

FICHE 9

Les marchés à tranches conditionnelles

Avant le code des marchés publics de 2006, les marchés à tranches conditionnelles faisaient partie, avec les marchés à bons de commande, de la catégorie des « marchés fractionnés »¹.

Même si le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics du 26 septembre 2014² utilise encore la notion de marché fractionné, les marchés à tranches conditionnelles constituent une catégorie spécifique de marchés publics, prévue à l'article 72 du code des marchés publics.

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

I.1. Définition

Les marchés à tranches conditionnelles sont définis à l'article 72 du code des marchés publics comme le marché comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles, dont la consistance, le prix et les modalités d'exécution sont définis en amont par le pouvoir adjudicateur. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Le pouvoir adjudicateur est engagé sur la tranche ferme du marché. En revanche, il n'est pas engagé sur les tranches conditionnelles et peut décider de ne pas les affermir³. Le titulaire du marché est, quant à lui, engagé sur la totalité des tranches, y compris les tranches conditionnelles dès lors qu'elles sont affermies.

Les marchés à tranches conditionnelles permettent aux acheteurs publics de réaliser un programme subdivisé en différentes étapes, qu'ils peuvent décider d'interrompre.

I.2. Distinction avec les marchés à bons de commande

Les marchés à tranches conditionnelles et les marchés à bons de commande (article 77 du code) sont caractérisés par une incertitude sur la réalisation des prestations prévues au marché. Cette incertitude peut porter sur les conditions économiques, techniques ou financières qui ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de s'engager en une seule fois et définitivement sur l'ensemble des prestations à exécuter. Cependant, les marchés à tranches conditionnelles se distinguent des marchés à bons de commande pour plusieurs raisons.

Dans un marché à bons de commande, l'étendue et le rythme du besoin à satisfaire ne sont pas toujours déterminés lors de la passation du marché, c'est pourquoi il peut être

1. Code de 2001, article 72 ; code de 2004, articles 71 et 72.

2. Voir le point 7.2. de ce guide : « Les marchés fractionnés et la planification des marchés dans le temps ».

3. CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet Entreprise*, n° 53636.

conclu sans prévoir de montant minimum et/ou maximum (article 77-I du code). A l'inverse, dans un marché à tranches conditionnelles, l'étendue du besoin à satisfaire est connue dès la passation du marché. L'incertitude qui caractérise les marchés à tranches conditionnelles ne porte pas sur le besoin à satisfaire mais sur sa mise en œuvre, c'est-à-dire sur la possibilité de réaliser ou non les prestations des tranches conditionnelles.

Dans un marché à bons de commande, le pouvoir adjudicateur, dès lors qu'il a prévu un montant minimum, est engagé sur ce montant. Dans un marché à tranches conditionnelles, le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme. Il dispose ensuite de la possibilité d'affermir ou non les tranches conditionnelles qu'il a prévues.

Enfin, la multi-attribution doit être écartée dans un marché à tranches conditionnelles⁴. Le titulaire du marché peut cependant être un groupement.

2. Quand recourir au marché à tranches conditionnelles ?

La passation de ce type de marché est recommandée pour la réalisation de prestations que le pouvoir adjudicateur est capable de définir en amont mais auxquelles il n'est pas certain de faire appel, pour des motifs techniques, financiers, liés à la disparition du besoin ou encore au résultat de l'exécution de la tranche précédente. Le marché à tranches conditionnelles permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme dont l'entière exécution n'est pas certaine, tout en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'ensemble de l'opération.

La conclusion d'un marché à tranches conditionnelles est particulièrement adaptée à la réalisation d'opérations de grande ampleur pour lesquelles la disponibilité des crédits nécessaires n'est pas assurée ou pour lesquelles le financement sera étalé dans le temps. Il peut être conclu tant pour des opérations de travaux que pour des prestations de services ou des fournitures.

