



LE PRIX DANS LES MARCHES PUBLICS

GUIDE ET RECOMMANDATIONS

La formation et la variation des prix dans les marchés publics
Éléments juridiques et modalités pratiques

Mars 2013

Version 1



PRÉAMBULE :

...De l'alchimie du prix...

Le prix est la pierre philosophale des marchés publics : nul n'est encore parvenu à mettre au point la formule qui donnerait à coup sûr le bon prix pour un bon « ouvrage ».

Il est connu que le prix le plus bas n'est pas nécessairement ce bon prix...

Mais comment un prix est-il constitué ? Est-il l'exact reflet des coûts et de la marge de celui qui vend, est-ce un prix de « marché » imposé par des références nationales ou internationales qui font le « vrai » prix, quel que soit le coût, est-ce la traduction d'une conjoncture ou d'un niveau d'activité qui oriente les prix ou bien est-ce plus simplement le prix de la concurrence, de la saine concurrence entre les entreprises qui s'efforcent de présenter leur meilleur prix, pour la meilleure prestation ?

C'est un peu tout cela... et l'équation devient vite indéchiffrable, pour l'acheteur public, mais aussi pour l'entreprise.

Un guide ne peut pas « résoudre » cette équation à plusieurs inconnues...mais il peut éclairer ceux qui cherchent à savoir comment faire le mieux possible, en parlant, tout d'abord, le même langage, en partageant les mêmes valeurs, et en appliquant les mêmes règles, règles simples dans leurs principes et auxquelles on déroge si souvent.

Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux. Le prix payé pour l'exécution de ces contrats constitue la rémunération du titulaire. Cette rémunération est payée sur des deniers publics.

La détermination d'une juste rémunération est, par conséquent, importante, tant pour l'acheteur, qui doit payer un prix garantissant que le marché sera exécuté dans les conditions prévues par le contrat, mais sans payer plus cher que ce que valent réellement les prestations, que pour le titulaire qui doit trouver dans sa rémunération les moyens de faire vivre son entreprise, ses salariés, en dégagant un bénéfice, indispensable notamment pour investir et innover.

Aucune des parties n'a donc intérêt à conclure un contrat déséquilibré, faisant courir un risque à l'un de ne pas obtenir les prestations attendues, à l'autre de ne pas être rémunéré au moins à hauteur de ce que lui coûtent les prestations.

Si chacune des parties doit, par conséquent, anticiper le plus possible l'évolution des conditions qui pourraient rendre plus difficile l'exécution du marché, aucune ne peut totalement prévoir et se prémunir contre ces évolutions. Certains mécanismes contractuels permettent toutefois de conserver au mieux cet équilibre. Le présent guide a pour but de permettre aux acheteurs publics de mieux comprendre et donc de mieux utiliser ces outils, et de prévenir, par conséquent, bien d'inutiles conflits.

SOMMAIRE

PRÉAMBULE :	2
INTRODUCTION.....	6
CHAPITRE 1. LE PRIX : NOTION ET PRINCIPES	7
1.1. DEFINITION DU PRIX	7
1.2. CONTENU DU PRIX	7
1.3. DIFFERENCE ENTRE PRIX DE LA PRESTATION ET COUT DE LA PRESTATION ...	8
1.4. DIFFERENCE ENTRE PRIX INITIAL (PRIX DE BASE) ET PRIX DE REGLEMENT	11
1.5. LE MONTANT DU MARCHE EST DIFFERENT DU PRIX DU MARCHE	11
1.6. LE PRIX INDIQUE DANS LE MARCHE EST, EN PRINCIPE, DEFINITIF	12
1.6.1. <i>Le principe : un prix définitif</i>	12
1.6.1.1. Le prix est intangible.....	12
1.6.1.2. La forme du prix adoptée par le marché est intangible	12
1.6.2. <i>L'exception : un prix provisoire</i>	12
1.6.2.1. Prix provisoires dans les marchés autres que de défense ou de sécurité	14
1.6.2.1.1 Dans les marchés de maîtrise d'œuvre	14
1.6.2.1.2 Dans les marchés de travaux.....	14
1.6.2.2. Prix provisoires dans les marchés de défense ou de sécurité (article 199-I du CMP).....	15
CHAPITRE 2. LES FORMES DU PRIX : PRIX UNITAIRE OU PRIX FORFAITAIRE.....	16
2.1. LE PRIX UNITAIRE	16
2.2. LE PRIX FORFAITAIRE	16
2.3. COMBINAISON DES DEUX FORMES DE PRIX DANS UN MEME MARCHE	17
CHAPITRE 3. LE CHOIX ENTRE PRIX FERME OU PRIX REVISABLE	18
3.1. COMMENT CHOISIR ENTRE PRIX FERME ET PRIX REVISABLE ?	19
3.2. LE PRIX FERME	22
3.2.1. <i>Définition</i>	22
3.2.2. <i>Le prix ferme peut être actualisable</i>	22
3.2.2.1. Définition	22
3.2.2.2. Quand est-il obligatoire de prévoir une clause d'actualisation ?.....	23
3.2.2.3. Condition de mise en œuvre de l'actualisation : écoulement d'un délai minimal	24
3.2.2.4. Calcul de l'actualisation.....	24
3.3. LE PRIX REVISABLE.....	25
3.3.1. <i>Définition</i>	25
3.3.2. <i>Clause de révision obligatoire ou facultative ?</i>	25
3.3.2.1. Révision facultative	25
3.3.2.2. Révision obligatoire (articles 18-V et 198-V du CMP)	25
3.3.3. <i>Prévoir la clause de révision</i>	26
3.3.3.1. Qui rédige la clause de révision des prix ?	26
3.3.3.2. Contenu de la clause de révision des prix.....	26
3.3.3.2.1. Modalités de calcul de révision	26
3.3.3.2.2. Facteurs de choix entre référence unique ou formule paramétrique.....	30
3.3.3.2.3. Conseils pour composer sa formule paramétrique.....	32
3.3.3.2.4. Conseils pour la mise en œuvre des indices ou index.....	33
3.3.3.2.5. Quel rythme de révision prévoir ?.....	34
3.3.3.2.6. Comment contenir les effets de la révision ?	35
3.3.3.2.7. Comment mettre en œuvre la clause de révision ?	39
CHAPITRE 4. CLAUSES DE PENALITES ET CLAUSES INCITATIVES.....	41
4.1. CLAUSES DE PENALITES.....	41
4.2. CLAUSES INCITATIVES	41
4.2.1. <i>Principe</i>	41
4.2.2. <i>Exemples de clauses incitatives</i>	42

4.2.2.1. Une prime d'avance sur le délai contractuel.....	42
4.2.2.2. Une prime pour dépassement des performances	42
4.2.2.3. Une clause d'intéressement.....	42
4.2.2.4. Recherche de marge	43
4.2.3. Conditions de mise en œuvre de la clause incitative.....	43
CHAPITRE 5. METHODE D'APPRECIATION DU PRIX, LORS DE L'ANALYSE DES OFFRES.....	44
5.1. UNE BONNE EVALUATION DES BESOINS : UN PREALABLE INDISPENSABLE....	44
5.2. CHOIX DES CRITERES ET DE LA PONDERATION	44
5.2.1. Le prix, critère de jugement des offres parmi d'autres	45
5.2.1.1. Une liste de critères non exhaustive	45
5.2.1.2. Doit-on retenir le prix parmi les critères de jugement des offres ?	45
5.2.1.3. Peut-on retenir le prix comme unique critère de jugement des offres ?	46
5.2.2. Pondération du critère prix (et des autres critères)	46
5.2.3. Les méthodes de notation	48
5.2.3.1. Doit-on communiquer la méthode de notation ?.....	48
5.2.3.2. Quelle méthode de notation retenir ?	49
5.2.3.3. Comment noter le prix ?.....	51
5.2.3.4. Doit-on comparer la note de prix obtenue indépendamment des autres critères ou en lien avec eux?	54
5.3. LE PRIX ET LES VARIANTES	56
5.4. DEUX METHODES D'ANALYSE DE L'OFFRE FINANCIERE : LES PRIX ET LES COÛTS.....	56
5.4.1. L'analyse de prix.....	57
5.4.1.1. Par comparaison avec des prix obtenus récemment pour des marchés comparables ou par d'autres acheteurs pour une prestation identique.....	57
5.4.1.2. Par comparaison avec des prix antérieurs, modulés par l'évolution du marché, pour un produit courant ou un service courant.....	58
5.4.1.3. Comparaison avec le prix d'une commande identique précédente, pour des commandes de matériels, services, équipements ou travaux autres que courants	58
5.4.2. L'analyse des coûts traduits dans l'offre du fournisseur	59
5.4.3. Méthode d'appréciation du prix en procédure adaptée ou procédure négociée.....	59
5.5. COMMENT TRAITER EN COURS DE PROCÉDURE D'ATTRIBUTION LES « ERREURS » QUI PEUVENT CONCERNER LES PRIX D'UN MARCHÉ ?	61
5.5.1. Cas d'une formule de variation des prix manifestement inadaptée ou oubliée	61
5.5.2. Cas où un (ou plusieurs) des prix proposés dans l'offre comporte une erreur	62
5.6. LA NOTION DE COÛT GLOBAL	63
5.7. QUE FAIRE AVEC LES PRIX ABERRANTS OU ANORMALEMENT BAS ?	64
CHAPITRE 6. LE PRIX PENDANT L'EXECUTION DU MARCHÉ.....	66
6.1. L'INTANGIBILITE DU PRIX ET SES AMENAGEMENTS.....	66
6.1.1. Le prix est intangible.....	66
6.1.2. Exceptions au principe.....	67
6.1.2.1. Lorsque la modification du prix est rendue nécessaire par l'exécution même du marché	67
6.1.2.2. En cas de travaux supplémentaires.....	68
6.1.2.3. Dans le cas d'une décision de poursuivre	68
6.1.2.4. Dans le cas de sujétions techniques imprévues.....	69
6.1.2.5. Dans le cas de l'imprévision (cas rare)	70
6.2. LE PAIEMENT DU PRIX	71
6.2.1. Les avances sont de droit	71
6.2.2. Les acomptes sont également de droit	71
6.2.3. Les délais de paiement doivent être respectés	72
6.2.4. Mise en œuvre automatique de la clause de révision lors des paiements	72
6.2.5. Paiement des sous-traitants	73
6.2.5.1. Le sous traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne publique a droit au paiement direct de ses prestations	73
6.2.5.2. Le sous-traitant ne peut se prévaloir automatiquement de la révision des prix prévue dans le marché	73

