne peuvent pas faire l'objet d'un tel marché : la réalisation d'ateliers relais pour dirigeables⁵³; la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du code des marchés publics »⁵⁴ ; ainsi que les travaux d'extension et de restructuration d'un collège⁵⁵.

En tout état de cause, l'urgence n'est pas un motif justifiant le recours au marché de conception- réalisation⁵⁶.

7.2. LES MARCHÉS « FRACTIONNÉS » ET LA PLANIFICATION DES MARCHÉS DANS LE TEMPS

Lorsqu'il n'envisage pas de satisfaire en une seule fois l'intégralité de ses besoins sur un segment d'achat ou une opération donnée, l'acheteur public peut avoir recours à des formes de contrats spécifiques :

- les marchés à bons de commande.
- les marchés à tranches conditionnelles
- les accords-cadres, sur le fondement desquels seront attribués des marchés subséquents, après remise en concurrence des opérateurs économiques attributaires de l'accord-cadre.

Ces contrats ne sont pas des procédures de mise en concurrence, ce sont des techniques d'exécution destinées à répondre aux stratégies d'achat des acheteurs publics. Ils sont donc passés, en fonction de leurs caractéristiques, selon les différentes procédures prévues par le code.

7.2.1. Les marchés à bons de commande (art. LP 221-4)

Le marché à bons de commande est un marché « *conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande* ». Un acheteur peut ainsi effectuer des achats à caractère répétitif, en ayant d'abord organisé une seule procédure complète de mise en concurrence ».

Afin de favoriser la coordination des achats, il est possible à un service coordonnateur de conclure un marché à bons de commande, qui sera ensuite également exécuté par les autres services bénéficiaires.

Certaines prestations ne se prêtent guère à la formule du marché à bons de commande. En effet, tous les termes du contrat doivent figurer dans le marché à bons de commande. Les modalités de détermination des prix doivent donc également figurer dans le marché, ce qui suppose des prestations identifiées précisément dans le marché, identiques et répétitives. Lorsque le prix ou la définition de la prestation ne peut être déterminé de cette manière (exemple pour des travaux de terrassement, pour lesquels le prix sera fonction de l'ampleur des prestations à effectuer, de la nature du terrain, de son accessibilité, etc.), la formule à choisir est celle de l'accord-cadre (éventuellement mono-attributaire) et non celle du marché à bons de commande. Il en est également ainsi des prestations de maîtrise d'œuvre.

7.2.1.1. *Minimum et maximum de commande*

Le marché peut être conclu sans maximum ni minimum, ce qui donne plus de liberté à l'acheteur public qui n'est pas tenu de garantir un minimum de dépenses.

Cependant, il est toujours plus intéressant, si cela lui est possible, de conclure des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum, en valeur ou en quantité. Cela permet d'obtenir des offres économiquement plus avantageuses (*cf. point 4.1 : « définition des besoins »*) :

- la fixation d'un minimum permet aux opérateurs économiques de sécuriser leur carnet de commandes et, en conséquence, de rationaliser leur outil de production, en anticipant des économies d'échelle ou en garantissant le financement des investissements nécessaires à son extension ;

⁵² TA Lyon, 14 juin 1996, M. Chamberlain c/ Conseil régional de l'ordre des architectes de Rhône-Alpes, n° 960.2420.

⁵³ CE, 8 juillet 2005, *Cité d'agglomération de Moulins*, n° 268610.

⁵⁴ CAA Nancy, 5 août 2004, M. Delrez c/ Commune de Metz, n° 01NC00110.

⁵⁵ CE, 28 décembre 2001, *Conseil Régional de l'Ordre des Architectes c/ Département du Puy-de-Dôme*, n° 221649.

⁵⁶ CE, 17 mars 1997, *Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale*, n° 155573, 155574 et 155575.

- la fixation d'un maximum permet d'indiquer aux opérateurs économiques le niveau de mobilisation de leur outil de production, le cas échéant, les conditions de disponibilité de cet outil pour satisfaire aux demandes d'autres clients.

En contrepartie des conditions plus avantageuses qui peuvent lui être consenties, l'acheteur public devra en assumer les conséquences contractuelles :

- s'il n'atteint pas le minimum prévu au contrat, il devra indemniser son cocontractant du préjudice subi⁵⁷ ;
- s'il dépasse le maximum, il ne peut pas contraindre son cocontractant à assumer la part des prestations correspondante, sans conclure un avenant au marché : le titulaire du marché n'est, en effet, engagé par le marché qu'à hauteur du maximum. Toute commande complémentaire est donc subordonnée à son accord. Comme tout avenant, celui-ci ne peut bouleverser l'économie générale du marché, en en modifiant l'objet ou l'étendue.

