

Rédiger les pièces contractuelles des MAPA : quelques conseils

Contrats publics : Faut-il établir un acte d'engagement dans le cadre d'un MAPA ?

Olivier Metzger : Aucun texte n'impose l'établissement d'un acte d'engagement en matière de MAPA. Les articles 11 et 48 du CMP posent le principe d'un acte d'engagement uniquement pour les marchés à procédures formalisées. Cependant l'acte d'engagement est, à mon sens, la pièce principale du marché et revêt de ce fait une grande importance. En effet, il s'agit de l'acte qui va véritablement matérialiser l'engagement contractuel des parties (identité des parties, durée du marché, prix). Il est donc préférable d'établir cet acte dans le cadre d'un MAPA surtout lorsque le marché dépasse un certain montant. Il en ira autrement s'agissant des contrats verbaux – possible en dessous de 15 000 euros HT mais très peu utilisés – ou des MAPA conclus via la seule signature d'un devis ou l'émission d'une lettre de commande. Néanmoins, sur un plan formel, il n'est pas nécessaire que ce soit un acte autonome. Les parties peuvent très bien établir un document unique contenant le cahier des clauses et l'acte d'engagement dans lequel figurent les mentions importantes (identité des parties, objet du marché, prix, signatures).

Contrats publics : Si les parties décident d'établir un acte d'engagement, ce dernier doit-il contenir des mentions spécifiques ?

Olivier Metzger : Quel que soit le type de marché, l'acte d'engagement, si le pouvoir adjudicateur en prévoit un, contient toujours les mêmes informations minimum concernant l'engagement des parties. L'avantage, dans le cadre d'une procédure adaptée, est plus sur un plan de déroulé de la mise en concurrence. En effet, dès lors qu'il est admis de procéder à une négociation, y compris avec des candidats ayant présenté une offre irrégulière, en cas de problème dans l'acte d'engagement, il sera possible de procéder, dans une certaine mesure, à une régularisation... C'est donc une souplesse supplémentaire.

Contrats publics : Dans le cadre de ces marchés, faut-il établir une liste des pièces qui ont un caractère contractuel ?

Olivier Metzger : Dès lors que le pouvoir adjudicateur fait le choix d'un minimum de formalisme, il est préférable

Auteur

Entretien avec Olivier Metzger
Avocat, SCP SEBAN et Associés

Mots clés

Acte d'engagement • CCAG • CCAP • Devis • MAPA • Mémoire technique • Prix • Tacite reconduction

d'établir une telle liste afin de faire face aux difficultés qui peuvent survenir en cas de contradictions entre les différentes pièces. Cependant si on applique un CCAG, la liste des pièces contractuelles figure dans ce document. Dans ce cas, la question qui peut éventuellement se poser est celle de savoir s'il faut ou non adapter cette liste établie par ce CCAG (faut-il faire prévaloir le mémoire technique sur le cahier des clauses qui a été formalisé... ?). Bien évidemment, dans le cadre d'achats simples (devis), il ne sera pas nécessaire d'établir l'ordre contractuel des pièces car il n'y a aucune autre pièce que ce devis.

Contrats publics : Quelles sont les clauses à ne pas négliger lors de l'élaboration du CCAP d'un MAPA ?

Olivier Metzger : Là encore, le montant de l'achat envisagé a son importance de même que la complexité des prestations attendues. Il ne faut pas négliger les informations relatives à la durée du marché, à la reconduction (opte-t-on ou non pour la tacite reconduction ?), aux modalités d'exécutions particulières. S'agissant plus spécifiquement de ces dernières, il faut distinguer selon le type de marché. Dans le cadre d'un marché fractionné, il faut définir les modalités d'émission du bon de commande, son contenu, et déterminer jusqu'à quelle période de tels bons peuvent être émis. Dans le cadre d'un marché à tranches, il est nécessaire de bien définir la tranche ferme, les tranches conditionnelles et surtout leurs modalités d'affermissement, déterminer si on intègre ou non une clause de dédit... Parmi les autres clauses à ne pas négliger figurent celles relatives au prix (nature, modalités d'évolution et de règlement...). Il peut être important d'insérer des clauses précisant les modalités de réception notamment pour les marchés de prestations informatiques ou d'études. De même, il est important d'être attentif à la question des pénalités (quel manquement sanctionner ? Mise en demeure préalable ou non ? Plafonnement des pénalités ? etc.). S'agissant de la résiliation, les CCAG sont très complets sur la question. Il n'est donc généralement pas indispensable de détailler cette phase.