FOIRE AUX QUESTIONS	75
1. Y-a-t-il des marchés sans prix ?	75
2. La survenance d'une éco taxe peut-elle modifier les prix d'un marché en cours d'exécution ?	75
3. L'avance peut-elle avoir un impact sur le prix ?	76
4. Le budget doit-il être un des facteurs de choix d'un mode de variation de prix par rapport à un autre ?	76
5. Pour l'application de la formule de révision, peut-on prendre le dernier indice (ou index) connu ou doit-on prendre l'indice (ou index) réel?	76
6. Peut-on modifier la forme de prix et les modalités d'évolution de ces prix ?	76
7. Est-il possible de prévoir un prix ferme dans les marchés à bons de commande ?	77
8. Le pouvoir adjudicateur peut-il accepter une variante entre prix ferme et prix révisable ?	77
9. Pour un marché de travaux de plus de trois mois, les prix sont-ils révisables ou actualisables ?	77
10. Comment réviser le prix dans le cadre d'un accord cadre?	77
11. Comment fixer la rémunération d'un maître d'œuvre ?	78
12. L'acheteur peut-il accepter une variante proposant une clause de variation de prix adaptée ?	78
13. Peut-on reconduire un marché à prix forfaitaire ?	79
14. Est-il possible de commander des fournitures ou services dans une devise différente de l'euro ?	79
15. Comment libeller les devises pour des prestations réalisées à l'étranger et comment prendre en compte les variations de prix dans la rédaction du marché ?	79
16. Doit-on prévoir une clause de change ?	80
17. Existe-t-il une pondération minimale du critère prix ?	80
18. L'analyse des prix doit-elle se faire TTC ou HT ?	80
19. Est ce que les enchères « inversées » comportent un risque de dégradation de la qualité de l'offre ? ..	80
20. Comment doivent être traités les arrondis qui proviennent de l'application des formules de variation de prix ?	81
21. Quelle est la valeur contractuelle du devis descriptif et estimatif détaillé ?	81
22. Quels sont les indices d'une entente ?	81
23. Quel est l'impact sur le prix d'une entente et quels sont les moyens à mettre en œuvre pour la détecter ?	82
24. Comment l'acheteur peut-il récupérer éventuellement le supplément de prix qu'il a dû acquitter, à raison d'une entente tardivement détectée ?	83
25. Qui doit calculer la variation de prix ?	83
26. Que peut faire l'acheteur dans le cas de la disparition d'un indice ?	83
27. Doit-on considérer le montant de la facture du sous-traitant H.T. et appliquer une T.V.A. à taux réduit, même si elle est présentée avec une T.V.A. normale ?	84
28. Choix des pénalités et TVA	84
ANNEXE 1 : COMMENT CONSERVER LA PONDÉRATION DES CRITÈRES LORS DU JUGEMENT DES OFFRES ?	85
ANNEXE 2 : FICHE SUR LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES	87
ANNEXE 3 : EXEMPLES D'ACTUALISATION ET DE RÉVISION UTILISANT UN INDICE « PRODUITS ET SERVICES DIVERS » (PSD)	92
ANNEXE 4 : ILLUSTRATION D'UNE FORMULE DE NOTATION DE PRIX POUVANT ABOUTIR À UNE NOTE NÉGATIVE	95

INTRODUCTION

Ce guide n'a pas de valeur réglementaire. Il a pour but de présenter et d'expliquer les éléments juridiques à la disposition des acheteurs publics et des candidats aux marchés publics. Il entend sécuriser les procédures de passation des marchés et les clauses relatives au prix, permettant ainsi aux acheteurs publics d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de leurs besoins, de la durée des marchés et du niveau de qualité attendu.

Un principe : les prix sont libres ...et sont très rarement réglementés.

Les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence et établis par les opérateurs économiques, lors de la mise en concurrence, sur la base des besoins exprimés dans le cahier des charges.

La liberté de la concurrence est un des piliers de la construction européenne et a été déclinée dans trois directives¹ propres aux marchés publics.

La liberté de fixation des prix est la règle. Rares sont les régimes de prix réglementés : il s'agit notamment du livre (loi n°81-766 du 10 août 86 modifiée), de l'électricité (articles L.337-7 à L.337-9 du code de l'énergie) et du gaz naturel (L.445-4 du code de l'énergie)...

Contrepartie financière de la prestation, le prix est un élément déterminant de l'accord cadre ou du marché public², tels qu'ils sont définis par l'article 1 du code des marchés publics.

¹ -Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, dite « directive classique » (JOUE-L 134 du 30 avril 2004) ;

-Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dite « directive secteurs spéciaux ». - Directive 2009/81/CE du Parlement et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination de la procédure de passation de certains marchés de travaux, fournitures et services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, dite « directive défense et sécurité ».

² Nota : sauf mention spéciale, les développements du présent guide s'appliquent aux marchés et accords cadre.

Chapitre 1. LE PRIX : NOTION ET PRINCIPES

1.1. DEFINITION DU PRIX

On peut définir le prix comme la valeur, exprimée en termes monétaires, attribuée à une prestation pour un ouvrage, un produit ou un service.

Le code des marchés publics ne définit pas la notion de prix, mais il lui consacre son chapitre IX des première et troisième parties. Les cinq Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) transposent ces dispositions dans le dispositif contractuel des marchés.

Un marché public étant toujours conclu à titre onéreux, les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix. Celui-ci correspond généralement au versement d'une somme d'argent par le pouvoir adjudicateur au titulaire, en contrepartie des prestations qu'il exécute. Un contrat financé par un abandon de recettes³ ou une exonération de versement de redevance⁴ est conclu à titre onéreux et constitue un marché public.

Le prix se rattache à la prestation exécutée (ouvrage, produit ou service) : le prix ou les conditions de sa détermination doit figurer dans le contrat, sous peine de nullité.

1.2. CONTENU DU PRIX

« I. Les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement (...) 6° Le prix ou les modalités de sa détermination » (article 12 et 191 du CMP).

Le prix doit être déterminé ou déterminable : soit le prix figure dans les documents du marché, soit les modalités précises de sa détermination figurent dans le marché (il peut être calculé précisément par l'application des clauses contractuelles).

Attention à la déterminabilité du prix !

Dans certains types de prestations de services, les modalités de rémunération d'un titulaire peuvent être fondées uniquement sur un pourcentage du résultat obtenu par celui-ci. Un tel prix n'est ni déterminé, ni « déterminable ».

Illustration : pour les **conventions de recherche d'économies**, un prix en pourcentage des économies susceptibles d'être obtenues n'est pas un « prix déterminable ». Ces prestations de services d'audit, doivent être rétribuées conformément à l'article 17 du CMP : le prestataire doit être rémunéré pour la seule réalisation de l'audit et l'acheteur doit bénéficier de la totalité des économies obtenues en application de cet audit.

Attention ! Sont à proscrire les clauses qui prévoient une révision de prix en cours de contrat, en fonction de l'évolution des prix. Elles rendent en effet le prix indéterminable. Elles sont donc à proscrire.

³ CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, Ordine degli architetti delle Provinci di Milano e Lod : Rec. CJCE 2001, I, p. 5409

⁴ CE, ass., 4 nov. 2005, n° 247298 et n° 247299, Sté Jean-Claude Decaux : JurisData n° 2005-069146 et n° 2005-069147

La rédaction du contrat sera déterminante pour fixer le contenu précis de ce prix.

Les cinq Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) donnent une détermination du prix par défaut, et constituent donc à la fois une aide et une garantie pour l'acheteur. Il ne doit y être dérogé qu'avec prudence. 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.

Les clauses relatives au prix des cinq CCAG sont très proches, tout en prenant en compte les spécificités de leurs domaines d'application :

1. Le CCAG-Travaux (art. 10.1.1) stipule que « *les prix sont réputés comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux, y compris les frais généraux, impôts et taxes, et assurer au titulaire une marge pour risque et bénéfice.* »

2. Le CCAG-Fournitures courantes et Services (art. 10.1.3) stipule que « *les prix sont réputés comprendre toutes les charges fiscales ou autres frappant obligatoirement les prestations, les frais afférents au conditionnement, au stockage, à l'emballage, à l'assurance et au transport jusqu'au lieu de livraison, ainsi que toutes les autres dépenses nécessaires à l'exécution des prestations, les marges pour risque et les marges bénéficiaires* »

3. Les CCAG-Marchés industriels (art.11.1.3), Technologies de l'information et de la communication (art. 10.1.3) et Prestations intellectuelles (art. 10.1.3) stipulent que « *les prix sont réputés comprendre toutes les charges fiscales ou autres, frappant obligatoirement les prestations, les frais afférents au conditionnement, au stockage, à l'emballage, à l'assurance et au transport jusqu'au lieu de livraison, les frais afférents à l'application de l'article 18.4 pour le CCAG-MI, l'article 17.1.2 pour le CCAG-TIC et l'article 16.4 pour le CCAG PI] ainsi que toutes les autres dépenses nécessaires à l'exécution des prestations, les marges pour risque et les marges bénéficiaires*».

L'utilisation d'un CCAG permet, par conséquent, à l'acheteur et à l'entreprise, de connaître avec précision la nature de l'engagement sur le prix.

1.3. DIFFERENCE ENTRE PRIX DE LA PRESTATION ET COUT DE LA PRESTATION

Le prix de la prestation et le coût de la prestation sont des notions économiques différentes :

- le prix est la somme du coût estimé de la prestation et de la marge du cocontractant.

- le coût de la prestation comprend les charges directes -résultant de l'exécution des prestations, comme par exemple l'achat de matières premières, la main d'œuvre, les frais de déplacement imposés par le cahier des charges ou jugés nécessaires par le candidat à la réalisation du cahier des charges-, les charges indirectes (approvisionnement, stockage, impôts, frais de gestion...) et les aléas liés à l'exécution du marché

- la marge du prestataire comprend son bénéfice et la part de provision qui n'est pas consommée par les aléas.

Donc :

► **Prix = coût + marge**

► **Coût = charges directes + charges indirectes + aléas liés à l'exécution du marché**

► **Marge = bénéfice + part de la provision qui n'est pas consommée par les aléas**

Comment l'entreprise élabore-t-elle son prix?

La situation idéale, pour l'opérateur économique, est de pouvoir partir de ses coûts et calculer ensuite sa marge, constituée elle-même d'une part de risque (aléas) et de bénéfice. Toutefois, dans un milieu concurrentiel, l'entreprise doit tenir compte de multiples facteurs, sur lesquels elle n'a pas toujours de maîtrise. Elle peut, par conséquent, ne pas être en mesure de respecter cette règle de bonne gestion. Elle peut aussi volontairement y déroger, par exemple dans le cadre d'une politique commerciale (conquête d'un nouveau marché par exemple).

L'entreprise calcule son prix à partir de ses prévisions de charges et de recettes, puis de toutes les charges inscrites à son compte de résultat, tenu mensuellement, trimestriellement ou annuellement, notamment de ses coûts salariaux. Elle les évalue afin de les maîtriser.

L'entreprise maîtrise a priori ses coûts, notamment les coûts salariaux. Elle maîtrise moins ses coûts de matières premières ou d'approvisionnements nécessaires à la prestation ; mais peut toutefois réduire les incertitudes : stockage, contrats de couverture des risques de change... Les marchés de services, dans lesquels la part de main d'œuvre est généralement la plus importante, sont donc susceptibles de moins d'aléas durant leur exécution, mais en contrepartie, ils donnent moins de souplesse en terme de gestion.

L'entreprise ne maîtrise pas l'environnement concurrentiel et la conjoncture, qui sont particulièrement déterminants dans la fixation du prix et donc la proposition de l'entreprise. Parmi les facteurs externes influençant les prix, les divers degrés de concurrence ont leur part d'impact : une faible concurrence ou des plans de charges bien remplis pourraient éventuellement être facteurs de prix plus élevés. A contrario, une forte concurrence ou des plans de charges peu garnis pourraient favoriser la proposition de prix plus intéressants pour l'acheteur, l'entreprise étant contrainte de serrer ses prix pour obtenir le marché.

En dehors de ces contextes, une entreprise qui veut obtenir une référence sur un produit, ou avec un acheteur public, fera un effort plus important que celle qui dispose déjà de ce référencement ou de cette expérience. Le prix proposé correspond alors à un prix d'appel qui ne reflète pas entièrement la réalité du coût des prestations. Cela ne signifie pas pour autant que l'offre est anormalement basse, mais que l'entreprise a, par exemple, réduit sa marge ou calculé ses coûts sur des quantités supérieures à celles du seul marché afin de faire baisser temporairement les prix unitaires.

Lorsque le marché prescrit des approvisionnements importants en matières premières ou en produits réalisés en dehors de l'entreprise, celle-ci ne maîtrise pas totalement ses prix et notamment leur évolution en cours de marché, en particulier en l'absence de clause contractuelle garantissant la prise en compte des variations de prix. L'entreprise peut anticiper ce risque commercial en présentant un prix plus élevé, ou, au contraire, si elle sous-estime le risque, proposer un prix qui n'absorbera pas durablement la charge financière induite ce qui peut entraîner, à terme, la défaillance de l'entreprise ou une diminution de la qualité des prestations en dessous du minimum acceptable au titre du marché.