Le cas échéant, l'acheteur veillera, dans la mesure du possible, à communiquer, aux candidats potentiels, le bilan du marché précédent, même si la ventilation des commandes et les quantités demandées sont susceptibles d'évolution. Toutefois, un acheteur qui a prévu un minimum et un maximum en valeur pour un marché comportant plusieurs prestations distinctes ne manque pas à ses obligations de publicité s'il ne fournit pas une estimation de la part que peut représenter chaque prestation distincte⁵⁸.

7.2.1.2. Procédure de passation

Un marché pour lequel il n'est pas prévu de maximum est présumé dépasser les seuils de procédure formalisée. Il est, en conséquence, toujours passé selon une telle procédure. Dès lors, si l'acheteur public est certain de ne pas dépasser le seuil de mise en œuvre des procédures formalisées et qu'il souhaite recourir à une procédure adaptée, il lui est nécessaire d'assortir le marché à bons de commande d'un maximum.

Même si le montant maximum du marché permet de passer le marché selon une procédure adaptée, il est nécessaire de passer le marché selon une procédure formalisée, s'il existe un risque de dépassement du seuil de procédure formalisée en cours d'exécution du marché.

Cette remarque vaut aussi au regard des obligations de publicité (*cf. article LP 231-1 du code*), si l'on peut supposer que le montant peut atteindre 15 000 000 F CFP HT en cours d'exécution.

Il en est de même pour les marchés publics qui relèvent de l'article LP 321-2 du code des marchés publics : lorsqu'il n'est pas assorti d'un maximum, l'acheteur devra considérer que son montant excède les seuils prévus à cet article. Ce qui implique l'avis de la commission d'appel d'offres et la publication d'un avis d'attribution.

Dans le cadre des marchés à bons de commande, la comparaison des offres sur le critère du prix s'opère souvent sur la base d'un bordereau des prix unitaires assorti d'indications sur les quantités commandées. Les acheteurs publics doivent faire attention à ce que ce document représente le plus fidèlement possible une commande type.

7.2.1.3. Attribution des commandes

Les bons de commande⁵⁹, qui déterminent la quantité des prestations ou des produits demandés, sont ensuite émis sans négociation.

Dans l'hypothèse où le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques, les bons de commande sont répartis entre les titulaires sans remise en concurrence mais selon les modalités fixées par le marché, qui doivent être objectives, transparentes et non-discriminatoires.

Ils peuvent, par exemple, être attribués à tour de rôle, ou selon la méthode dite « en cascade », qui consiste à faire appel, en priorité, aux titulaires les mieux-disant : l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première et, si celui-ci n'a pas la capacité de répondre dans les délais exigés, l'acheteur s'adresse au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite, etc.

L'acheteur public ne peut s'adresser à un autre prestataire que le titulaire du marché que pour des besoins occasionnels de faible montant et dont le montant cumulé ne peut dépasser 3 000 000 F CFP HT. Le cas échéant, il reste par ailleurs tenu de respecter ses engagements en termes de minimum et/ou maximum auprès du (des) titulaire(s) du marché.

⁵⁷ CE, 18 janvier 1991, *Ville d'Antibes contre SARL Dani*, n° 80827 et 91344.

⁵⁸ CE, 18 juin 2010, *Office public d'aménagement et de construction Habitat Marseille Provence*, n° [335611](#).

⁵⁹ Qui ne doivent pas être confondus avec des ordres de service.



7.2.1.4. Durée des marchés à bons de commande

Les marchés à bons de commande sont passés, sauf cas exceptionnels justifiés, pour une durée maximale de quatre ans. Au-delà de cette durée, il n'est plus possible d'émettre des bons de commande.

En revanche, la durée d'exécution des bons de commande émis durant la durée de validité du marché peut s'étendre au-delà de cette durée. Elle est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Si un bon de commande est émis en fin d'exécution, il restera valide, après l'expiration du marché en application duquel il a été émis. Il est donc possible d'utiliser l'émission de bons de commande en fin de marché, par exemple, pour assurer la continuité d'un approvisionnement, le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant, notamment, lorsque cette procédure a pris du retard⁶⁰.

En revanche, il est interdit de prolonger, par ce moyen, la durée d'exécution du marché « dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques » (article LP 221-4), c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable. Cette durée s'apprécie en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché mais, de manière générale, elle ne devrait pas dépasser le temps nécessaire pour la réalisation des prestations attendues :

- une durée d'exécution des bons de commande excédant de plusieurs mois la date d'échéance du marché pourrait être regardée comme de nature à priver d'effet les dispositions limitant la durée de validité du marché à quatre ans ;
- la procédure de renouvellement d'un marché à bons de commande est un événement prévisible, dont la survenance ne devrait pas, sauf circonstances exceptionnelles, surprendre l'acheteur public.

