Les Essentiels

Réussir la passation des marchés publics d'assurance

Jérôme Grand d'Esnon • Vianney Petetin

Editions Le Moniteur

L'Argus de l'assurance Editions

Sommaire

Avant-propos 5

Introduction 9

La mise en concurrence périodique des marchés publics d'assurance 19
1. La liberté d'accès à la commande publique 21
2. L'égalité de traitement entre les candidats 26
3. La transparence de la procédure 32

Les étapes préalables au lancement de la procédure 45
1. La connaissance du marché : un préalable indispensable 45
2. La maîtrise du calendrier : la nécessaire anticipation du pouvoir adjudicateur 46
3. Le choix de la procédure 47
4. La rédaction des documents de consultation 49
5. La sélection d'assistants 56

Les procédures limitant les échanges entre la personne publique et les candidats 59
1. L'appel d'offres ouvert 59
2. L'appel d'offres restreint 65

Les procédures permettant un échange entre la personne publique et les candidats 69
1. La procédure adaptée : une procédure sur mesure 69
2. Le dialogue compétitif : l'encadrement des discussions 78
3. La procédure concurrentielle avec négociation : la procédure formalisée souple 90
4. La dispense de publicité et de mise en concurrence : une procédure d'exception 94

Les modalités de sélection des candidatures et des offres 97
1. La forme du candidat 97
2. Le choix des candidats admis a présenter une offre 101
3. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse 108

La possibilité de prévoir une flexibilité dans le marché initial 117
1. Le marché à prix définitif 118
2. Le marchée à prix provisoire 119
3. La variation de prix 119

Après signature du marché : un encadrement strict des modifications 121
1. Les modifications autorisées : l'absence de bouleversement de l'économie du contrat 121
2. Le formalisme de la conclusion d'un avenant 124

Index alphabétique 127

La possibilité de prévoir une flexibilité dans le marché initial

L'exécution d'un marché public d'assurance peut s'avérer très diverse d'un contrat à l'autre en fonction de plusieurs éléments propres à la collectivité, et notamment au degré de sinistralité qu'elle connaît au cours de la vie du contrat. Ainsi, la prime d'assurance peut varier en fonction des évènements subis par la collectivité au cours d'une année. Les marchés d'assurance ont donc un besoin de flexibilité important dans leur phase d'exécution qui s'avère difficilement compatible avec la rigidité des marchés publics.

Afin de contourner les restrictions qui existent une fois le contrat signé (voir ci-dessous), il convient d'anticiper la question de l'évolution du coût de l'assurance pour la collectivité lors de la passation du marché.

Pour mémoire, le prix est l'un des éléments constitutifs d'un marché public. Le juge administratif considère que l'absence de précisions quant au prix dans le contrat est une cause de nullité du marché (CE, 28 mars 1980, Société Cabinet « 2000 », n° 07703). L'Ordonnance de 2015 impose dans le contenu des documents de la consultation, au moins pour les procédures formalisées, « Le prix ou ses modalités de fixation » (article 39 de l'Ordonnance de 2015). Le prix peut prendre différentes formes : il peut être unitaire (c'est-à-dire varier en fonction de la quantité de la prestation) ou forfaitaire.

1. Le marché à prix définitif

Afin d'encadrer les prix et de protéger le pouvoir adjudicateur, la réglementation pose le principe du caractère définitif des prix d'un marché au jour de la signature du marché (article 18 du Décret de 2016). Ce prix peut être ferme ou révisable.

« Un marché public est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations ». Dans ce cas, le prix peut être actualisé, c'est-à-dire qu'il sera adapté aux conditions du marché au jour du début de la prestation. En effet, il peut se passer plusieurs semaines ou plusieurs mois entre le moment où le candidat remet son offre et le moment où le marché lui est notifié. Ce laps de temps peut entraîner une différence dans la valeur des prestations que le candidat s'est engagé à fournir. Le Décret prévoit qu'au-delà d'un délai de 3 mois le prix doit être actualisé.

« Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous. Lorsque le prix est révisable, le marché public fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre ».

Le prix révisable est un prix qui varie au cours de l'exécution du marché pour tenir compte de l'évolution des coûts. Concrètement, ce prix est corrigé selon une périodicité précisée dans le marché en fonction de l'évolution d'indices économiques (souvent des indices fournis par l'INSEE et qui ont un lien avec l'objet du marché).

CONSEIL

Pour les marchés de service de montant modeste et d'une durée courte, il n'est pas nécessaire de prévoir une révision des prix.

2. Le marché à prix provisoire

Par exception au caractère ferme du prix, l'article 19 du Décret de 2016 permet de conclure des marchés à prix provisoires dans certaines situations précises et notamment pour des prestations urgentes ou sujettes à des aléas techniques importants alors que la prestation a commencé à être effectuée et qu'il est impossible de fixer le prix en amont, ou lorsque le pouvoir adjudicateur a souhaité lancer une enquête de coût de revient dont les résultats ne sont pas connus. Le marché doit alors prévoir les conditions de fixation du prix, éventuellement assorties d'un plafond, ainsi que l'échéance pour signer l'avenant fixant le prix définitif.