En fixant son prix, l'entreprise prend un risque. C'est à elle seule de le prendre, dans le cadre de ses choix de gestion, sans intervention de l'acheteur sur ces choix. Mais elle doit le prendre en connaissance de cause : anticipation des conséquences d'un marché à prix ferme, à prix révisable.

L'acheteur public ne doit, lui, pas subir les conséquences d'un choix erroné de l'entreprise titulaire (par exemple, lorsqu'anticipant une baisse de prix, elle n'a pas

stocké des matières premières alors que les prix augmentent). Le prix du contrat ne peut augmenter du fait des erreurs d'anticipation de l'entreprise.

Conseils pratiques :

Chaque candidat élabore librement son prix, dans un environnement concurrentiel. Connaître la logique économique des acteurs économiques dans l'élaboration de leur prix permet d'estimer correctement le montant du marché et de choisir la procédure la mieux adaptée, puis de mieux analyser les offres, voire de mieux négocier quand la possibilité est ouverte. On doit toutefois rappeler qu'une bonne négociation ne doit, en aucun cas, porter exclusivement sur le prix.

- Une bonne connaissance du marché économique

► Connaître préalablement le prix moyen de prestations comparables à celles objet du marché même permettra de déterminer la procédure de passation applicable et le budget nécessaire (par le biais de revues spécialisées, de salons techniques, d'internet...). L'état de la conjoncture dans le secteur concerné sera également un bon indicateur du niveau de prix général des propositions attendues, en tenant compte également de l'importance de la commande par rapport à l'objet du marché. Il ne s'agit toutefois que de mener une estimation.

- Une expression du besoin correcte

► Pour obtenir des propositions intéressantes, les exigences techniques ou administratives doivent être limitées à ce qui est nécessaire. Des exigences disproportionnées par rapport au besoin entraîneront un surcoût et des difficultés de justification du choix. Ces exigences risquent également de restreindre la concurrence.

► Exprimez clairement vos besoins et réduisez au maximum les incertitudes liées à votre commande. En effet, tout ce qui n'est pas certain pour le candidat constitue un risque potentiel qu'il anticipera, en augmentant son prix ou en prenant un risque disproportionné. Diminuer cette part d'aléa vous permettra d'obtenir un prix plus « juste ». Ayez à l'esprit que l'utilisation de certaines souplesses du code augmentera obligatoirement le prix proposé, car l'entreprise sera face à une incertitude importante.

Ainsi, un marché à bons de commande sans montant minimum, ni montant maximum peut entraîner une majoration des prix proposés par le titulaire, car ce dernier ne peut être certain de se voir commander un minimum de prestation et ne connaît pas le niveau d'engagement à prendre sur le maximum. Si les montants minimum/maximum sont indiqués, l'écart entre eux doit être le plus réduit possible, car l'offre est le plus souvent basée sur le minimum certain.

Dans un marché à tranches, l'engagement ferme de l'acheteur public est limité à l'exécution de la seule tranche ferme. La probabilité de l'exécution des tranches conditionnelles est estimée par l'entreprise et influence en conséquence le prix proposé. Mais le choix de l'attributaire se fait sur la totalité.

- Une bonne connaissance des pratiques économiques pour la prestation envisagée

► Le pourcentage de la marge varie beaucoup d'un secteur d'achat à l'autre, d'une période à l'autre, en fonction du risque pressenti. Si les marchés à forte proportion de main d'œuvre, comme le nettoyage ou le gardiennage, pratiquent souvent des marges faibles, car leurs prix peuvent être très facilement analysés et rapprochés des salaires conventionnels de la profession, les marchés de prestations intellectuelles ou informatiques (développement, conseil) et de produits à haute technologie procurent généralement des marges plus fortes, qui est souvent la contrepartie d'un risque plus

important pris par les entreprises et d'une plus grande valeur ajoutée.

Connaître les marges généralement pratiquées par le secteur vous permettra de détecter d'éventuelles anomalies dans les offres de prix.

La connaissance des marges ou des prix moyens pratiqués peut parfois se révéler difficile : par exemple, dans le cas de la construction d'un ouvrage unique avec des techniques très spécifiques.

1.4. DIFFERENCE ENTRE PRIX INITIAL (prix de base) ET PRIX DE REGLEMENT

-**Le prix initial (appelé également prix de base** dans certaines stipulations des CCAG) est celui qui est établi aux conditions économiques initiales définies dans le marché ; il résulte de la mise en concurrence ou de la négociation.

Il figure dans le marché soit expressément, soit par les modalités de sa détermination.

-**Le prix de règlement** est le prix qui sera effectivement payé au titulaire du marché. Il résulte du prix initial (ou prix de base), auquel ont été appliquées les éventuelles clauses de variations des prix prévues dans le contrat qui permettent de prendre en compte les évolutions des conditions économiques applicables à la prestation faisant l'objet du marché. Le prix de règlement peut donc différer du prix initial, en raison de l'actualisation ou de la révision du prix.

Le prix de règlement comprend la taxe sur la valeur ajoutée. Un prix ne mentionnant pas la TVA doit être réputé l'inclure. La TVA ne peut pas être un supplément de prix.

Si le marché a été conclu en vertu d'un prix qui, à aucun moment, ne mentionnait la TVA, le titulaire ne peut pas revendiquer le droit de la facturer en sus du prix convenu⁵.

► Il est recommandé d'utiliser systématiquement le DC 3 ou sa formulation, afin d'avoir une terminologie commune, partagée par tous les acheteurs et leurs prestataires.

1.5. LE MONTANT DU MARCHE EST DIFFERENT DU PRIX DU MARCHE

Le montant du marché correspond à l'évaluation établie aux conditions économiques initiales, de l'ensemble des sommes qui seront versées au titulaire en fonction des prix toutes taxes comprises (TTC) du marché. Il constitue la somme des prix forfaitaires ou des prix unitaires, multipliés par les quantités à commander.

- Le montant prévisionnel ou évaluatif du marché permet au pouvoir adjudicateur de réserver l'enveloppe budgétaire et de déterminer le type de procédure de passation du marché et son niveau de publicité. Par ailleurs, c'est sur la base du montant initial TTC (c'est-à-dire hors variations de prix éventuelles) que le calcul des garanties est effectué. Le montant du marché exécuté correspond à la totalité des paiements TTC pendant la durée du marché (solde inclus).
- Les taxes habituellement répercutées sur le consommateur final sont acquittées par le pouvoir adjudicateur.

⁵ CE, 3 novembre 1990 (n° 73449, SA Groupe immobilier Lenchener : Rec. CE 1990, tables, p. 864)

- Le montant de règlement, notion peu utilisée, peut différer du montant initial par application des clauses contractuelles lors de l'exécution du marché : variations des conditions économiques, variation des quantités livrées au regard des quantités prévues, avenants, intérêts moratoires, pénalités pour retard, primes, réfections, indemnités.

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. Le prix est dit ferme.

1.6. LE PRIX INDIQUE DANS LE MARCHE EST, EN PRINCIPE, DEFINITIF

1.6.1. Le principe : un prix définitif

Les marchés sont, presque toujours, conclus à prix initial définitif, ce qui emporte les conséquences suivantes :

1.6.1.1. Le prix est intangible

Le prix indiqué dans le marché, et sur la base duquel il est conclu, ne peut plus être modifié, hors clause de variation de prix : il est intangible.

1.6.1.2. La forme du prix adoptée par le marché est intangible

Sauf exceptions (énumérées ci-dessous), 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. En revanche, un marché peut comporter plusieurs formes de prix, clairement identifiées. (cf. chapitre 2)

1.6.2. L'exception : un prix provisoire

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 possible que dans les hypothèses exceptionnelles mentionnées aux articles 19 et 199 du CMP :

- lorsque pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, soit, pour les seuls marchés de défense ou de sécurité, un caractère d'urgence résultant d'une crise en France ou à l'étranger, l'exécution du marché doit commencer, alors que la détermination d'un prix total n'est pas encore possible (art 19 et 199 du CMP) ;
- lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ; (art 19 et 199 du CMP) ;
- lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches 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 (articles 19 et 199 du CMP) ;
- lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur public, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs (articles 19 et 199 du CMP) ;

- pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1^{er} de la 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, dite loi MOP, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément au 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 privé (articles 19 et 199 du CMP).
- lorsque les résultats de la mise en concurrence de certains éléments d'un marché de défense ou de sécurité que le titulaire a prévu de confier à un sous-contractant ne sont pas connus, au moment de la fixation des prix du marché (article 199 du CMP)
- lorsque les prestations prévues par le marché de défense ou de sécurité font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives, ne permettant pas de déterminer préalablement un prix définitif (article 199 du CMP)

Conseils

- La conclusion de marchés à prix provisoires est exceptionnelle. La nécessité de signer un avenant, donc de parvenir à un accord entre les deux parties au contrat, est une source potentielle de difficultés au moment de la fixation du prix définitif.

-Il est vivement conseillé de toujours prévoir un prix plafond, afin de limiter le risque d'une dérive importante des prix ; le fait de ne pas pouvoir fixer un prix plafond doit conduire l'acheteur à réfléchir sur les conditions dans lesquelles il pourra être amené à déterminer le prix définitif et les conditions de sa détermination objective. Le fait que le contrat soit déjà signé et une partie des prestations effectuée, met le titulaire en situation de force et nécessite un acheteur aguerri pour maîtriser la situation.

-Les marchés de maîtrise d'œuvre sont les marchés à prix provisoires les plus courants. La rémunération du maître d'œuvre correspond à un taux appliqué au coût prévisionnel des travaux. Ce n'est que lorsque ce coût prévisionnel devient définitif, que la rémunération du maître d'œuvre peut être fixée définitivement par avenant. Les modalités de fixation du prix définitif sont encadrées par le texte du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 (cf. ci-dessus). Elles ne sont pas susceptibles d'être négociées.

- Dans les marchés de longue durée (2 ans et plus), il est vivement recommandé que le prix plafond soit révisable, afin de pouvoir lui conserver un caractère significatif.

- Les pouvoirs adjudicateurs, qui souhaitent faire un marché avec des prix provisoires rendus définitifs après enquête de coût, doivent s'assurer, au préalable, de la faisabilité de l'enquête de coût.

- Les marchés prévoyant une enquête de coût devront mentionner les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, à partir des résultats de l'enquête de coût de revient.

- Les marchés prévoyant une enquête de coût a posteriori devront, en outre, le cas échéant, rappeler les dispositions de l'article 289, alinéas I, II et III du code des marchés publics et les dispositions de l'arrêté du 20 décembre 2000 définissant le cadre général dans lequel sont déterminés les coûts et coûts de revient des prestations des sociétés intervenant dans le domaine aéronautique et spatial et les domaines des télécommunications et de la construction électronique. Sans ces dispositions, l'enquête de coût ne pourra pas être menée.

Les marchés conclus à prix provisoires sur la base des articles 19-II et 199-I doivent préciser :

- Le prix plafond que le prix définitif ne peut dépasser. Ce prix plafond peut être révisable dans les conditions fixées à l'article 198 ;
- Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite du prix plafond;
- L'échéance à laquelle devra intervenir un avenant, pour fixer le prix définitif ;
- Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;
- Les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur public se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

1.6.2.1. Prix provisoires dans les marchés autres que de défense ou de sécurité

1.6.2.1.1 Dans les marchés de maîtrise d'œuvre

Les marchés à prix provisoires les plus couramment utilisés sont les marchés de maîtrise d'œuvre de la loi MOP (article 19-III du CMP), dans lesquels la rémunération du maître d'œuvre est fixée contractuellement, en tenant compte de l'étendue de la mission confiée au titulaire, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux.