Il est possible de passer des marchés à bons de commande pour une durée inférieure à quatre ans, notamment en cas de forte volatilité des prix. En particulier, il est possible de limiter à un an la durée d'un marché à bons de commande portant sur des fournitures ou des services destinés à répondre à un besoin régulier, ce qui permet de ne prendre en compte que les besoins d'une année, dans le calcul de la valeur totale estimée du besoin.

7.2.1.5. Résiliation

Il n'est pas possible de résilier un marché à bons de commande avant son terme, pour le seul motif que le minimum a été atteint : la durée du marché est l'un des éléments déterminant les conditions de la mise en concurrence initiale. Une résiliation effectuée dans ces conditions est, en outre, susceptible de constituer une méconnaissance des dispositions du code interdisant de s'adresser, pendant la durée d'exécution du marché, à un autre prestataire que le titulaire, sauf pour des besoins occasionnels de faible montant (Cf. article LP 221-4, III).

7.2.1.6. Exécution mixte

Enfin, il est possible d'inclure dans un marché unique des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations. Les deux catégories de prestations doivent, toutefois, être clairement distinguées et les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article LP 221-4 du code. En tout état de cause, la conclusion d'un tel marché global doit respecter les dispositions de l'article LP 222-1 relatives à l'allotissement⁶¹.

7.2.2. L'accord-cadre (art. LP 221-5)

L'accord-cadre a pour caractéristique essentielle de séparer la procédure de sélection du ou des titulaires de l'attribution des marchés : il permet de sélectionner plusieurs prestataires, qui seront ensuite remis en concurrence lors de la survenance effective du besoin.

7.2.2.1. Qu'est-ce qu'un accord-cadre ?

Un accord-cadre est un contrat conclu entre un ou plusieurs acheteurs publics avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui leur accorde une exclusivité unique ou partagée pour une durée déterminée et sur le fondement duquel des marchés sont ultérieurement conclus.

L'accord-cadre n'est pas un système de référencement. Il constitue un système fermé. Aucun nouveau prestataire ne peut entrer dans l'accord-cadre après son attribution.

⁶⁰ Pour faciliter la mise en œuvre de cette solution d'un point de vue comptable, il est conseillé de prévoir dans le marché que le paiement des prestations commandées peut avoir lieu après le terme du marché, lorsque le bon de commande a été émis avant cette date butoir.

⁶¹ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles (SMAROV)*, n° 340212.

Les accords-cadres ne sont pas des procédures de passation : ils sont conclus selon les mêmes procédures (appels d'offres, MAPA, etc.) et en fonction des mêmes seuils que les marchés publics.

L'avis de publicité doit contenir des informations, à titre indicatif et prévisionnel, permettant aux candidats potentiels d'apprécier l'étendue du marché. Ainsi, le Conseil d'État a jugé en métropole que la rubrique « *quantité ou étendue globale* » du formulaire européen d'avis de marché doit être remplie, même lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de montant minimum ou maximum⁶².

Les opérateurs économiques sont sélectionnés selon les critères déterminés pour choisir les offres indicatives économiquement les plus avantageuses. Les termes de l'accord pourront être complétés ou précisés, lors de la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre.

7.2.2.2. *Marchés subséquents*

Les marchés subséquents sont passés sur le fondement d'un accord-cadre. Ils précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qui n'ont pas déjà été fixées dans l'accord-cadre ; cependant, ces marchés ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés initialement par l'accord-cadre.

Les critères d'attribution des marchés subséquents ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion de l'accord-cadre, même s'il peut y avoir une certaine complémentarité entre eux. Ainsi, il est possible de fonder l'attribution de l'accord-cadre exclusivement sur la base de critères « qualitatifs » et de fonder la conclusion des marchés subséquents sur le critère unique du prix, à condition que ces modalités aient été précisées dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Les marchés subséquents sont attribués sans être soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres. Toutefois, il peut être judicieux d'en organiser la consultation, dès lors que les marchés subséquents fixent à leur niveau des éléments essentiels concernant, en particulier, le prix. C'est pourquoi il est recommandé de soumettre à l'avis de la commission d'appel d'offres les marchés subséquents d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée.

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en concurrence, si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure formalisée. La négociation directe avec les co-titulaires n'est possible que si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée ou si l'acheteur public se trouve dans l'une des hypothèses définies aux articles LP 323-2, LP 323-10 et LP 323-11 du code des marchés publics⁶³.