Les marchés publics d'assurance n'entrent pas, en principe, dans le champ d'application de l'article 19 du Décret de 2016 et ne peuvent donc pas faire l'objet de prix provisoires.

3. La variation des prix

Toutefois, il est possible de prévoir dans les documents de consultation un prix établi en fonction d'éléments objectifs liés à l'objet du marché tel que les informations relatives aux sinistres subis par la collectivité sur l'année précédente. Cela permettra une variation du prix contrôlée tout en adaptant le contrat à la situation de la collectivité bénéficiaire de la police d'assurance.

CONSEIL

Concrètement, il s'agira de proposer différents prix en fonction par exemple du montant des sommes versées par la compagnie d'assurance au cours de l'année n-1 pour déterminer la prime sur l'année n (exemple : entre 1 et 100 000 €, prime de X, entre 100 000 € et 200 000 €, prime de Y,…).

En termes de comparaison des offres, le pouvoir adjudicateur peut prévoir une simulation des montants de sinistre sur plusieurs années afin de déterminer la qualité financière de l'offre de chaque candidat. Cette information n'a pas à être communiquée aux candidats dans la mesure où elle relève de la méthode de notation des offres (voir plus haut).

Afin de tenir compte des contraintes budgétaires des collectivités, rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de prévoir un montant maximum de prime au-delà duquel les parties conviennent de se rencontrer pour discuter de l'opportunité de poursuivre le contrat, voire un montant au-delà duquel la personne publique se réserve le droit de résilier le contrat. Cette seconde clause, appelée clause de sauvegarde, peut prévoir une résiliation automatique sans indemnité pour le cocontractant.

Cependant, la mise en place de tels mécanismes peut s'avérer complexe et nécessiter des échanges entre la personne publique et les assureurs afin de parvenir à un contrat équilibré et viable pour les deux parties.

Certaines procédures prévues par l'Ordonnance prévoient ces phases de discussions, d'autres sont plus rigides et limitent strictement les échanges entre le pouvoir adjudicateur et les candidats en cours de procédure.

CONSEIL

Il est évident que lorsque le pouvoir adjudicateur en a l'opportunité, il doit privilégier le dialogue avec les candidats pour parvenir à signer un marché qui répond de manière optimale à ses besoins.

IDÉES CLÉS

- La flexibilité est un élément important des marchés, notamment dans le secteur de l'assurance. Le pouvoir adjudicateur doit donc anticiper les évolutions de son marché et prévoir, autant que faire se peut, ces possibilités d'évolutions dans le marché initial.
- Cette flexibilité portera principalement sur le prix du marché et sur son évolution au fur et à mesure de l'exécution.
- Elle ne peut pas concerner des éléments essentiels tels que l'objet du marché. ■

Réussir la passation des marchés publics d'assurance

Jérôme Grand d'Esnon

Avocat au Barreau de Paris, ancien Directeur Général de la Ville de Paris, ancien conseiller à la Présidence de la République, ancien Directeur des Affaires Juridiques du ministère de l'Economie et des Finances, ancien Agent Judiciaire du Trésor, Chevalier de la Légion d'Honneur et de l'Ordre National du Mérite, Jérome Grand d'Esnon est professeur à l'Institut Supérieur d'Administration du Royaume marocain en charge du droit de la commande publique et chargé d'enseignement en mastère II à l'Université de Paris I.

Vianney Petetin

Avocat au Barreau de Paris, Vianney Petetin est spécialisé en droit public et environnement.

Les achats publics représentent une part importante de l'économie. Le mouvement de professionnalisation des collectivités a conduit à repenser les modes d'achats des personnes publiques.

Aujourd'hui, de nombreuses collectivités s'interrogent sur la pertinence de recourir à l'assurance pour couvrir les risques liés à l'exercice de leurs missions d'intérêt général. Le présent ouvrage a pour objet de leur permettre de bien acheter des prestations d'assurance.

À jour des dernières règles issues de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et des jurisprudences récentes, cet outil tourné vers la pratique permettra de répondre aux nombreuses questions que se posent les acheteurs publics lorsqu'ils passent un marché d'assurance.
Comment fonctionne la commande publique ?
Quelles sont les procédures à appliquer ?
Quelles sont les clés pour réussir la passation d'un marché public ?

Cet ouvrage, spécifiquement dédié aux marchés publics d'assurance, permet d'approfondir la pratique de la commande publique et de comprendre ses enjeux.

ISBN 978 2 35474 279 9

Les Essentiels

Photo de couverture : Fotolia