Le marché est, d'abord, conclu à prix provisoire : la rémunération correspond alors à un taux appliqué au montant prévisionnel des travaux. La rémunération du maître d'œuvre connaîtra deux évolutions, avant de devenir définitive : elle sera calculée sur le coût prévisionnel définitif des travaux puis sur le coût définitif constaté à l'issue de l'opération.

Afin d'éviter une dérive dans le forfait de maîtrise d'œuvre, le maître d'ouvrage fixe un seuil de tolérance au-delà duquel le maître d'œuvre sera tenu de revoir ses études, afin de rentrer dans l'enveloppe financière.

La rémunération définitive du maître d'œuvre est fixée par avenant au marché.

1.6.2.1.2 Dans les marchés de travaux

Il peut y avoir des prix provisoires dans deux cas :

- lors de travaux supplémentaires ordonnés par le maître d'ouvrage et lorsque les natures d'ouvrage ne figurent pas dans la décomposition des prix, des prix provisoires (« d'attente ») sont notifiés au titulaire. (Article 14 du CCAG travaux)
- lorsque la provenance de matériaux, produits ou composants de construction est fixée dans le marché, le titulaire ne peut la modifier que si le maître d'œuvre l'y autorise par écrit. Dans ce cas, les prix correspondants ne sont modifiés que si l'autorisation accordée précise que la substitution donne lieu à l'application de nouveaux prix. Ces prix sont établis suivant les modalités prévues à l'article 14 du CCAG travaux, le maître d'œuvre notifiant par ordre de service les prix provisoires dans les quinze jours qui suivent l'autorisation donnée. (Article 21.2 du CCAG travaux).

1.6.2.2. Prix provisoires dans les marchés de défense ou de sécurité (article 199-I du CMP)

L'article 199-I du CMP prévoit six cas exceptionnels permettant de fixer des prix provisoires dans des marchés de défense ou de sécurité. On les rappelle ici pour mémoire :

1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit un caractère d'urgence résultant d'une crise en France ou à l'étranger, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;

2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;

3° 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 ;

4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par la personne soumise à la présente partie, sous réserve que cette dernière ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire a prévu de confier à un sous-contractant ne sont pas connus au moment de la fixation des prix du marché ; dans ce cas, seuls ces éléments font l'objet de prix provisoires ;

6° Lorsque les prestations prévues font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de déterminer préalablement un prix définitif.

Chapitre 2. LES FORMES DU PRIX : PRIX UNITAIRE OU PRIX FORFAITAIRE

Les prix des prestations d'un marché sont soit unitaires, soit forfaitaires (art 17 et 197 du CMP). Un même marché peut comporter les deux formes de prix. Le choix entre prix unitaire et prix forfaitaire est à la discrétion de l'acheteur public, mais est déterminé, au plus tard, au lancement de la consultation. Il ne peut plus être modifié.

2.1. LE PRIX UNITAIRE

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 courantes ou de services courants à bons de commande (ex : fournitures de bureau, denrées alimentaires). 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.

Attention ! ne confondez pas prix d'unité d'œuvre et prix unitaire

L'unité d'œuvre est une unité de compte (par exemple, des unités de mesure de la masse ou du volume comme les kilos, la tonne, le nombre de litres achetés ou, pour les services, l'heure de main d'œuvre ou de fonctionnement d'une machine).

Le prix de cette unité d'œuvre ne constitue pas un prix unitaire. En effet, le prix de l'heure de main d'œuvre ne permet pas de fixer le prix d'une prestation de service donnée (sauf si un barème horaire standardisé par prestation est donné, comme par exemple dans les garages d'automobiles). Pour effectuer une même prestation, deux entreprises peuvent utiliser un nombre d'heures différent. L'entreprise dont le prix de l'heure est le moins élevé, n'est donc pas nécessairement la moins coûteuse.

2.2. LE PRIX FORFAITAIRE

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 recommandée pour les prestations dont la consistance (en contenu et en quantité) peut être définie avec précision, au moment de la conclusion du marché et qui forment un ensemble. Elle est, notamment, utilisée dans les marchés industriels, dans les marchés d'études, dans les marchés de travaux ou encore à chaque fois que la prestation constitue un ensemble cohérent et non sécable (par ex : un marché de nettoyage pour des prestations identiques, mais sur différents sites).

Les candidats à un marché à prix forfaitaire doivent évaluer l'étendue des obligations qu'ils devront honorer. En effet, le titulaire s'engage à effectuer une prestation pour le forfait proposé, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Dans ce cas, l'acheteur public ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre. A l'inverse, le titulaire ne peut obtenir un supplément de prix, au motif que les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévues. .

Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'un devis descriptif et estimatif détaillé, comportant toutes les indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'aura, cependant, de valeur contractuelle que si le marché le prévoit expressément (article 49 et 230 du CMP). L'utilisation de cette possibilité doit être réfléchie : rendre contractuel le devis limite la portée du prix forfaitaire. La modification des quantités prévues pourrait, en effet, remettre en cause le caractère forfaitaire du prix. Il faut éviter ce risque (voir conseils ci-dessous).

Conseils

Il est vivement conseillé de demander au candidat qu'il remplisse un cadre de décomposition du prix forfaitaire, qu'il joindra dans le dossier de la consultation.

Le cadre de la décomposition du prix forfaitaire sera étudié dans le cadre de l'analyse des offres et permettra au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la cohérence de l'offre proposée au regard des prescriptions du cahier des charges.

Attention ! Seuls les prix contenus dans ce cadre peuvent être rendus contractuels, notamment pour faire face au cas où des quantités supplémentaires, en dehors du forfait, seraient commandées au titre du marché. Le reste du document ne doit pas être rendu contractuel, lorsque le titulaire a été invité à déterminer lui-même les quantités nécessaires au forfait. En effet, forfaitiser une quantité reviendrait à valider les prix unitaires et les quantités, ce qui entrainerait une remise en cause systématique du forfait, puisque le changement d'une unité en plus ou en moins, reviendrait à modifier le prix du forfait...qui n'en serait donc plus un.

Une clause du CCAP doit prévoir qu'en cas de commande supplémentaire, les prix indiqués dans la décomposition du prix forfaitaire peuvent être utilisés pour rémunérer ces prestations. Les autres éléments de la décomposition ne sont pas contractuels. Si les prestations nouvelles ne figurent pas dans cette décomposition du prix forfaitaire, la procédure des prix nouveaux et, éventuellement, des prix provisoires sera appliquée.

2.3. COMBINAISON DES DEUX FORMES DE PRIX DANS UN MEME MARCHÉ

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, au sein d'un même marché. Cette combinaison est fréquente, chaque fois que l'on peut décomposer le contenu du marché entre une prestation permanente et des prestations ponctuelles (services itératifs) : par exemple, dans un marché d'entretien d'équipements techniques, la maintenance préventive est forfaitaire, et la maintenance corrective (les prestations de dépannage) est traitée sur devis, sur la base de prix unitaires ou, dans un marché de travaux les fondations sont payées sur la base de prix unitaires et la superstructure est traitée au forfait.

Dans cette hypothèse, le marché devra préciser et individualiser clairement les prestations relevant respectivement du prix forfaitaire et du prix unitaire, afin d'éviter tout litige ultérieur. Par abus de langage, on utilise parfois la formule « prix mixte » pour indiquer qu'un marché combine des prix unitaires et des prix forfaitaires. Le « prix mixte » n'est pas une forme de prix.

Chapitre 3. LE CHOIX ENTRE PRIX FERME OU PRIX REVISABLE

Le choix entre un prix ferme ou un prix révisable est un choix difficile pour l'acheteur.

En théorie économique, le prix révisable est le plus respectueux des intérêts des deux parties : il garantit l'équilibre économique, supposé parfait, du contrat initial, par l'application à la hausse comme à la baisse de la clause de révision contractuelle.

Dans la pratique, peuvent jouer d'autres logiques (budgétaire par exemple) ou des contraintes particulières (pas d'indices représentatifs de la prestation).

Attention ! Un prix est soit ferme, soit révisable, pour toute la durée du marché.

Un prix est ferme (éventuellement actualisable dans les conditions fixées à l'article 18-III et 198-III du CMP) ou révisable dans les conditions fixées aux IV et V de l'article 18 et 198 du CMP.

Un prix stipulé ferme durant la 1^{ère} année et révisable à chaque date anniversaire de notification du marché, constitue, en réalité, un prix révisable, la première révision intervenant à l'issue de la première année.

Lorsque le marché comporte des prestations très différentes par leur nature, leur délai d'exécution ou de livraison, l'acheteur public pourra prévoir, dans le CCAP, que certains prix seront des prix fermes, éventuellement actualisables, et que d'autres prix seront révisables. Les conditions en sont déterminées par le CCAP.

Pour répondre à la consultation, puis établir leur prix, les candidats tiendront compte de la forme de variation du prix retenu, ainsi que de la formule de révision fixée, par le pouvoir adjudicateur dans son CCAP. Il n'est pas possible, en cours d'exécution du marché, de modifier les conditions initiales de la mise en concurrence, en changeant la forme du prix ou les clauses de variations des prix ou en introduisant une formule de variation de prix.

Rappel : l'ajustement d'un prix constitue une des modalités de révision des prix.

3.1. COMMENT CHOISIR ENTRE PRIX FERME ET PRIX REVISABLE ?

Principe : 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* » (articles 18 et 198 du code des marchés publics). Dans les autres cas, il faut prévoir une révision du prix.

Plusieurs éléments doivent être systématiquement examinés pour déterminer s'il convient de retenir un prix variable : parmi les principaux figurent la nature même des prestations achetées, la durée du marché, l'existence (ou l'inexistence) de références suffisantes pour constituer une formule de variation de prix, la simplicité des opérations de règlement, les moyens de l'acheteur public (et de l'entreprise) et l'absence d'incertitude budgétaire.

- Le premier élément tient à **la nature même des prestations achetées**. Si les prestations sont courantes, non spécifiques à un acheteur public, et que leurs prix ont évolué de manière cohérente avec l'ensemble des prix à la consommation, sur une durée suffisamment longue (3 à 5 ans serait une bonne référence), elles sont peu susceptibles de faire l'objet de hausses importantes et brutales, qui ne pourraient pas être raisonnablement anticipées par les parties. On sait que les coûts de main d'œuvre sont généralement moins susceptibles de variations brutales que certaines matières premières, par exemple, bien que la probabilité de ces hausses soit très forte. Cela concerne un grand nombre de marchés.

Si les prestations ne sont pas courantes, l'acheteur public doit s'interroger sur l'évolution prévisible des éléments qui composent la prestation. En cas de doute, il doit peser le risque d'une dérive importante des prix, pendant la durée d'exécution du marché.

La présence dans les prestations d'un élément ayant fait l'objet de fluctuations fortes (en référence aux articles 18 V du CMP et 198-V), même il y a plusieurs années, doit conduire l'acheteur public à envisager une révision des prix.

Enfin, pour « les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois, qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux », la révision de prix s'impose de droit (articles 18-V et 198-V du CMP), avec, au moins, une référence aux indices officiels de fixation des cours de la fourniture (ou de la matière première) concernée. Pour que la formule de révision soit représentative, elle devra également tenir compte des principaux autres éléments constituant la prestation : la part de main d'œuvre, par exemple, ne devra pas être oubliée.

La question principale tient donc à la détermination de ce qu'est une « part importante ». La jurisprudence ne fournit pas d'indication définitive sur ce point. On peut raisonnablement penser qu'en dessous de 10 % du prix total du marché, il est difficile de parler d'une part importante. Mais même en dessous de ce pourcentage, une clause de révision de prix peut être prévue dans le marché.

- Le deuxième élément important tient à la **durée du marché** : en effet, un marché d'une durée d'un an ne présente pas, en termes de variation de prix, le même risque économique qu'un marché pluriannuel. Une longue durée sera donc, souvent, un facteur justifiant le recours au prix révisable, sans que le cas ne puisse être exclu pour un marché de moins d'un an.