Les marchés subséquents peuvent être conclus lors de la survenance du besoin, selon une périodicité prévue par l'accord-cadre ou, par exemple, lorsque le stock disponible de produits faisant l'objet de l'accord-cadre devient égal ou inférieur à un niveau préétabli.

Lorsque le marché est alloti et que les lots portent sur des produits ou des services différents, si la remise en concurrence est effectuée au moment de la survenance du besoin, seuls les titulaires des lots concernés sont remis en concurrence. En revanche, si la remise en concurrence est effectuée selon une périodicité définie à l'avance par l'accord-cadre, tous les titulaires de tous les lots sont remis en concurrence.

Les accords-cadres sont soumis, pour leur durée d'exécution, au même régime que les marchés à bons de commande.

La durée des marchés subséquents ne doit pas avoir pour effet de prolonger la durée de validité de l'accord-cadre « *dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* » (art. LP 221-5). Les observations formulées sur cette question à l'égard des marchés à bons de commande leur sont applicables.

7.2.3. *Les marchés à tranches conditionnelles (art. LP 221-3)*

Dans un marché à tranches conditionnelles, l'acheteur public n'est engagé que sur la tranche ferme. En revanche, le fournisseur l'est sur l'ensemble des tranches du marché.

Pour l'appréciation des seuils de procédure et de publicité, ainsi que pour le jugement des offres, l'ensemble des tranches doit être pris en considération, en additionnant les montants estimés de chacune d'entre elles.

Ce type de marché permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme, en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'ensemble de l'opération. L'engagement du fournisseur peut être

⁶² CE, 20 mai 2009, *Ministre de la défense*, n° 316601.

⁶³ Rép. min. n° 25591, *JO Sénat*, 1er mars 2007, p. 459.

limité dans le temps, si le marché prévoit expressément un délai pour l'affermissement des tranches. Il est recommandé de définir un tel délai dans le marché, en fonction de son objet et de ses caractéristiques. Ce délai doit être raisonnable, de manière à ne pas porter tort aux entreprises.

Le marché peut prévoir que lorsqu'une tranche conditionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit. Le versement de cette indemnité doit alors tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché. Les règles applicables, les conditions de versement de cette indemnité, son montant ou ses modalités de calcul doivent être prévues par le marché.

Le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions définies à l'article LP 216-2 du code des marchés publics.

7.3. LES MARCHÉS RECONDUCTIBLES (ART. LP 215-1)

Lorsqu'un acheteur ne veut pas s'engager d'emblée sur une durée trop longue, il peut recourir aux marchés reconductibles. Cette modalité lui permet d'évaluer la qualité des prestations exécutées sur une période donnée, avant de poursuivre avec le même titulaire.

Le marché reconductible suppose une reconduction à l'identique du marché, seuls les prix pouvant être amenés à varier sous l'effet d'une clause de révision.

Dans tous les cas, la procédure de passation doit être déterminée en tenant compte de la durée totale du marché, périodes de reconduction incluses. Les acheteurs doivent donc, lors de la publicité initiale, mentionner cette durée totale en incluant l'ensemble des reconductions prévues. En l'absence d'une telle mention, le contrat reconduit serait considéré comme un nouveau contrat et par suite irrégulier pour avoir été conclu sans publicité et mise en concurrence préalables⁶⁴. Les documents de la consultation et les pièces contractuelles doivent préciser que le marché est reconductible, ainsi que les conditions de sa reconduction (*en particulier, le nombre et la durée des reconductions*).

Lorsqu'elle est prévue, la reconduction d'un marché est tacite, sauf stipulation contraire prévue expressément dans le marché (article LP 215-1 du code des marchés publics). En cas de silence gardé par l'acheteur public, le marché reconductible est donc automatiquement reconduit pour une durée identique à la période initiale, et dans la limite du nombre de reconductions fixé à l'origine dans le marché.

Le marché peut toujours prévoir que la reconduction est soumise à une décision expresse de l'acheteur public. La décision doit alors être notifiée au titulaire avant la date d'échéance du marché.

En effet, la reconduction s'entend comme étant le prolongement d'un même contrat, et non comme un nouveau marché. Si l'acheteur n'a notifié aucune décision avant l'échéance du marché, les relations contractuelles entre l'acheteur et le titulaire prennent fin et le marché n'existe plus.

Il est recommandé de prévoir dans le marché les conditions dans lesquelles peut être prononcée la reconduction : un délai peut, par exemple, être fixé, au-delà duquel le marché ne peut plus être reconduit.

Que la reconduction soit expresse ou tacite, l'acheteur public détient une compétence exclusive pour décider de reconduire ou non le marché. Le titulaire ne peut, en aucun cas, s'y opposer.

⁶⁴ 96 CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143.