

DOSSIER N°10 - PRIX DES MARCHÉS PUBLICS

| | |
|------------------------------------------------|---|
| 1. LE PRIX : NOTIONS ET PRINCIPES | 2 |
| 2. PRIX DÉFINITIF ET PRIX PROVISoire | 3 |
| 3. PRIX FORFAITAIRES ET PRIX UNITAIRES | 3 |
| 4. PRIX FERME ET PRIX RÉVISABLE | 3 |
| 5. LA CLAUSE BUTOIR | 4 |
| 6. LA CLAUSE DE SAUVEGARDE | 5 |
| 7. LE PRIX PENDANT L'EXÉCUTION DU MARCHÉ | 5 |
| 8. LES CLAUSES DE PÉNALITÉS | 5 |

PRIX DES MARCHÉS PUBLICS

Issu de la transposition des directives communautaires 2004/17/CE, 2004/18/CE⁽¹⁾ et 2009/81/CE relatives à la passation des marchés publics, le code des marchés publics (CMP) de 2006 impose des obligations de publicité et de mise en concurrence à l'État, aux collectivités territoriales, aux établissements publics, ainsi qu'aux personnes privées. Il impose également des règles en matière de détermination du prix afin de permettre une juste rémunération dans une concurrence saine.

Contrepartie financière de la prestation, le prix est un élément déterminant des marchés publics, définis à l'article 1^{er} du code des marchés publics comme des « *contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs⁽²⁾ et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

Nul n'est encore parvenu à mettre au point la formule qui donnerait, à coup sûr, le bon prix pour le bon ouvrage. L'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) du ministère de l'Économie et des finances, qui réfléchit depuis sa création en 2005 au prix dans les marchés publics, a pu au contraire constater :

- qu'il était nécessaire de mieux anticiper les effets d'éventuelles fluctuations importantes du prix de l'énergie et des matières premières ;
- que certaines formules utilisées pour indexer le prix des marchés étaient inadaptées ;
- que le « prix ferme » était trop souvent utilisé.

Une première réponse a été donnée avec l'élargissement des cas de recours obligatoire à une formule d'indexation du prix (décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 modifiant le V de l'article 18 du CMP).

Une seconde vient de l'être avec la publication sous l'égide de l'OEAP de nouvelles recommandations visant à accompagner les acheteurs et les entreprises. En effet, **la circulaire du 5 octobre 1987** relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés était devenue obsolète avec les réformes successives du code des marchés publics. C'est ainsi qu'a été élaboré un guide pratique intitulé « **Le prix dans les marchés publics⁽³⁾** », publié en avril 2013, qui met à jour les règles et procédés ayant trait à l'indexation des prix des marchés publics.

Sont repris ci-dessous des extraits de ce guide.

1. LE PRIX : NOTIONS ET PRINCIPES

Le prix peut être défini comme la valeur, exprimée en termes monétaires, attribuée à une prestation pour un ouvrage, un produit ou un service. Le prix ou les conditions de sa détermination doivent figurer dans le contrat, sous peine de nullité (article 12 et 191 du CMP).

Les Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) donnent une détermination du prix par défaut et constituent donc une garantie pour l'acheteur. Si le pouvoir adjudicateur ne fait pas référence à un CCAG ou qu'il y fait référence mais y déroge sur le contenu du prix, le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) doit impérativement déterminer le contenu contractuel du prix. Dans la très grande majorité des cas, le pouvoir adjudicateur peut se contenter de faire référence au CCAG le mieux adapté à son domaine d'achat (CCAG - Marchés de fournitures courantes et services, CCAG - Marchés publics de prestations intellectuelles, CCAG - Marchés publics de travaux, CCAG - Marchés publics industriels, CCAG - Marchés publics de techniques de l'information et de la communication).

Le prix initial (appelé également prix de base) est celui qui est établi aux conditions économiques initiales définies dans le marché. Il figure dans le marché soit expressément, soit par les modalités de sa détermination.

⁽¹⁾ Ces deux directives seront abrogées à compter du 18 avril 2016, date à laquelle les États membres devront avoir transposé les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, qui les remplacent et entrent en vigueur le 17 avril 2014.

⁽²⁾ C'est-à-dire l'acheteur public en tant que personne morale. On distingue deux catégories de pouvoirs adjudicateurs : ceux soumis aux dispositions du code des marchés publics ; ceux soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et au décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

⁽³⁾ Le guide est accessible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/autres_groupes_travail/guide-prix-dans-mp.pdf

Le prix de règlement est le prix qui sera effectivement payé au titulaire du marché. Il résulte du prix initial, auquel ont été appliquées les éventuelles clauses de variations des prix prévues dans le contrat (voir infra). Le prix de règlement comprend la taxe sur la valeur ajoutée.