3. Que doit contenir un marché à tranches conditionnelles ?

Les pièces constitutives du marché à tranches conditionnelles doivent apporter les mêmes précisions que dans le cas d'un marché classique. Ces précisions sont énumérées à l'article 12 du code : l'identification des parties contractantes, la justification de la qualité de la personne signataire du marché, la définition de l'objet du marché, etc. En outre, conformément au 13° du I de l'article 12, « *les éléments propres aux marchés à tranches conditionnelles* » doivent être énoncés. Le marché doit notamment définir la consistance, le prix ou ses modalités de détermination, les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche et les conditions d'affermissement des tranches conditionnelles.

4. L'article 72 du code indique que « l'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché ». De plus, la multi-attribution ne peut se conjuguer avec toute possibilité d'indemnité d'attente ou de dédit.

3.1. Objet du marché

3.1.1. Consistance des tranches

La nature, l'étendue, le prix et les modalités d'exécution des prestations demandées doivent être explicitement prévus par le pouvoir adjudicateur (article 72 du code). Cette obligation s'impose pour la tranche ferme mais aussi pour la ou les tranches conditionnelles, l'incertitude ne portant pas sur le contenu mais uniquement sur la mise en œuvre d'une partie du marché.

Si le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme et peut décider de ne pas affermir les tranches conditionnelles, il doit les faire figurer dans les documents de la consultation et en donner une définition précise. A ce titre, le défaut de définition avec suffisamment de précision des exigences relatives au contenu de la prestation, objet de la tranche conditionnelle, justifie l'annulation de la procédure pour manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence⁵.

La décision d'affermissement d'une tranche ne peut apporter d'éléments nouveaux venant modifier le marché initial. Seul un avenant conclu dans les conditions de l'article 20 du code est susceptible d'être utilisé pour ce faire.

3.1.2. Ensemble cohérent

Dans un marché à tranches conditionnelles, le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme. Il n'est pas dans l'obligation d'affermir les tranches conditionnelles qu'il a prévues dans le marché. C'est pourquoi chacune des tranches doit former un ensemble cohérent, sur le plan fonctionnel et économique, de nature à être mis en œuvre de façon autonome et sans que l'affermissement d'autres tranches ne soit rendu obligatoire pour son exécution. Si chaque tranche peut être réalisée indépendamment de l'affermissement des autres, chaque tranche conditionnelle participe d'un ensemble cohérent compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

Par exemple, l'approvisionnement en matériaux ne peut pas constituer une tranche conditionnelle dans un marché de travaux dans la mesure où la réalisation des autres tranches conditionnelles (construction) dépend de sa mise en œuvre.

3.2. Prix des prestations

Les marchés à tranches conditionnelles sont soumis à la réglementation générale sur les prix⁶, qui exige que les documents contractuels fixent un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable. Le prix des prestations de chaque tranche est déterminé dans le marché. Il est toutefois possible de prévoir des prix provisoires pour les tranches conditionnelles sous réserve que les conditions de l'article 19-I-3° du code⁷ soient remplies.

Lorsqu'un marché à tranches est conclu à prix ferme, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions définies par les troisième à sixième alinéas du III de l'article 18. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche. L'objectif est

5. CE, 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, n° 307143

6. Pour plus d'informations sur les prix, voir le guide « Le prix dans les marchés publics »

7. « Il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants : Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini à l'article 72, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ».

d'ajuster le prix lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'est écoulé entre le moment où le candidat a fixé son prix et la date de début d'exécution des prestations.

Attention : La décision d'affermissement d'une tranche ne doit pas être l'occasion de modifier le prix initialement fixé.

3.3. Durée du marché

Les marchés à tranches conditionnelles, contrairement aux marchés à bons de commandes ou aux accords-cadres⁸, ne sont pas encadrés par un délai maximum de validité. En revanche, il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer dans le marché une durée d'exécution des prestations de chaque tranche. Le pouvoir adjudicateur peut également prévoir des délais d'affermissement des tranches. Cela permet de donner aux candidats une visibilité sur la durée prévisionnelle du marché. Le pouvoir adjudicateur peut également prévoir une durée de validité du marché afin de lui fixer un terme.