Par ailleurs, un marché d'une durée d'un an, reconductible deux ou trois fois, ne fait généralement pas courir le même risque qu'un marché conclu pour une durée de quatre ans, sans clause de dénonciation annuelle. En effet, en cas de dérive manifeste des conditions économiques (prix ferme qui s'avère inadapté, formule paramétrique ne traduisant pas correctement les coûts...), la dénonciation du marché reconductible est possible (il faut toutefois prévoir les conditions dans lesquelles le titulaire pourrait refuser la reconduction) à échéance régulière, ce qui n'est pas le cas pour le marché non reconductible. Le mécanisme de la reconduction permet ainsi au pouvoir adjudicateur d'interrompre le marché, pour relancer une nouvelle procédure intégrant les enseignements de la première année.

- L'existence (ou l'inexistence) de **références suffisantes pour constituer une formule de variation de prix** devra être prise en compte. Les indices (ou index), nationaux ou internationaux, auxquels pourront se référer les pouvoirs adjudicateurs pour réviser les prix de leur contrat ne couvriront jamais de manière exhaustive la diversité des prestations prévues dans les marchés. Leur origine, leur représentativité, leur fiabilité, l'usage pour lequel ils sont recommandés, sont autant de points à vérifier avant d'y faire référence. Un indice unique peut s'avérer inadapté pour l'élaboration d'une formule représentative. Or, on ne répètera jamais assez qu'une mauvaise référence ou une référence insuffisamment représentative peut se traduire par une évolution très différente de celle attendue et conduire à mettre les deux parties dans une situation difficilement maîtrisable, donc dangereuse pour la bonne exécution du marché.
- **La recherche de la simplicité des opérations de règlement, les capacités réduites (effectif, moyens de calcul...) de l'acheteur public (et de l'entreprise) et la suppression de l'incertitude budgétaire** (pourra t-on payer une hausse dont le budget n'est pas provisionné ?) pourront conduire à privilégier un prix ferme, bien que la logique économique conduise à privilégier le prix révisable.

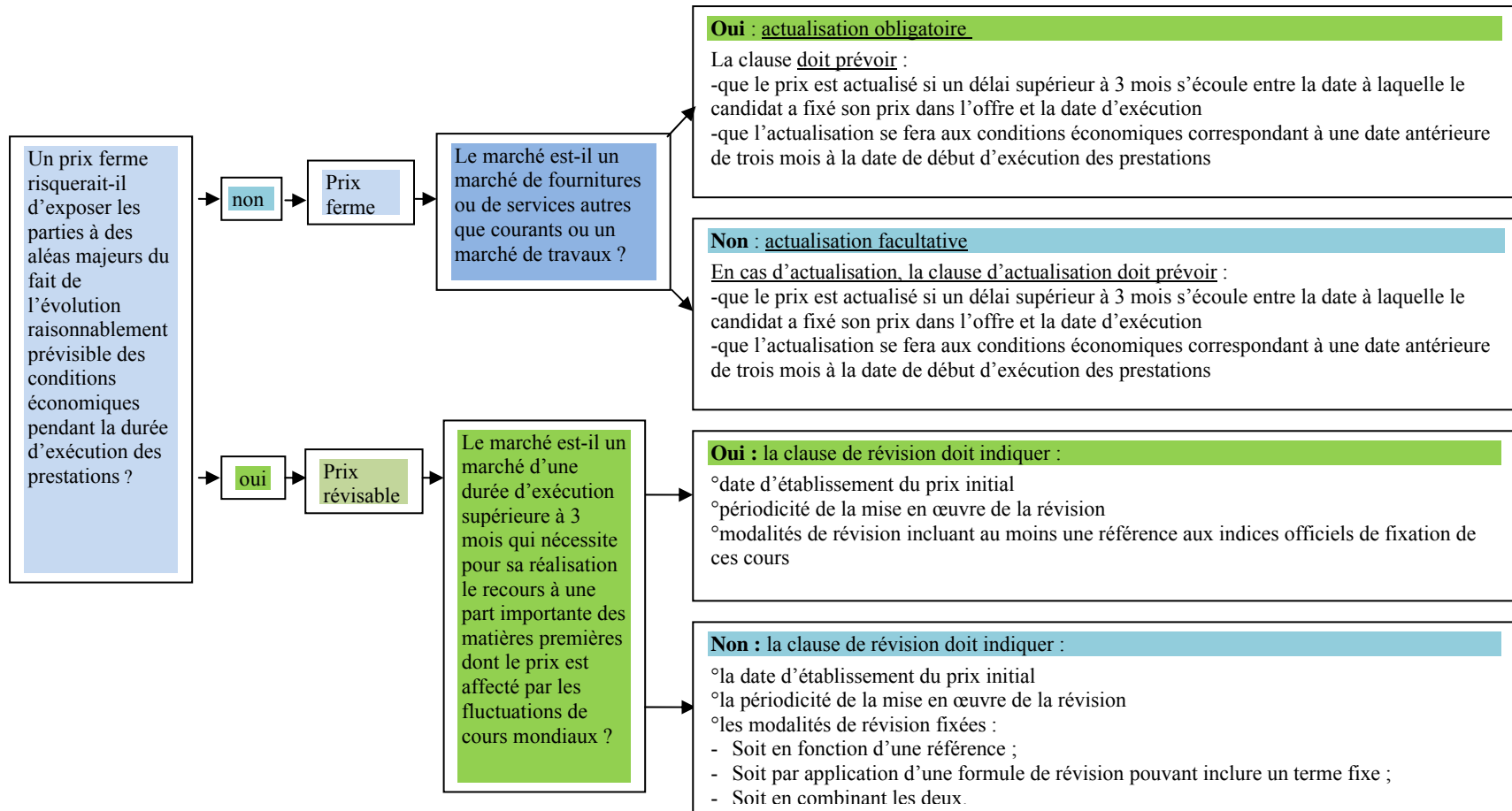
La prise en compte de l'ensemble de ces facteurs rend difficile le choix de l'acheteur, qui souvent aboutira à la reconduction pure et simple de ce que l'on avait fait pour le marché précédent. Mais il est important que l'acheteur se pose régulièrement cette question et reconsidère les éléments de son choix, particulièrement du fait de l'évolution de la conjoncture...et souvent aussi du périmètre du marché.

Attention !

Pas de copier-coller pour les clauses de prix :

Il est vivement déconseillé de recopier les clauses relatives au prix d'anciens contrats, sans avoir soigneusement examiné leur régularité (évolution du droit ou de la jurisprudence), leur compatibilité avec les clauses du nouveau marché (durée du marché et forme du prix par exemple), les documents de la mise en concurrence et, surtout, leur bonne adéquation à l'objet même du contrat, et l'existence des indices correspondants. Enfin, la pondération des éléments constitutifs peut avoir changé, par exemple du fait que chacun de ces éléments n'a pas évolué dans la même proportion (particulièrement pour les matières premières). Il faut donc revoir périodiquement (au moins tous les cinq ans) la composition des formules de variation, y compris pour les index.

Prix ferme ou prix variable ? Des questions simples...une réponse simple.



3.2. LE PRIX FERME

3.2.1. Définition

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 simplifie la rédaction du cahier des clauses administratives pour l'acheteur public et lui donne une visibilité sur la charge financière des prestations, puisque le prix initial correspondra au prix de règlement. Le budget est fixé définitivement. Il simplifie les paiements, puisque aucun calcul en application d'une formule de variation de prix n'est nécessaire. Il offre donc l'avantage d'une gestion simplifiée du marché.

L'acheteur sait, en principe, définitivement ce qu'il va payer.

L'entreprise sait exactement selon quelles conditions elle sera payée : c'est à elle d'optimiser ses choix, pour que ce prix soit suffisamment rémunérateur.

Lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit, de manière inappropriée, des prix fermes dans son marché, outre le risque de n'obtenir que peu de candidats, il pourra se voir confronté à des offres avec un prix majoré, les candidats se préservant ainsi des aléas économiques. Si les prix réels varient dans une proportion importante, il prend également le risque d'une moins bonne exécution des prestations.

3.2.2. Le prix ferme peut être actualisable

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

3.2.2.1. Définition

L'actualisation est un mode de variation du prix. Elle 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.

Il s'agit de réinitialiser le prix qui avait été fixé dans le marché, lorsqu'un délai de plus de trois mois s'est écoulé entre la date à laquelle le candidat retenu avait fixé son prix dans l'offre et la date du début d'exécution des prestations. L'actualisation transforme le prix ferme initial en un nouveau prix ferme.

L'actualisation compense un décalage (qui n'est pas toujours un retard) entre la date de fixation du prix et le début d'exécution, la révision compensant les variations de prix tout au long de l'exécution du marché. L'actualisation ne peut donc être effectuée qu'une seule fois (excepté pour les marchés à tranches conditionnelles) 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.

Quand l'actualisation est prévue dans un marché à tranches, les tranches conditionnelles sont, de fait, actualisables, si elles sont affermées au moins trois mois après la date à laquelle le prix a été fixé. C'est le prix ferme de chaque tranche conditionnelle qui est actualisable, à la date de début d'exécution de chacune de ces tranches.

Pour les marchés de travaux, lorsqu'aucune actualisation n'est prévue dans le cahier des clauses particulières alors qu'elle est rendue obligatoire par la réglementation en vigueur, le CCAG-Travaux (article 10.4.3) prévoit une actualisation, par défaut, sur la base de l'index BT01-Travaux de bâtiment ou TP01-Travaux publics, tout en ouvrant la possibilité d'un avenant permettant l'adoption de l'index le plus approprié à l'objet du marché.

L'article 18-III-1° du CMP précise que le délai de 3 mois court à compter de « la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre » et est à apprécier jusqu'à la date de début d'exécution effective des prestations et non de l'ordre de service les prescrivant.

L'acheteur a tout intérêt à indiquer dans le règlement de la consultation une date de fixation des prix à respecter par les candidats, afin de pouvoir comparer les offres, en tenant compte de l'effet éventuel d'une actualisation du prix. En l'absence de mention, c'est la date de signature de l'offre par le candidat qui sert de référence.

Constat : dans la mesure où les offres ont très souvent une durée de validité de 90 à 120 jours, et que les marchés, même notifiés rapidement peuvent comporter des dates plus tardives de commencement des prestations, cette clause a une probabilité élevée de jouer.

3.2.2.2. Quand est-il obligatoire de prévoir une clause d'actualisation ?

Elle est obligatoire pour les fournitures et services autres que courants et pour les travaux. Cette obligation existe, même si l'acheteur pense ne pas devoir la mettre en œuvre (par exemple, si les prestations s'exécutent sur une durée inférieure à 3 mois). En effet, si un retard est pris et que la date de commencement d'exécution des prestations est postérieure de plus de 3 mois à celle de la fixation du prix par le candidat, l'actualisation est de droit.

Elle est facultative pour les fournitures et services courants. Elle relève alors de la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. Il lui revient donc de décider s'il prévoit ou non une actualisation dans son marché. Cette décision doit, bien sûr, être prise avant le lancement de la consultation. Pour l'application de ces dispositions, les « *fournitures ou services courants* » sont les prestations pour lesquelles ne s'impose aucune spécification technique propre à l'acheteur.

Conseil:

Lors de la mise en concurrence d'un marché de travaux ou de fournitures et services non courants, les entreprises qui auraient repéré que l'obligation de l'actualisation n'est pas concrétisée par une clause dans le marché sont incitées à informer aussitôt le pouvoir adjudicateur du défaut de conformité de la clause, car aucun avenant pour introduire la clause ne sera possible (cf. chapitre 6). Le pouvoir adjudicateur devra alors rectifier la clause et prolonger le délai de remise des offres.

Cette information peut être communiquée indirectement à l'acheteur par l'intermédiaire d'une organisation professionnelle.