Le montant du marché constitue la somme des prix forfaitaires ou des prix unitaires (définis ci-après), multipliés par les quantités à commander. Le montant initial du marché n'est égal au prix que dans le seul cas d'un marché où un prix forfaitaire unique est donné pour l'ensemble des prestations du marché, à la condition qu'il ne soit ni actualisable, ni révisable. Dans ce cas, le prix est dit ferme.

2. PRIX DÉFINITIF ET PRIX PROVISOIRE

Les marchés sont, presque toujours, conclus à **prix initial définitif**.

En conséquence :

- le prix indiqué dans le marché ne peut plus être modifié, hors clause de variation de prix : il est intangible ;
- un prix, ainsi que les éventuelles formules de variation de prix prévues par le contrat, ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché.

Par exception, certains marchés peuvent être conclus sur la base d'un **prix provisoire**. Ce prix ne deviendra définitif qu'au cours de l'exécution du marché, par la voie d'un avenant. Le recours aux prix provisoires n'est toutefois possible que dans des cas très précis (article 19 du CMP) : marchés de maîtrise d'œuvre de la loi MOP⁽¹⁾, prestations présentant de forts aléas techniques, marchés de défense ou de sécurité.

3. PRIX FORFAITAIRES ET PRIX UNITAIRES

Le prix unitaire est le prix à l'unité d'une prestation précisément définie dans les documents contractuels. Il est appliqué aux quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est plutôt utilisée dans les marchés de fournitures ou de services courants à bons de commande (ex : fournitures de bureau). Il l'est aussi dans les marchés de travaux, quand le pouvoir adjudicateur ne connaît pas, à l'avance, les quantités à mettre en œuvre.

Le prix forfaitaire est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est, notamment, utilisée dans les marchés industriels, dans les marchés d'études ou encore à chaque fois que la prestation constitue un ensemble cohérent et non sécable. Dans ce cas, l'acheteur public ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre et le titulaire obtenir un supplément de prix, au motif que les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévues.

En fonction de l'objet du marché et de la nature des prestations à effectuer, il peut s'avérer nécessaire de combiner les deux formes de prix. Dans cette hypothèse, le marché devra préciser et individualiser clairement les prestations relevant respectivement du prix forfaitaire et du prix unitaire.

4. PRIX FERME ET PRIX RÉVISABLE

En théorie, le prix révisable garantit l'équilibre économique du contrat initial. En pratique, peuvent jouer d'autres logiques (budgétaires par exemple) ou des contraintes particulières (pas d'indices représentatifs de la prestation).

Un prix ferme est un prix invariable pendant toute la durée du marché. Le prix fixé dans la proposition ou l'offre remise par le candidat sera celui payé au titulaire (sauf pénalités, intérêts moratoires,...).

Le recours au prix ferme dans un marché public est limité au cas où « cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché, du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations » (deuxième alinéa du III de l'article 18 du CMP).

Tout prix ferme n'est pas nécessairement **actualisable**, mais seul le prix ferme peut être actualisable.

⁽¹⁾Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

L'actualisation permet de faire évoluer le prix initial fixé dans l'offre, pour tenir compte des variations économiques survenues entre la date de fixation de ce prix et la date de commencement d'exécution des prestations. L'actualisation transforme le prix ferme initial en un nouveau prix ferme. Elle ne peut être effectuée qu'**une seule fois** pour un marché considéré et seulement si la date de début d'exécution dépasse de trois mois la date de fixation du prix par le candidat.

Un prix révisable est un prix qui peut être modifié, pour tenir compte des variations économiques constatées pendant l'exécution du marché. Plusieurs éléments doivent être examinés pour déterminer s'il convient de retenir un prix variable : la nature des prestations achetées, la durée du marché, l'existence de références suffisantes pour constituer une formule de variation de prix, la simplicité des opérations de règlement, l'absence d'incertitude budgétaire.

La révision est **obligatoire**, lorsque les **conditions cumulatives** suivantes sont réunies (article 18-V du CMP) :

- marché d'une durée d'exécution supérieure à 3 mois ;
- recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières ;
- le prix est directement affecté par les **fluctuations des cours mondiaux**.

La clause de révision des prix, qui définit les modalités pratiques de la prise en compte de ces variations, doit figurer dans les clauses particulières du marché. Les conditions d'application de la clause sont prévues dans le CCAG mais le CCAP est nécessaire, soit pour le compléter avec la formule de révision choisie, soit pour modifier certains éléments et donc déroger au CCAG. La date d'établissement du prix initial doit y figurer, afin de permettre d'établir la valeur initiale des indices, index ou références à prendre en compte pour la révision.

Trois modalités de calcul de la révision sont offertes au pouvoir adjudicateur : l'ajustement en fonction d'une référence, l'application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation ou la combinaison entre les deux (cette dernière possibilité étant rarement mise en œuvre).