4. Comment passer un marché à tranches conditionnelles ?

4.1. Calcul des seuils de publicité et de procédure

Pour la détermination des seuils de procédure et de publicité, l'ensemble des tranches doit être pris en considération, en additionnant les montants estimés de chacune d'elles.

Cette règle d'évaluation du montant estimé du besoin vise à respecter le principe de transparence des procédures défini à l'article 1^{er} du code. En outre, elle permet aux candidats d'avoir une visibilité sur l'ensemble des prestations qui pourront être demandées et de s'engager en connaissance de cause.

La procédure de passation d'un marché à tranches conditionnelles est déterminée en fonction de son montant, au regard des seuils prévus à l'article 26 du code. La publicité est déterminée en fonction des seuils définis à l'article 40 du code.

4.2. Comment remplir l'avis de publicité pour un marché à tranches conditionnelles ?

Au sens du droit de l'Union européenne, les marchés à tranches conditionnelles sont des marchés publics « classiques » et non des accords-cadres.

L'avis doit comporter la mention selon laquelle il s'agit d'un marché à tranches conditionnelles.

Attention :

- La rubrique « quantité ou étendue globale » doit être renseignée en mentionnant explicitement les tranches ferme et conditionnelle(s).
- La rubrique « option » du formulaire européen doit préciser le recours à une ou plusieurs tranches conditionnelles et rappeler que le pouvoir adjudicateur est libre de les

8. Les articles 76 et 77 du code applicables aux accords-cadres et aux marchés à bons de commande fixent une durée maximale de validité de quatre ans.

affermer ou non en cours d'exécution du marché. La rubrique peut, de plus, renvoyer à l'article 72 du code⁹.

- Les tranches conditionnelles ne sont pas des lots. Un marché à tranches conditionnelles ne peut pas comporter une tranche ferme « lot 1 » et une tranche conditionnelle « lot 2 ». Chaque lot est considéré comme un marché à part entière alors que les tranches font partie d'un seul et unique marché. Un marché à tranches conditionnelles peut être alloti, conformément à l'article 10 du code, il comportera alors plusieurs lots, eux-mêmes divisés en tranches, fermes et conditionnelles.

4.3. Comment analyser les offres ?

Les candidats à l'attribution d'un marché à tranches conditionnelles doivent présenter une offre portant sur la totalité des tranches, y compris les tranches conditionnelles. En effet, leur engagement porte sur l'ensemble des tranches. A ce titre, l'offre d'un candidat ne portant que sur la tranche ferme doit être regardée comme irrégulière¹⁰, conformément à l'article 35-I-1° du code.

Pour apprécier les offres et déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur doit tenir compte de l'ensemble des tranches. Il n'est pas possible d'abandonner une tranche conditionnelle au stade de l'analyse des offres, car cela remettrait en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

5. Exécution du marché à tranches conditionnelles

5.1. Exécution de la tranche ferme

Le pouvoir adjudicateur est engagé sur la tranche ferme du marché. Il doit donc veiller à ce que celle-ci puisse être exécutée (crédits suffisants, etc...). L'exécution de la tranche ferme suit les prescriptions définies dans les documents du marché.

5.2. Exécution des tranches conditionnelles

5.2.1. Décision unilatérale d'affermissement des tranches conditionnelles

Comme le précise l'article 72 du code, « l'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché ». Le pouvoir adjudicateur n'est pas dans l'obligation d'affermir la ou les tranche(s) conditionnelle(s). Il peut y renoncer pour des motifs financiers, techniques ou en raison de la disparition du besoin ou d'une mauvaise exécution de la tranche précédente¹¹. Si le pouvoir adjudicateur décide d'affermir une tranche, cette décision doit être notifiée au titulaire, qui devra alors exécuter la tranche dans les conditions prévues par les documents du marché.

9. Voir la fiche technique « Comment utiliser les formulaires européens ».

10. CE, 9 mai 2008, *Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du Ministère de la justice*, n° 308911.

11. CAA Bordeaux, 22 mars 1999, *SARL Cie moderne de construction, SARL Charpentes Claparède-Bianzina*, n° 95BX00899.

La décision d'affermissement est une décision expresse et unilatérale prise par le pouvoir adjudicateur. Elle peut prendre, dans les marchés de travaux, la forme d'un ordre de service. L'affermissement doit porter sur la totalité de la tranche concernée.

