

LA NOTION DE FORFAIT DANS LES MARCHES PUBLICS DE TRAVAUX

I. Que contient la notion de forfait ?

A. L'application de l'intégralité du contrat ; c'est-à-dire l'application des pièces contractuelles, dont l'ordre hiérarchique de ces pièces.

- **Point d'attention : l'importance du mémoire technique**

Même si le CCAG de 2021 précise que le mémoire technique est contractuel dans les marchés publics de travaux, cela ne signifie pas pour autant que le contenu dudit mémoire technique modifie les pièces du marché qui sont hiérarchiquement supérieures, telles que l'acte d'engagement, le CCAP ou le CCTP.

Le contenu du mémoire technique est donc un élément de négociation éventuelle avec le maître d'ouvrage, mais il ne s'impose pas à ce dernier, contrairement aux autres pièces contractuelles.

- **Point d'attention : présence ou non de la clause la plus favorable**

Le maître d'ouvrage peut insérer cette clause dans tout marché public, ce qui lui permet de voir appliquer contractuellement la clause qui lui est la plus favorable. Et ce, quel que soit le rang hiérarchique de cette clause dans les pièces contractuelles.

Cette clause peut donc s'avérer dangereuse en termes d'obligations contractuelles pour l'entreprise titulaire. Elle nécessite de bien l'examiner avant de présenter une offre.

- **Point d'attention : comment les possibilités d'optimisation du marché s'intègrent-elles dans la notion de forfait ?**

Il est toujours possible, en cours d'exécution, pour une entreprise, de proposer au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre des évolutions ponctuelles dans les conditions d'exécution du marché ; par exemple les matériaux ou les méthodes constructives.

Dans le cas où le maître d'œuvre donne expressément sa validation aux modifications proposées, l'entreprise peut mettre en œuvre ces modifications.

Dans le cas le plus fréquent, cela se traduit par une économie dans l'exécution du marché ; la question est alors de savoir qui en bénéficiera. Traditionnellement, les économies ainsi réalisées dans le cadre d'une optimisation restaient au bénéfice de l'entreprise titulaire, sauf diminution clairement identifiée d'éléments de commande.

Une évolution récente fait toutefois apparaître chez certains donneurs d'ordre la volonté de partager, dans des proportions variables, le gain d'économie estimé et de subordonner son aval à un accord préalable de répartition.

Cette évolution n'est pas contraire aux règles en vigueur.

B. Au-delà de l'application des pièces contractuelles, le forfait fait obligation à l'entreprise de réaliser toutes les normes obligatoires applicables au type d'ouvrage réalisé.

Il faut bien préciser que cette obligation ne porte que sur les normes obligatoires, quelle que soit leur origine réglementaire ou législative.

En effet, l'entreprise titulaire, en tant que constructeur sachant, est réputée connaître ces règles même si elles ne sont pas rappelées dans le CCTP ou dans toute autre pièce contractuelle. L'entreprise, de ce fait, est réputée les avoir tacitement intégrées dans le prix forfaitaire.

Dans ce cas, l'obligation éventuelle faite par le maître d'ouvrage d'exécuter des travaux supplémentaires, pour se conformer à ces normes obligatoires, n'ouvre pas droit pour l'entreprise à une indemnisation.

C. Enfin le prix forfaitaire inclut, bien évidemment, l'application des règles de l'art propre à chaque spécialité concernée.

II. Comment sortir du forfait ?

Il faut noter tout d'abord que, contrairement à une idée fréquemment énoncée, le prix forfaitaire n'est ni ferme ni définitif.

Le prix forfaitaire peut donc parfaitement évoluer aussi bien à la baisse qu'à la hausse.

A. En premier lieu, le maître d'ouvrage public a - à tout moment - la possibilité de faire évoluer ses commandes, dans la mesure où ces modifications restent dans l'objet du marché.

L'entreprise titulaire est tenue de réaliser l'intégralité des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ordonnés par OS (Art 14.2.1 et 14.2.2 du CCAG Travaux).

Toutefois, si le maître d'ouvrage souhaite faire évoluer sa commande, en changeant la définition de ses besoins, l'entreprise titulaire peut refuser d'exécuter les OS correspondants à cette évolution, au-delà de 10 % du montant du marché.

A partir de 5% d'augmentation, le maître d'ouvrage est tenu d'indemniser l'entreprise en supplément du montant des travaux supplémentaires réalisés.

Si la diminution de la commande a généré, pour l'entreprise, des coûts non récupérables, cette dernière peut en demander l'indemnisation à condition de rapporter la preuve de ce caractère non récupérable.

- **Point d'attention : rappelons que, dans ce cadre, le maître d'ouvrage a la possibilité d'adresser des ordres de service pour des travaux supplémentaires ou des travaux modificatifs.**

Ces ordres de service, dans le cadre d'un marché public, sont exécutoires sans limitation d'évolution en pourcentage du marché et dans les meilleurs délais.

Le caractère exécutoire de ces OS ne dépend donc pas d'un accord préalable concernant la valorisation des travaux supplémentaires. Ainsi, tout retard dans leur exécution peut se traduire par des pénalités de retard, voire en cas d'inexécution persistante, par des sanctions pouvant aller jusqu'à une décision de résiliation au torts exclusifs de l'entreprise titulaire.

- B. L'entreprise peut également demander à être indemnisé, au-delà du forfait, dans le cas où elle a dû faire face à des suggestions techniques non normalement prévisibles en cours d'exécution.**

L'entreprise doit donc démontrer que rien dans le dossier de candidature reçu ne lui permettait d'anticiper les difficultés techniques rencontrées.

- **Point d'attention : dans l'appréciation que les tribunaux sont amenés à réaliser à propos de la notion de « non normalement prévisible », ces derniers tiennent de plus en plus compte de la notion d'obligation de conseil qui pèse sur les entreprises, au regard des différents participants à l'acte de construire.**

Ainsi, le maître d'ouvrage pourra opposer à la réclamation présentée par l'entreprise le fait que cette dernière ne pouvait ignorer la réalité des contraintes à venir, alors même que le dossier de candidature présentait des lacunes en la matière.

Dans ce cadre, il faut rappeler la grande importance que présente la possibilité pour les entreprises de poser des questions dans le cadre de la passation des marchés publics, en amont de la remise de leur offre.

- D. L'entreprise titulaire d'un marché public a la possibilité de présenter une demande de rémunération complémentaire, destinée à dépasser le montant du forfait, dans le cas où ladite entreprise peut démontrer que les conditions contractuelles d'exécution n'ont pas été respectées, du fait du maître d'ouvrage.**

C'est le cas typique d'un décalage important dans le démarrage d'un chantier avec, par exemple, des conditions climatiques beaucoup plus difficiles dans la période réelle d'exécution que ce qui était prévisible dans la période prévue d'exécution.



Innovater pour un monde durable
ENTREPRISES GÉNÉRALES DE FRANCE BTP

De même, l'aggravation des conditions d'accès au chantier ou d'installation de bases-vie, telles que prévues dans les pièces contractuelles, peuvent permettre à une entreprise titulaire de présenter une demande de rémunération complémentaire en ce sens.