

COMMANDE PUBLIQUE

Les marchés de travaux à tranches conditionnelles

Un marché à tranches conditionnelles permet, selon le « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics », « 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 ». Si seule l'entreprise titulaire est engagée sur toutes les tranches, l'acheteur public ne l'étant que sur la tranche ferme, elle bénéficie cependant d'un certain nombre de dispositions protectrices.



CYRIL LAROCHE, avocat à la cour, président de l'Association des professionnels du droit public.

Qu'est-ce qu'un marché public à tranches conditionnelles ?

C'est un marché qui comporte une tranche ferme qui doit être exécutée, et une ou plusieurs tranches conditionnelles dont l'exécution est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur (PA). En pratique, un PA passe un marché à tranches pour réaliser une opération d'envergure, qui a préalablement fait l'objet d'un programme, et pour laquelle il a une incertitude sur l'opportunité ou la possibilité de la réaliser complètement, notamment pour des motifs économiques ou financiers.

Existe-t-il des règles propres à la passation des marchés à tranches conditionnelles ?

Ces marchés sont passés selon les règles de droit commun. Le PA doit estimer le prix de l'ensemble du marché comprenant la tranche ferme et les tranches conditionnelles pour déterminer la procédure de passation du marché. Il s'ensuit qu'un marché de travaux à tranches conditionnelles devra être passé selon une procédure formalisée (comme l'appel d'offres) si le montant estimé de l'ensemble des tranches est égal ou supérieur à 5 186 000 euros HT.

En cas d'allotissement, le montant estimé de l'ensemble des lots doit être pris en compte, et cela même si la totalité des lots ne sont pas des marchés à tranches conditionnelles. La capacité des candidats à exécuter le marché et leurs offres sera jugée en considérant que toutes les tranches sont affermées, même si la réalisation des tranches conditionnelles n'est pas certaine.

Quelles sont les stipulations contractuelles propres à un tel marché ?

Les prestations de chaque tranche du marché (ferme ou conditionnelles)

doivent chacune constituer un ensemble cohérent. Le marché doit définir la consistance, le prix (ou ses modalités de détermination) et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche, compte tenu de celles réalisées au titre des tranches antérieures. Il convient également de prévoir les modalités d'affermissement des tranches ou de renoncement à cet affermissement ainsi que les conséquences financières de ces décisions (indemnité d'attente et/ou de dédit).

Comment une tranche conditionnelle est-elle affermée ?

L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du PA, notifiée au titulaire du marché dans les conditions prévues par le contrat. En pratique, la décision d'affermir une tranche est prise par un ordre de service notifié par le PA à son cocontractant. Cette décision est prise discrétionnairement par le PA sans que le titulaire du marché puisse en contester le bien-fondé.

La décision de ne pas affermer une tranche peut être implicite si le PA n'a pas notifié un ordre de service de commencer l'exécution d'une tranche au terme du délai prévu par le contrat. Une fois passé ce délai, le PA sera fondé à lancer une nouvelle procédure

de passation d'un marché public pour l'exécution des tranches non affermées.

Comment chaque tranche conditionnelle est-elle exécutée ?

Chaque tranche est exécutée dans les conditions prévues par le marché. Il est notamment recommandé de prévoir un délai raisonnable d'exécution de chaque tranche. Il peut être prévu que l'exécution d'une tranche commence suite à l'exécution d'une précédente tranche ou avant même l'achèvement de cette dernière.

Conformément à ce que prévoient les CCAG travaux du 21 janvier 1976 et du 8 mars 2009, chaque tranche fait l'objet d'une réception dans les conditions prévues par le contrat. Les délais de garantie courent à compter de la date d'effet de cette réception partielle. Sauf stipulation particulière contraire, les éventuelles pénalités de retard sont applicables pour chaque tranche au vu des délais d'exécution qui leur sont propres.

Le délai d'exécution d'une tranche conditionnelle peut-il être prolongé ou reporté ?

Les CCAG travaux de 1976 et de 2009 stipulent que ce délai peut être prolongé ou reporté lorsque le CCAP définit son point de départ par rapport à l'origine du délai

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Les marchés à tranches conditionnelles comportent une tranche ferme qui doit être exécutée, et une ou plusieurs tranches conditionnelles dont l'exécution est subordonnée à une décision prise par le pouvoir adjudicateur.
- Ces marchés sont passés selon les procédures de droit commun en fonction de leur montant total, tranches conditionnelles comprises. Ces tranches sont affermées par un ordre de service.

Elles sont exécutées dans les conditions prévues par le contrat.

- Le prix d'une tranche peut être actualisé ou révisé. Un rabais peut être consenti sur le prix des tranches conditionnelles. Si le contrat le prévoit, le titulaire du marché a droit à une indemnité d'attente en cas de retard pris pour affermer et/ou à une indemnité de dédit à raison du refus du pouvoir adjudicateur d'affermir une tranche.