Attention : La décision d'affermissement, décision unilatérale du pouvoir adjudicateur, n'a pas à être opérée par voie d'avenant. En outre, la décision d'affermissement ne peut pas avoir pour effet de modifier le contenu de la prestation demandée.

En cas de non affermissement, le titulaire du marché est désengagé en ce qui concerne l'exécution de la tranche. En outre, les tranches non affermies pourront, le cas échéant, être exécutées par un autre opérateur économique dans le cadre d'un autre marché¹². Néanmoins en matière de maîtrise d'œuvre, pour les opérations de bâtiment relevant de la loi MOP, la mission de base doit faire l'objet d'un contrat unique. Dès lors, l'ensemble des tranches du marché qui seront exécutées le seront par le titulaire du contrat, sauf exception prévue par l'article 17 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé¹³.

5.2.2. Délai d'affermissement des tranches conditionnelles

Il est recommandé de prévoir, dans le marché, un délai raisonnable d'affermissement pour chacune ou pour l'ensemble des tranches conditionnelles afin de ne pas porter tort aux entreprises qui immobilisent leurs moyens pour répondre à l'exécution de ces tranches. En outre, fixer un délai raisonnable d'affermissement évite que les candidats ne repercutent sur leur prix l'anticipation des coûts d'immobilisation à supporter.

Si le marché prévoit un délai d'affermissement des tranches conditionnelles, le pouvoir adjudicateur doit s'y conformer. Une fois le délai d'affermissement dépassé, le titulaire est désengagé en ce qui concerne l'exécution de la tranche concernée.

En l'absence de tels délais mentionnés au marché, le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter la possibilité d'affermir les tranches conditionnelles à une durée de validité du marché qu'il aura fixée. Ainsi, le titulaire est engagé pour l'ensemble des tranches du marché et ses obligations envers l'acheteur public ne cessent qu'au terme du délai de validité du marché. Une tranche conditionnelle non assortie d'un délai spécifique d'affermissement peut être affermie à tout moment pendant la durée de validité du marché sans que le titulaire ne puisse valablement s'y opposer. Sauf volonté contraire du pouvoir adjudicateur, la durée de validité du marché ne doit pas pouvoir être regardée comme interdisant ou restreignant l'exécution des prestations au-delà de son terme.

5.2.3. Indemnisation du titulaire en cas de non affermissement ou d'affermissement avec retard

Le marché peut prévoir que, lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire bénéficie d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit. Il s'agit d'une simple faculté pour le pouvoir adjudicateur¹⁴. Toutefois, les indemni-

12. CAA Bordeaux, 15 janvier 1996, *Société routière du Languedoc*, n° 94BX00533

13. Dans ce cas, la possibilité de confier à un autre prestataire la suite de la mission n'est possible que dans les conditions définies par cet article : « *Lorsqu'en cas de défaillance d'un maître d'œuvre, titulaire d'une mission de base, le maître de l'ouvrage confie une mission partielle à un autre maître d'œuvre afin de poursuivre l'opération, l'ensemble des éléments de mission, ceux effectués par le titulaire du premier contrat et ceux confiés au nouveau maître d'œuvre, doit respecter le contenu de la mission de base* ».

14. Aucune indemnité n'est due si le marché ne le prévoit pas : CAA Marseille, 23 mai 2011, *Société groupe industriel services*, n° 09MA00635 et CAA Nantes, 6 juillet 2012, *Société Tomasi*, n° 10NT01653.

tés d'attente permettent aux entreprises de proposer des prix plus attractifs. A ce titre, le versement d'une indemnité d'attente ou de dédit peut être utile notamment dans les marchés de travaux pour compenser les coûts fixes supportés par le titulaire liés au déploiement du chantier et à l'immobilisation des moyens nécessaires à l'exécution des travaux. La fixation 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 prévus par le marché.