3.2.2.3. Condition de mise en œuvre de l'actualisation : écoulement d'un délai minimal

Lorsque l'actualisation est prévue dans le marché, le prix ferme n'est actualisé que si le délai entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution effective des prestations est supérieur à 3 mois.

Dans le cadre d'un marché unique, cette date peut être celle de la notification du marché, ou, notamment pour les marchés de travaux, une date fixée, après notification, par ordre de service.

En cas d'allotissement, cette date ne saurait être celle résultant d'un ordre de service unique de commencement d'exécution des prestations pour tous les lots, dès lors que l'exécution des marchés (un lot = un marché) s'échelonne dans le temps. L'actualisation devra être calculée en fonction du calendrier d'exécution des prestations de chacun des lots et de leur début d'exécution réel, qui devra figurer dans l'ordre de service, s'il est unique ou dans chaque ordre de service (pour chacun des lots) prescrivant le début d'exécution.

Il en est de même pour l'actualisation des prix des marchés à tranches conditionnelles.

3.2.2.4. Calcul de l'actualisation

Le mécanisme :

Il s'agit de remplacer le prix ferme indiqué dans l'offre du titulaire par le prix ferme actualisé. La formule d'actualisation doit être suffisamment représentative de l'évolution du prix de la prestation ou des coûts de celle-ci. Même lorsque la formule utilisée repose sur des indices de coûts, il n'est pas obligatoire d'y faire figurer une partie fixe. D'une manière générale, la partie fixe n'est pas recommandée pour l'actualisation, puisqu'il s'agit d'une simple « mise à jour » des prix.

Le choix de la ou les références :

Ce choix relève de la libre appréciation du pouvoir adjudicateur, sous réserve qu'il soit en relation directe avec l'objet du marché. Ces références sont généralement des indices ou des index (*sur ces termes, voir § sur la révision*).

Comment déterminer la valeur initiale des références :

C'est celle du mois correspondant à la date de fixation du prix. L'acheteur peut fixer cette date, notamment pour faciliter le jugement des offres.

Comment déterminer la valeur finale des références :

Le code des marchés publics prévoit que l'actualisation « se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations ». La valeur à prendre en compte n'est donc pas celle du mois de début d'exécution des prestations mais celle antérieure de 3 mois.

Exemple :

La date de fixation du prix est le 18 janvier 2013. Si une clause d'actualisation est prévue par le marché, le prix ferme est actualisé à compter du 19 avril 2013.

Le mois d'établissement des prix est le mois de janvier 2013.

Le début d'exécution des prestations est fixé au 22 juin 2013.

La valeur finale à prendre en compte est celle correspondant à une date antérieure de 3 mois au mois de juin soit le mois de mars 2013.

Les valeurs des indices à comparer seront donc celles de janvier et de mars.

La formule qui en résulte est la suivante :

$$P_a = P_0 \times \left(\frac{I_{m-3}}{I_0} \right)$$

Avec :

P_0 : Prix initial du contrat

P_a : Prix actualisé

I_0 : Valeur de l'index de référence au mois d'établissement des prix (janvier 2013)

I_{m-3} : Valeur de l'index de référence 3 mois avant la date de début d'exécution des travaux (valeur de mars 2013).

3.3. LE PRIX REVISABLE

3.3.1. Définition

Un prix révisable est un prix qui peut être modifié, pour tenir compte des variations économiques constatées pendant l'exécution du marché.

La révision des prix doit permettre de garantir l'équilibre économique initial du contrat voulu par les parties.

Le prix révisable se distingue du prix actualisable en ce que l'actualisation, n'est susceptible d'intervenir qu'une seule fois, sauf pour les marchés à tranches conditionnelles (une actualisation pour chaque tranche), alors que la révision intervient périodiquement pendant toute l'exécution du marché.

Dans un marché à tranches, si la nature des prestations de la tranche conditionnelle est différente de la nature des prestations de la tranche ferme, la formule de révision devra être adaptée à ces prestations.

3.3.2. Clause de révision obligatoire ou facultative ?

3.3.2.1. Révision facultative

La révision des prix n'est obligatoire que dans les cas mentionnés aux articles 18-V et 198-V du code des marchés publics.

Néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut toujours décider d'insérer une clause de révision des prix, même dans des marchés qui ne sont pas dans le champ d'application de l'article précité du code.

3.3.2.2. Révision obligatoire (articles 18-V et 198-V du CMP)

La révision est obligatoire, lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

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

Le pouvoir adjudicateur doit s'interroger pour chacun de ses marchés, pour savoir si telle matière première, dont le prix est soumis à d'importantes fluctuations, intervient de manière importante dans la formation du prix de la prestation.

L'acheteur public doit déterminer le seuil à partir duquel il considère que les fournitures, notamment les matières premières, sont suffisamment importantes pour justifier l'introduction d'une formule de révision des prix. Cette appréciation peut s'appuyer sur les quantités ou les montants des fournitures concernées.

3.3.3. Prévoir la clause de révision

3.3.3.1. Qui rédige la clause de révision des prix ?

La clause de révision des prix est un élément essentiel de l'offre de prix remise par les candidats. Ces derniers vont fixer leur prix en fonction de l'existence d'une telle clause et de son contenu. La formule de variation des prix aura donc un impact sur la mise en concurrence : si elle n'est pas prévue ou est inadaptée, elle peut limiter ou fausser la concurrence entre les opérateurs économiques.

C'est au pouvoir adjudicateur de rédiger ses clauses financières, de manière à préserver l'équilibre économique du marché, tout au long de son exécution. Les documents contractuels doivent donc comporter une clause de révision des prix, qui définit les modalités pratiques de la prise en compte de ces variations. La clause de révision doit figurer dans les clauses particulières du marché ; elle est généralement inscrite dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP).

Il n'est pas souhaitable de laisser aux candidats la liberté de proposer leur formule de révision des prix. Cependant, dans des cas exceptionnels, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de déterminer une formule adaptée (ancienne formule inopérante, indices introuvables), il peut laisser les candidats proposer, sous forme de variante, la formule qu'ils jugent la plus adaptée aux prestations. Le pouvoir adjudicateur devra, cependant, dans ce cas toujours prévoir une formule qui s'applique par défaut, si la proposition de formule n'est pas acceptée à l'issue de la consultation. De plus, l'analyse des offres devra prendre en compte cet élément (dans le critère de sélection) relatif au prix, avec une pondération spécifique à cet aspect.

Enfin, il pourra s'avérer particulièrement difficile de comparer les prix des offres assorties de formules de révision également différentes.

3.3.3.2. Contenu de la clause de révision des prix

Les CCAG prévoient les conditions d'application de la clause de révision de prix, 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.

A défaut d'une telle précision, et si le marché s'y réfère, le CCAG-Travaux prévoit, en son article 10.4.5, des dates d'établissement du prix initial différentes selon la procédure de passation.

3.3.3.2.1. Modalités de calcul de révision

Trois modalités de calcul de la révision sont offertes au pouvoir adjudicateur pour les modalités de calcul de la révision : 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.

- Ajustement en fonction d'une référence

Le prix de règlement sera généralement calculé en fonction d'une référence figurant dans le marché et qui peut être un index, un indice, le barème du titulaire ou une mercuriale de prix.

⇒ Indices et index

Un indice est un nombre qui représente l'évolution de la valeur d'une grandeur économique, du prix d'un produit, d'un service, ou d'un facteur de coût particulier sur une période donnée. Lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'un indice (unique) représentatif de la prestation, en particulier d'un indice publié par l'INSEE, il l'utilise, le plus souvent, avec une formule d'ajustement.

Un index est composé de plusieurs indices assortis de coefficients de pondération, en fonction de leur importance dans la prestation, objet du marché.

On trouve des index préexistants dans différentes activités économiques (ingénierie, espaces verts, transports routiers,...). Dans le secteur de la construction par exemple, il existe une série de 38 index BT pour les travaux de bâtiment et 19 index TP pour les travaux publics. Ils constituent des références pour les marchés de travaux, du fait de leur représentativité et de leur pérennité.

Attention ! Les index TP01 et BT01 sont des index globaux, qui permettent de mesurer la variation dans la totalité de l'activité économique considérée : ils ont une valeur avant tout statistique et leur utilisation comme référence pour l'actualisation et la révision des prix des marchés est peu pertinente et, pour ce motif, généralement déconseillée.

Où trouver les indices et index ?

Certains indices et index sont publiés par l'Institut National des Statistiques et des Etudes Economiques (INSEE), ainsi que par le ministère chargé de l'écologie. D'autres sont publiés par des organismes professionnels. Il convient de préférer les indices et index publiés par les administrations publiques (l'INSEE et le ministère chargé de l'écologie), qui présentent une garantie d'impartialité et de représentativité plus grande.

⇒ Barème du titulaire (peut notamment être envisagé lorsqu'aucun indice n'est représentatif)

L'ajustement peut se faire par référence au barème du titulaire. Cette forme de révision est généralement choisie, lorsqu'il n'est pas possible de trouver une formule de révision de prix représentative de la prestation. Le choix de cette référence suppose, cependant, que le pouvoir adjudicateur prenne certaines précautions. Cette clause place, en effet, l'acheteur public dans une situation de dépendance totale envers le titulaire, puisque ce dernier fixe librement son prix, alors que la référence retenue pour une variation de prix à répercuter sur le prix d'un contrat ne devrait pas être laissée à la discrétion du seul titulaire.

Attention ! En cas d'utilisation d'un barème, il faut veiller aux points suivants :

- le barème doit être joint à l'offre et contractualisé ;
- le barème doit être celui appliqué à l'ensemble de la clientèle du titulaire (pas de barème spécifique en fonction du client) ;
- le barème doit être daté et numéroté ;
- le cas échéant, le marché doit prévoir précisément dans quelles conditions sont appliqués les prix dégressifs, en fonction des quantités commandées ;
- le marché doit également prévoir selon quelles modalités les nouveaux barèmes seront envoyés et applicables (par exemple, uniquement après préavis) ;
- le titulaire s'engage à faire parvenir à l'acheteur l'ensemble des barèmes successifs concernant la prestation objet du marché, qu'ils aient ou non fait l'objet d'une commande au titre du marché ;
- le marché doit prévoir les conditions dans lesquelles l'acheteur peut bénéficier d'un barème plus intéressant, par exemple, en cas de promotions temporaires.

Des bonnes pratiques :

- le pouvoir adjudicateur doit réclamer, lors de la remise de l'offre, les derniers barèmes applicables (ou les liens internet permettant d'y accéder), afin d'appréhender la « variabilité » des tarifs et la périodicité de leur publication ;
- l'acheteur public doit prévoir une clause butoir ou une clause de sauvegarde, voire les deux, afin de contenir l'évolution du prix ou de pouvoir résilier, du fait que la fixation du barème relève exclusivement du titulaire du marché.

⇒ Mercuriale (principalement dans le domaine alimentaire)

La mercuriale recense le cours des produits sur un marché. Elle n'est, a priori, pas influençable par une seule entreprise et peut donc être considérée comme une bonne image de la réalité des prix pratiqués. Mais elle doit être suffisamment large (et avoir, le plus souvent possible, une représentativité nationale), pour ne pas être influencée par un marché local ou régional, différent du marché national.

Le titulaire doit produire, à l'appui de ses demandes de paiement, des exemplaires ou des photocopies des documents dans lesquels sont publiées les mercuriales en vigueur aux dates prévues par le marché. Une vérification est donc possible auprès des émetteurs de ces mercuriales.

Conseil

L'acheteur doit indiquer dans le CCAP si les prix de la prestation sont ceux issus de la mercuriale du jour de commande ou de la mercuriale du jour de livraison. Par exemple, en matière de fruits et légumes frais, les valeurs sont susceptibles de varier fortement, selon les conditions météorologiques, sur des périodes très brèves.

Le choix de l'une ou l'autre des références dépendra de la rapidité de la livraison.