FICHE PRATIQUE

d'exécution d'une autre tranche. La durée de prolongation ou de report est égale à la prolongation du délai d'exécution de cette autre tranche ou au retard pris par le titulaire du marché pour l'exécuter. La prolongation ou le report du délai d'exécution de la tranche conditionnelle implique que le versement d'une éventuelle indemnité d'attente intervienne à la nouvelle date d'exécution de cette tranche, si cette indemnité est prévue par le marché.

Comment le prix d'une tranche conditionnelle est-il fixé ?

Les prix de la tranche ferme et des tranches conditionnelles peuvent être fixés sur des bases identiques. Le prix de chaque tranche conditionnelle peut être ferme et actualisable (si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution de la tranche conditionnelle). L'actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche.

Le titulaire du marché a droit à une avance pour l'exécution d'une tranche affermie lorsque son montant est supérieur à 50000 euros HT et dans la mesure où son délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance est forfaitaire et a minima égale à 5% du montant initial TTC de la tranche affermie si la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois. Lorsque la durée du marché excède douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme correspondant à 12 fois le montant initial de la tranche affermie, TTC, divisé par cette durée exprimée en mois.

Un rabais peut-il être prévu sur le prix des tranches conditionnelles ?

Oui. Le montant des sommes dues au titulaire du marché pour les travaux de la tranche conditionnelle est alors calculé en appliquant ce rabais à l'ensemble des prix applicables aux travaux de cette tranche conditionnelle.

Qu'en est-il du paiement du solde d'un marché à tranches conditionnelles ?

Le décompte d'un tel marché est unique et indivisible. Les marchés de travaux ne peuvent pas donner lieu à des règlements partiels définitifs. Il s'ensuit que le paiement du solde d'une tranche ne peut pas être réglé séparément du solde du marché.

Quels sont les droits dont dispose le titulaire du marché en cas de refus du PA d'affermir une tranche conditionnelle ?

Le PA peut bénéficier d'une indemnité de dédit si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit (notamment en stipulant les conditions de versement, son montant et ses modalités de calcul). A supposer qu'elle soit prévue dans le CCAP, les CCAG travaux de 1976 et de 2009 stipulent que le titulaire du marché peut réclamer l'indemnité de dédit dès que la décision du PA de renoncer à l'exécution de la tranche conditionnelle lui est notifiée. Si le délai prévu par le contrat pour affermir la tranche conditionnelle a expiré, le dédit sera dû quinze jours après la réception par le PA d'une mise en demeure de prendre une décision émise par le titulaire du marché. Cette indemnité est actualisable ou révisable selon les mêmes modalités que celles prévues pour le calcul des prix du marché. De surcroît, il pourrait être soutenu que le titulaire du marché puisse avoir droit à une indemnité si le PA a refusé d'affermir une tranche conditionnelle sans réel motif d'intérêt général, alors même que son comportement avait permis de considérer que ladite tranche serait affermie (CAA Nancy, 27 septembre 2007, n°06NC01113).

Qu'en est-il en cas de retard pris par le PA pour affermir une tranche conditionnelle ?

Le titulaire du marché a droit au versement d'une indemnité d'attente sous réserve qu'elle soit prévue dans le CCAP. Les CCAG travaux de 1976 et de 2009 prévoient que le titulaire du marché peut solliciter cette indemnité depuis l'expiration du délai prévu contractuellement pour affermir une tranche jusqu'à la date fixée pour le démarrage des travaux dans l'ordre de service prescrivant l'exécution de la nouvelle tranche (ou la date de notification de l'ordre de service faisant connaître la décision de renoncer à l'exécution de la nouvelle tranche, ou bien encore la décision implicite de ne pas affermir). Ces mêmes CCAG prévoient qu'il doit être tenu compte de chaque fraction de mois pour calculer l'indemnité d'attente, et cela même si le CCAP prévoit une indemnité mensuelle (chaque jour étant compté pour 1/30^e de cette indemnité mensuelle). L'indemnité d'attente est cumulable avec l'indemnité de dédit. Elle est actualisable ou révisable comme les prix du marché.

Qu'en est-il du financement d'un marché à tranches conditionnelles ?

A la demande du titulaire du marché, le PA lui délivre soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque tranche. ■

TEXTES DE RÉFÉRENCE

Articles 12, 18, 27, 72, 87, 92, 106 du Code des marchés publics.

Articles 2.6, 11.8, 19.3, 42.1 à 42.4 du CCAG travaux du 21 janvier 1976.

Articles 10.4.2, 11.5, 19.3, 20.1, 42.1 à 42.3 du CCAG travaux du 8 septembre 2009.