Contrats publics : S'agissant du prix d'un MAPA, quelles mentions doivent apparaître dans l'acte d'engagement, le CCAP... ?

Olivier Metzger : La nature du prix est l'élément essentiel. Dans le CCAP, il faut préciser s'il s'agit d'un prix forfaitaire, unitaire voire provisoire comme dans le cadre des marchés de maîtrise d'œuvre. En outre, il est nécessaire d'indiquer si le prix est ferme ou révisable ainsi que les modalités de révision. Si on a opté pour un prix forfaitaire, il faut que ce dernier apparaisse dans l'acte d'engagement. En cas de prix unitaires, ceux-ci doivent également clairement apparaître, le plus souvent, dans le cadre du bordereau des prix unitaires. En effet, ce type de prix dépend des quantités réellement exécutées. Les annexes à l'acte d'engagement doivent contenir des éléments importants tels que la décomposition du prix global et forfaitaire, ou, en cas de prix unitaire, le borde-

reau des prix unitaires. Le détail quantitatif estimatif sert quant à lui davantage à l'analyse des offres et ne constitue que rarement une pièce contractuelle.

Contrats publics : Le CCAG-FCS de 2009 stipule que les actes spéciaux de sous-traitance font partie des pièces contractuelles. Quels éléments doivent apparaître dans ces documents ?

Olivier Metzger : Doivent figurer dans l'acte de sous-traitance : l'identité du pouvoir adjudicateur, l'identité de l'entreprise principale, l'identité des sous-traitants proposés, la nature du marché ainsi que des prestations sous-traitées. S'agissant des signatures, le formulaire proposé par la DAJ identifie bien trois parties ce qui simplifie les modalités de révision de l'acte de sous-traitance. Doivent en outre apparaître les éléments relatifs au prix. Les modalités de révision des prix sont généralement calquées sur celles applicables à l'entreprise principale. Il est vraiment essentiel de bien identifier les prestations dont la sous-traitance va être proposée. Enfin, et dans le cadre du paiement direct, il est important de bien identifier si le montant du contrat de sous-traitance est inférieur ou non aux 600 euros mentionnés à l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Contrats publics : Parmi les pièces pouvant avoir un caractère contractuel figure le mémoire technique. Quelles sont ses caractéristiques dans le cadre d'un MAPA ?

Olivier Metzger : Grâce au mémoire technique, les candidats vont présenter la méthodologie qu'ils entendent mettre en place que ce soit pour l'exécution de prestations de service, pour l'exécution de travaux... Sont détaillés les moyens techniques qui seront mis en œuvre sur le plan matériel et humain, ainsi que le process proposé par les candidats. Afin d'obtenir la meilleure note possible, il est nécessaire d'établir un mémoire technique complet et précis. Si le pouvoir adjudicateur décide de se fonder notamment sur un critère lié à la valeur technique, il est important de bien indiquer dans le règlement de consultation que ce critère sera apprécié sur la base de ce mémoire technique.

Contrats publics : Existe-t-il des astuces permettant d'optimiser la rédaction du mémoire technique ?

Olivier Metzger : Il en existe une : fournir un cadre de mémoire technique ou, a minima, définir un plan. Ce plan permet de bien identifier les parties que le pouvoir adjudicateur veut voir renseignées par les candidats. En outre, cela peut faciliter l'analyse des offres en permettant au pouvoir adjudicateur d'identifier plus rapidement les éléments essentiels de l'offre du candidat. D'autres pouvoirs adjudicateurs font également le choix de la limitation du nombre de pages du mémoire technique afin de faciliter le travail d'analyse.