- Application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation

La révision repose sur le jeu d'une formule intégrant plusieurs variables, qui doivent représenter les coûts des éléments constitutifs principaux de la prestation objet du marché. Elle est particulièrement adaptée pour les prestations non standardisées, pour lesquelles des spécifications techniques ont été définies par l'acheteur public dans le cahier des charges.

L'indice de variation des prix doit être en relation directe avec l'objet du contrat (Article L.112-2 du code monétaire et financier)⁶.

Une attention particulière doit être portée au choix des indices et index de références, qui doivent être représentatifs du contenu des prestations du marché et adaptés à la réalité économique au moment de la mise en concurrence. Il convient de ne pas retenir sans discernement un index TP, par exemple en limitant l'analyse de son choix au critère de l'intitulé littéraire qui correspondrait à l'intitulé du marché.

Par exemple, lorsque l'ouvrage comporte une proportion importante d'un produit qui ne figure pas dans la composition de l'index, une attention particulière doit être portée à la structure des coûts du marché, pour les retranscrire dans les différentes références inscrites dans la formule de révision des prix.

Pour les secteurs à forte intensité de main d'œuvre, l'indice salarial doit être représentatif de son poids moyen dans l'exécution du marché (par exemple, dans le secteur de la propreté, celui-ci est proche de 80% du prix de revient).

- Combinaison des deux précédentes modalités.

Bien que rarement mise en œuvre, la possibilité de combiner les deux modalités est prévue par l'article 18 du CMP.

Ce peut être le cas lorsqu'une partie (substantielle) de la prestation peut être représentée par un indice de prix et que le reste de la prestation ne peut pas

⁶ Art L.112-2 du code monétaire et financier prévoit que « Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales ou artisanales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques. Est également réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant, pour les activités autres que celles visées au premier alinéa ainsi que pour les activités exercées par les professions libérales, une indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques dans des conditions fixées par décret. »

l'être. Il en va ainsi notamment des prestations courantes qui font l'objet de modifications ou d'adjonctions spécifiées par le pouvoir adjudicateur (exemple : camions modifiés pour un usage particulier sur spécification du marché).

3.3.3.2.2. Facteurs de choix entre référence unique ou formule paramétrique

[Quand recourir à la révision en fonction d'une référence unique? \(art 18-IV-1° du CMP\)](#)

La révision en fonction d'une référence présente un avantage indéniable de simplicité pour l'acheteur public. Elle peut être constituée par une mercuriale de prix représentative, un indice, un index ou le barème public du titulaire. L'évolution de la valeur de cette référence est régulièrement publiée et l'acheteur public devra simplement consulter le site de publication.

Pour choisir cette modalité de révision des prix, il faut que les prestations du marché correspondent exactement à la référence choisie.

Il est rare qu'un indice, à lui seul, traduise correctement les éléments constitutifs d'une prestation, mais cette formule de révision est bien adaptée aux marchés « simples », qui comportent peu de prestations différentes, ou assez homogènes, ou des prestations courantes et dont l'exécution ne comporte pas de difficultés particulières. Elle est également adaptée aux marchés de travaux pour lesquels un index unique suffit à bien représenter les prestations.

La formule de révision peut se présenter ainsi :

$$P_r = P_0 \times \left(\frac{I_m}{I_0} \right)$$

Pr : Prix révisé

P0 : Prix initial du marché

Im : Valeur de la référence du mois de révision de prix

I0 : Valeur de la référence du mois de remise des offres

Les formules d'ajustement sur une référence de prix comportent rarement une partie fixe.

Remarque : Les index sont des formules paramétriques, puisqu'ils comportent plusieurs indices élémentaires. Une révision de prix sur la base d'un index équivaut à une révision de prix sur la base d'une formule paramétrique.

Attention ! L'acheteur doit avoir décrit l'indice (ou l'index) qu'il prend comme référence de révision, de façon à ne laisser aucun doute sur l'identification de ce dernier, par exemple pour un indice de l'INSEE : appellation, numéro, tableau, chapitre du bulletin statistique qui le contient, ou pour une mercuriale, les références de celle-ci.

Existe-t-il une formule paramétrique représentative?

Une formule paramétrique est constituée sur mesure. Caractéristique des coûts de la prestation, elle est mieux adaptée et plus représentative que le recours à des références généralistes, moins proches de la réalité des prestations.

L'élaboration d'une telle formule s'impose dans les marchés aux spécificités telles qu'il n'existe pas d'index correspondant à l'ensemble des prestations, ou lorsque le marché comporte des prestations très différentes par nature. L'acheteur doit donc la créer avec les indices ou index existants.

Cela suppose que le pouvoir adjudicateur ait une connaissance précise des différents indices et index mis à sa disposition et puisse ainsi créer sa propre formule. La mise en œuvre d'une formule paramétrique est donc complexe, même si trop souvent en pratique, les acheteurs publics copient une formule paramétrique déjà utilisée, sans vérifier sa bonne correspondance aux prestations du marché.

La formule paramétrique se compose de plusieurs indices ou index correspondants aux principaux éléments du coût de la prestation (produits et matériaux, salaire, énergie ...). L'acheteur public leur affecte, ensuite, une pondération traduisant leur poids dans l'exécution de la prestation. Sur le plan économique, une formule de variation de prix comportant plus de 5 ou 6 facteurs, ou certains facteurs d'un poids inférieurs à 5 voire 10% est peu pertinente.

Avec un terme fixe (ci-dessous, 0,10 soit 10%), la formule peut se présenter ainsi :

$$P_r = P_0 \times \left[0,10 + 0,90 \times \left(a \times \left(\frac{I1_m}{I1_0} \right) + b \times \left(\frac{I2_m}{I2_0} \right) + c... \right) \right]$$

Ou, si elle ne comporte pas de terme fixe :

$$P_r = P_0 \times \left[a \times \left(\frac{I1_m}{I1_0} \right) + b \times \left(\frac{I2_m}{I2_0} \right) + c... \right]$$

Dans lesquelles :

- Pr est le prix révisé
- Po est le prix initial indiqué à l'acte d'engagement et réputé établi sur la base des conditions économiques du "mois zéro"
- a, b, c... sont les coefficients à appliquer aux indices en fonction du poids respectif des composants correspondants dans le coût de la prestation (la somme de ces coefficients est égale à 1)
- I1, I2,... sont les indices retenus en fonction de la nature des prestations du marché. Au dénominateur, figurent les valeurs des indices correspondant aux paramètres pour le mois zéro et au numérateur figurent les valeurs de ces mêmes indices afférentes au mois de révision.

Dans certains cas, il est nécessaire de prévoir plusieurs formules de variations de prix dans un même marché.

Lorsque le marché recouvre des prestations de nature différente, les formules de révision de prix applicables à chaque prestation sont différentes. Chacune des prestations doit être clairement identifiée.

Il arrive également que dans un même marché, lorsque certaines prestations courantes peuvent être révisées par simple ajustement, d'autres nécessitent le recours à d'autres indices. Le marché pourra donc, dans ce cas, comporter une part révisée par ajustement sur un indice de prix et une part révisée par une formule fondée notamment sur des indices. L'application de la formule de révision applicable à ces prix doit alors être identifiée.

De même, lorsqu'une partie (substantielle) de la prestation peut être représentée par un indice de prix et que le reste ne peut l'être, l'acheteur public pourra élaborer une formule qui comporte, à la fois, des indices de prix et des indices de coûts ou des index et en général une partie fixe, auxquels sont affectés des coefficients représentant leur poids respectifs. (exemple : achat de véhicules de la gamme standard modifiés pour un usage particulier).

3.3.3.2.3. Conseils pour composer sa formule paramétrique

Méthodologie

- décomposer les éléments de la prestation et les hiérarchiser en fonction de leur importance ;
- prendre en compte les éléments les plus importants et abandonner les éléments accessoires (inférieurs à 5 à 10%) ;
- rechercher les indices ou index correspondants ;
- déterminer la pondération à affecter à chaque indice ou index en fonction des prestations à réaliser;
- réfléchir sur la mise en œuvre d'une partie fixe et de sa pondération.

Rappel

Il est interdit (article 112-2 du code monétaire et financier et suivants) à l'acheteur public d'utiliser les clauses d'indexation fondées sur :

- le salaire minimum de croissance,
- le niveau général des prix ou des salaires ;
- les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du marché ou avec l'activité de l'une des parties.

La formule paramétrique doit être représentative de la structure de coût du marché, mais elle doit aussi être simple à mettre en œuvre.

Il est donc recommandé de pondérer les indices ou index, par des valeurs entières, sans décimales (par exemple : 15,7% = 16 %).

L'acheteur public veillera aussi à ne pas multiplier les références. Une formule comprenant 3 ou 4 indices ou index est largement suffisante dans la plupart des cas. Il ne s'agit pas de représenter, dans la formule de révision, la totalité des éléments de coût de la prestation, mais uniquement les plus significatifs.

Un élément de prix dont la pondération est inférieure à 10 % n'aura qu'un effet limité sur la formule, à l'exception d'un élément subissant de fortes variations de prix comme l'énergie fossile ou certaines matières premières ou agricoles (nickel, coton...). Hormis ces cas, il convient d'éviter les pondérations faibles.

Les règles de calcul qui seront appliquées, telles que les arrondis, sont prévues par les différents CCAG. Mais il pourra utilement être précisé dans le CCAP que les calculs intermédiaires et finaux seront effectués avec deux décimales, en appliquant la méthodologie suivante :

* si la troisième décimale est comprise entre 0 et 4 (ces valeurs incluses), la deuxième décimale est inchangée (arrondi par défaut) ;

*si la troisième décimale est comprise entre 5 et 9 (ces valeurs incluses), la deuxième décimale est augmentée d'une unité (arrondi par excès).

Le prix ainsi révisé sera donc arrêté à deux décimales.

Si aucun CCAG n'est visé par le marché, c'est le CCAP (ou, s'il n'y en a pas, le cahier des clauses particulières) qui devra préciser ces modalités. A défaut, aucune règle particulière ne s'imposera juridiquement.

3.3.3.2.4. Conseils pour la mise en œuvre des indices ou index

Les indices et les index sont généralement présentés sur une base de 100 pour une année N. Leur valeur est, ensuite, calculée à partir de cette base 100. Ainsi, par exemple, pour les marchés d'ingénierie, l'index correspond à une base de 100 au mois de janvier 1973.

Les indices et index sont généralement publiés mensuellement ou trimestriellement, parfois semestriellement. Le cahier des clauses administratives particulières du marché doit donc prévoir quelle valeur de l'indice ou index choisi sera prise en compte pour le calcul de la révision.

Par facilité, il est souvent prévu qu'il sera tenu compte de la valeur du dernier indice ou index publié pour la mise en œuvre de la révision des prix. Ce procédé est rarement conforme à la réalité de l'évolution des prix des prestations, notamment du fait du décalage important dans la publication des indices par rapport à la période qu'ils couvrent. Cela est, en revanche, acceptable si le pouvoir adjudicateur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues, puis procède au paiement définitif lors de la publication des valeurs finales qui devront correspondre aux valeurs réelles de l'exécution des prestations. Le paiement définitif doit intervenir, au plus tard, trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs (articles 94, 259 et 265 du CMP).

A quels indices se référer : Indice réel, indice publié ou indice connu ?

Les indices publiés et les indices connus ne sont pas les indices réels.

Les indices utilisés doivent correspondre à la période réelle d'exécution des prestations, car c'est le seul moyen de suivre fidèlement (le plus fidèlement possible) l'évolution des prix conforme à celle subie par

l'entreprise, tout particulièrement lorsque les évolutions sont fortes sur des périodes courtes.