La révision en fonction d'une référence unique présente l'avantage de la simplicité mais pour choisir cette modalité de révision des prix, il faut que les prestations du marché correspondent exactement à la référence choisie. Or, il est rare qu'un indice, à lui seul, traduise correctement les éléments constitutifs d'une prestation. C'est pourquoi une formule paramétrique composée de plusieurs indices ou index correspondant aux principaux éléments du coût de la prestation est plus représentative.

En conclusion, la clause de révision constitue un engagement contractuel et aucune des parties ne peut y renoncer ou en empêcher unilatéralement la mise en œuvre. Si l'acheteur public souhaite encadrer les évolutions des prix, il doit prévoir une clause, à cette fin, dans le marché, telle qu'une clause butoir ou une clause de sauvegarde.

5. LA CLAUSE BUTOIR

La clause butoir empêche l'évolution du prix au-delà du butoir prévu, sans que le titulaire puisse s'y opposer. Elle peut reposer sur un indice ou un index représentatif, même approximativement, de l'évolution du prix de la prestation, ou une formule représentative, de l'évolution du coût de la prestation. Elle peut aussi être exprimée par un pourcentage au-delà duquel le prix sera bloqué pendant une certaine durée.

Une clause butoir ne doit avoir qu'un effet limité : en importance, car l'écart entre l'évolution « contractuelle » et la limitation basée sur le butoir ne doit être que de quelques pour-cent. Dans le temps, afin de ne produire ses effets que sur une durée de quelques mois qui devra être prévue contractuellement.

Une clause butoir **ne devrait pas être prévue**, lorsque la formule de révision est déjà constituée d'indices représentatifs de l'évolution du prix ou du coût de la prestation et que ces indices sont fiables (lorsqu'ils sont notamment produits par **l'INSEE**).

La clause butoir peut être associée à une clause de sauvegarde. Cette association des deux clauses est recommandée, lorsque la clause butoir n'est pas fondée sur des indices représentatifs du prix ou du coût de la prestation.

6. LA CLAUSE DE SAUVEGARDE

La clause de sauvegarde permet à l'acheteur public de résilier, sans indemnité, la partie non exécutée des prestations lorsque l'écart entre le butoir et la formule de révision devient trop important.

Cette clause se traduit, la plupart du temps, par un pourcentage d'augmentation au-delà duquel le pouvoir adjudicateur a la possibilité de résilier le marché. Les modalités de cette résiliation doivent être prévues dans le marché, notamment la période de préavis.

Il convient d'utiliser les clauses de sauvegarde avec prudence afin d'éviter qu'elles n'entraînent une résiliation automatique du marché. La mise en œuvre de la clause de sauvegarde doit en effet permettre, dans l'intérêt des deux parties, de procéder à une nouvelle mise en concurrence qui permettra d'établir le juste prix du marché.

7. LE PRIX PENDANT L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

Comme vu précédemment, le prix contractualisé est intangible, ainsi que les conditions de son évolution prévue à la signature du contrat, et aucune des parties au contrat ne peut les modifier (article 17 du CMP). Un avenant qui insère ou modifie une clause de révision, une formule ou des index est dès lors illégal.

Il existe des exceptions à ce principe :

- la modification du prix est rendue nécessaire par l'exécution même du marché (disparition d'un indice, disparition ou obsolescence d'un produit initialement proposé) ;
- cas de travaux supplémentaires ;
- sujétions techniques imprévues, c'est-à-dire des difficultés matérielles, rencontrées lors de l'exécution du marché, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties.

8. LES CLAUSES DE PÉNALITÉS

La violation de toute clause contractuelle peut donner lieu à des pénalités, dès lors que le marché les prévoit expressément. Les CCAG prévoient des clauses-types de pénalités, auxquelles il est possible de déroger dans les documents contractuels du marché, par exemple en les plafonnant.

Pour complément d'information, l'OEAP a mis en place depuis 2006 les **Groupes d'Étude des Marchés (GEM)**, chargés de rédiger des documents techniques d'aide à la passation et à l'exécution des marchés publics, en remplacement des Groupes Permanents d'Études des Marchés (GPEM).

Il existe actuellement 12 groupes d'étude des marchés, dont :

- le GEM Dématérialisation des marchés publics (GEM Démat), qui a publié le Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés (version 1.0 - Décembre 2015) ainsi qu'un Guide de la dématérialisation des marchés publics - Acheteurs et un Guide de la dématérialisation des marchés publics - Opérateurs Economiques (versions 4.0 - Avril 2019), qui intègrent les références du nouveau Code de la commande publique, applicable depuis le 1^{er} avril 2019 ;
- le GEM Développement durable (GEM-DD) ;
- le GEM Aménagements et équipements durables dans le bâtiment (qui a fusionné le GEM Ascenseurs et le GEM Chauffage et climatisation), qui a publié en mai 2007 un Guide de rédaction des clauses techniques des marchés publics d'exploitation de chauffage avec ou sans gros entretien des matériels et avec obligation de résultat.