6. Peut-on combiner un marché à tranches conditionnelles et un marché à bons de commande ?

L'utilisation conjointe d'un marché à tranches conditionnelles et d'un marché à bons de commande est possible à condition de respecter conjointement les dispositions de l'article 72 relatif aux marchés à tranches conditionnelles et de l'article 77 relatif aux marchés à bons de commande, et à condition que la conclusion d'un marché global soit possible au regard des dispositions de l'article 10 relatives à l'allotissement¹⁵.

Ainsi, en application de l'article 72 du code, le marché à tranches conditionnelles et à bons de commande ne pourra être conclu qu'avec un seul titulaire¹⁶.

En outre, lorsqu'une tranche regroupe à la fois des prestations à bons de commande et d'autres prestations, ces deux types de prestations doivent être clairement distingués.

De plus, les stipulations relatives aux prestations à bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article 77 du code limitant, en principe, à quatre ans la durée pendant laquelle il est possible d'émettre des bons de commande¹⁷. Le projet d'achat ayant justifié la structure particulière du marché à tranches conditionnelles pourrait, dans certaines hypothèses, autoriser un dépassement de cette durée. Une telle dérogation au regard des caractéristiques propres au marché à bons de commande ne peut relever que d'une appréciation au cas par cas du fait de la variété des hypothèses dans lesquelles il peut être recouru à l'une ou l'autre des formes de marché. En tout état de cause, le montage contractuel retenu ne doit pas constituer une manœuvre destinée à contourner la limitation à quatre ans de la durée pendant laquelle il est possible d'émettre des bons de commande¹⁸.

Chacune des tranches, ferme et conditionnelles, pourra comporter une ou plusieurs prestations à bons de commande. Si le pouvoir adjudicateur affermit la ou les tranche(s) conditionnelle(s), il pourra émettre des bons de commande correspondant à cette ou ces tranche(s). En revanche, si le pouvoir adjudicateur n'affermite pas les tranches conditionnelles, il ne pourra émettre de bons de commande qui s'y rapportent.

15. CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest de Versailles (SMAROV)*, n° 340212 ; CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n°s 364551 et 364603.

16. Cf. point 1.2 de la présente fiche.

17. L'article 77 du code indique que « La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans ».

18. Voir le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 7.2.1 et la fiche technique « Les marchés à bons de commande ».

7. Résiliation d'un marché à tranches conditionnelles

Un marché à tranches conditionnelles peut être résilié par le pouvoir adjudicateur dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que pour tout autre marché public¹⁹. Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché en raison d'une faute commise par le titulaire mais aussi pour un motif d'intérêt général. Dans ce deuxième cas, le titulaire a droit à l'indemnisation du préjudice qui découle de l'inexécution d'une partie du marché.

Dans le cadre d'un marché à tranches conditionnelles, seule la tranche ferme à laquelle il est mis fin de façon anticipée ouvre droit à indemnisation.

Les tranches conditionnelles ne peuvent ouvrir droit à indemnisation du titulaire que si la résiliation intervient après la décision d'affermissement prise par le pouvoir adjudicateur. Le titulaire a alors droit à l'indemnisation du préjudice qui découle de l'inexécution de cette tranche.

En revanche, si la résiliation intervient avant la décision d'affermissement de la tranche, celle-ci est considérée comme étant abandonnée, au même titre que si le pouvoir adjudicateur avait décidé de ne pas l'affermir. Dans ce cas, le titulaire ne peut prétendre à aucune indemnisation car, en l'absence d'un droit à affermissement, son préjudice est purement éventuel²⁰. Toutefois, si le marché prévoit qu'une indemnité de dédit est versée au titulaire, celui-ci peut y prétendre.

19. Voir la fiche technique « La résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration ».

20. CAA Bordeaux, 12 juin 2007, *J. Ferrando et autres*, n° 04BX01965-06BX01366 : même si la résiliation du marché est intervenue irrégulièrement, le titulaire ne peut prétendre à aucune indemnisation au titre de l'abandon de la tranche conditionnelle.