Or, si on utilise les derniers « indices connus », ils peuvent être décalés de 2 à 3 mois par rapport à la période d'exécution réelle concernée. Et si entre temps, une hausse ou une baisse importante est intervenue, elle ne va pas (ou seulement partiellement) être prise en compte ; dans un cas cela est favorable à l'entreprise, dans l'autre cas cela est favorable à l'acheteur.

Il faut donc utiliser les indices réels et ne pas se référer aux indices publiés ou aux indices connus, sauf pour une révision provisoire.

3.3.3.2.5. Quel rythme de révision prévoir ?

La périodicité retenue sera différente selon chaque activité économique.

Le rythme des révisions doit tenir compte de la volatilité des prix des prestations du marché. Dans un contexte où les prix évoluent très rapidement et où les acteurs économiques ne disposent d'aucune visibilité, le pouvoir adjudicateur doit prévoir un rythme de révision de prix rapide.

Des révisions des prix trop espacées conduiraient à ne pas tenir compte des fluctuations réelles des prix entre deux révisions. Le pouvoir adjudicateur doit donc trouver, en fonction des prestations en cause, un rythme de révision qui permette de conserver l'équilibre financier du marché, sans porter préjudice à l'une ou l'autre des parties.

Dans la pratique, la révision intervient, souvent, à l'occasion du paiement des acomptes et suit, par conséquent, une périodicité identique (notamment pour les travaux).

En l'absence de stipulations du marché sur le rythme des révisions dans les clauses particulières du marché, la clause de révision de prix est inapplicable. Pour les marchés se référant à un CCAG, certaines modalités sont, toutefois, applicables par défaut.

Ainsi, le CCAG applicable aux marchés de fournitures courantes et services prévoit dans son article 10.2.2 que « *lorsque le prix des fournitures courantes ou des services comporte une part importante de matières premières ou de produits, directement affectés par la fluctuation des cours mondiaux, il est procédé à une révision des prix au minimum tous les trois mois à compter de la date de notification du marché.* » Cette stipulation est identique pour les marchés de prestations intellectuelles (article 10.2.2 du CCAG-PI), les marchés des techniques de l'information et de la communication (article 10.2.2 du CCAG-TIC), les marchés publics industriels (article 11.2.2 du CCAG-MI).

En ce qui concerne les marchés de travaux, l'article 13.2 du CCAG prévoit que les acomptes mensuels versés au titulaire comportent l'effet de la révision des prix. Le rythme de la révision des prix est donc mensuel.

3.3.3.2.6. Comment contenir les effets de la révision ?

Rappel : La révision produit ses effets à la hausse comme à la baisse

La clause de révision a pour seul but de prendre en compte, à la hausse comme à la baisse, les évolutions des conditions économiques. Elle ne doit pas être rédigée pour être favorable à l'une ou l'autre des parties (par la recherche d'un indice évoluant faiblement sans lien important avec l'objet).

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 la clause s'avère finalement inadaptée, ni l'acheteur, ni le titulaire du marché ne peuvent faire valoir en cours d'exécution du marché que la clause de révision ne traduit pas exactement les évolutions de prix des prestations.

Plusieurs instruments permettent de contenir les effets d'une clause de révision de prix. Si l'acheteur public souhaite encadrer les évolutions des prix, il doit prévoir une clause, à cette fin, dans le marché. Elle doit être connue lors de la mise en concurrence.

La clause butoir.

La clause butoir est obligatoirement contractuelle : elle empêche l'évolution du prix au-delà du butoir prévu, sans que le titulaire puisse s'y opposer.

La clause butoir 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 en pourcentage (par exemple, un pourcentage au-delà duquel le prix sera bloqué pendant une certaine durée). Une clause butoir ne doit avoir qu'un effet limité : limité en importance, car l'écart entre l'évolution « contractuelle » et la limitation basée sur le butoir ne doit être que de quelques %. Limité aussi dans le temps, c'est-à-dire, ne produire ses effets que sur une durée de quelques mois qui devra être prévue contractuellement. Par exemple, le jeu de cette formule peut être calculé à chaque révision annuelle du contrat. Au-delà de ces deux limites, c'est l'exécution même du contrat qui peut être compromise...

Elle s'applique principalement dans les marchés mettant en œuvre une révision de prix sous la forme d'un ajustement sur le barème public du titulaire. Lors de la modification du barème, l'acheteur public effectue une comparaison entre les prix issus du nouveau barème et ceux révisés en application de la clause butoir. Le prix de règlement sera le plus faible des deux prix.

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). Toutefois lorsque la justification de cette clause butoir est budgétaire (plafonnement prévu à l'évolution du budget de l'acheteur), elle peut malgré tout être envisagée.

La clause butoir peut être associée à une clause de sauvegarde qui permet de mettre fin aux prestations d'un marché lorsque l'écart entre le butoir et la formule de révision devient trop important. 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.

Ex pour le barème:

→ Le prix auquel s'est initialement engagé le candidat retenu, constitue son prix initial (Po).

A la date à laquelle le candidat retenu avait constitué son offre (lisible sur l'acte d'engagement) correspond la valeur de l'indice servant de base au calcul du butoir (Io).

→ La fixation de la valeur moyenne des différents barèmes successifs pendant une période de temps correspondant à celle de l'indice de référence I permet le calcul d'une moyenne *pro rata temporis* des barèmes successifs du fournisseur ;

→ le calcul de la variation à la hausse ou à la baisse des valeurs moyennes *pro rata temporis* ainsi obtenues par rapport au prix initial du fournisseur (Po) est à comparer à l'évolution concomitante de l'indice pris en référence ;

Il y a lieu, de ce fait, de calculer la variation de l'indice de référence (I) de la même période par rapport à la valeur de l'indice initial (I o) ;

→ la comparaison de la variation de la valeur pondérée *pro rata temporis* des barèmes et de celle de l'indice correspondant pour la même période, permet de mettre le cas échéant en jeu la clause butoir ;

→ la clause butoir s'applique, lorsque le tarif *pro rata temporis* du barème restitue un prix supérieur à celui découlant de la variation de l'indice de référence I ;

→ le prix de règlement après application de la clause butoir est le plus faible des deux prix résultant respectivement de l'application du barème et de celle de la formule de butoir des prix.

La clause de sauvegarde.

La clause de sauvegarde permet à l'acheteur public de résilier, sans indemnité, la partie non exécutée des prestations, lorsque le prix révisé dépasse la sauvegarde prévue. Ainsi, alors que la clause butoir permet la poursuite de l'exécution des prestations du marché, la clause de sauvegarde permet d'y mettre fin.

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, ce qui lui permet de se désengager d'un marché dont l'évolution des prix dépasse, par exemple, ses possibilités budgétaires.

Dès que le niveau de sauvegarde est atteint, l'acheteur peut, à tout moment, résilier le contrat.

Les modalités de cette résiliation doivent être prévues dans le marché, notamment la période de préavis.

L'acheteur public peut, également, ne pas résilier immédiatement le marché. Dans cette situation, il sera indispensable de prévoir contractuellement les conditions de prix applicables entre la décision de résiliation et la date d'effet de cette résiliation. Par exemple, pendant cette période, le prix ancien continue à être pratiqué, mais l'acheteur ne peut commander plus que la moyenne de ses commandes précédentes sur une période comparable.

La mise en œuvre de la clause de sauvegarde permet, dans l'intérêt des deux parties, de procéder à une nouvelle mise en concurrence qui permettra d'établir le juste prix du marché.

Il convient d'utiliser les clauses de sauvegarde avec prudence et d'éviter qu'elles n'entraînent une résiliation automatique du marché (la résiliation doit simplement être une possibilité prévue).

L'insertion d'une clause de sauvegarde devrait être systématique, lorsque la révision des prix s'effectue sur le barème du titulaire :

- il est nécessaire de prévoir dans le cahier des charges un délai minimum entre la présentation d'un nouveau tarif et sa mise en application, afin de laisser un temps suffisant pour la dénonciation éventuelle du marché et la relance d'une consultation ;

- Attention à la rédaction des clauses de sauvegarde ! Une clause de sauvegarde qui fait référence à une hausse moyenne du tarif permet au titulaire d'un marché d'augmenter son tarif, en particulier pour certaines prestations, tout en respectant la clause. (Par exemple, limite de la hausse moyenne des pièces de rechange dans un catalogue : le titulaire augmente fortement les pièces de rechange à forte consommation pour laisser inchangés les prix des pièces de rechange jamais acquises, le tout respectant le plafond de hausse moyenne).

Terme fixe (ou partie fixe) dans une formule paramétrique

Le terme fixe permet d'amortir une partie des fluctuations des prix du marché, puisque le calcul de la révision ne s'effectue pas sur la totalité des composantes du prix. Il a un effet à la hausse, comme à la baisse. Economiquement, le terme fixe le justifie principalement par 3 éléments : il permet de prendre en compte les frais fixes peu influencés par les variations économiques, il représente une partie des gains de productivité qui ne pourraient être rétrocédés à l'acheteur public autrement, il traduit l'avantage qu'a une entreprise à bénéficier d'un marché, par rapport à une autre entreprise qui doit remettre en cause ses conditions à chaque consultation.

Une formule de révision ne comporte pas nécessairement de partie fixe (sauf pour les marchés passés par les services de la défense, ainsi que le prévoit l'article 198 du code des marchés publics). Mais l'acheteur public peut l'imposer.

Prévoir l'introduction d'un terme fixe peut présenter, cependant, l'inconvénient d'inciter les candidats à surévaluer leur prix.

Le terme fixe est rarement utilisé dans la méthode d'ajustement en fonction d'une référence, mais juridiquement possible. Il est nettement plus utilisé lorsque la révision est basée sur la formule représentative de l'évolution du coût de la prestation ou lors d'une combinaison entre les deux précédentes méthodes.

Protection financière contre les risques de variation de prix liés aux matières premières

Les principaux risques liés à l'évolution des prix des facteurs de production proviennent des évolutions des prix des matières premières. Il est possible

de se protéger, dans certains cas, du risque lié à l'évolution des coûts de certaines matières ou de l'énergie fossile.

La première méthode, la plus simple en théorie mais très coûteuse, consiste à prévoir dans le marché, l'achat des matières nécessaires, dès la notification de celui-ci. L'avance devra alors être augmentée d'autant. Cela garantit partiellement et temporairement des hausses ; elle empêche de bénéficier des baisses éventuelles. Elle n'est pas adaptée aux marchés de longues durées, ni pour les matériaux nécessitant une grande capacité de stockage.

Une autre méthode consiste à demander au titulaire de mettre en œuvre une protection financière contre le risque matières. Cette protection financière peut souvent être mise en œuvre via des achats à terme des matières, souvent pour une durée de cinq ans. Ce dispositif est plutôt réservé aux marchés importants, passés avec une procédure négociée ou de dialogue compétitif. Cette exigence doit être la même pour tous les candidats, et il faut l'indiquer dans l'avis d'appel public à concurrence ou les documents de consultation. Lorsque cette protection financière est mise en œuvre, la part des matières concernées s'ajoute, dans la formule de révision, à la partie fixe. Néanmoins le coût supplémentaire de la protection financière sera, très probablement, répercuté sur le prix du marché. Le dispositif doit être explicité dans le marché.

[Clause de variation de prix à seuil de déclenchement](#)

La complexité de la mise en œuvre de la clause de révision de prix peut, parfois, conduire à adopter un prix ferme, malgré le risque d'inadaptation, sur la durée, de cette modalité.

Or, il est possible de diminuer l'incidence de cette complexité, tant pour l'entreprise que pour l'acheteur public, en adoptant un seuil de déclenchement de la clause de révision de prix. Ceci afin de ne prendre en compte, lors de la révision des prix, que les évolutions de contexte économique significatives et de laisser le petit risque financier à la charge du titulaire.

Par exemple, le marché peut prévoir une clause particulière ne déclenchant le jeu de la formule que dans la mesure où la variation par rapport au prix initial est égale ou supérieure à 2 %. Le calcul du jeu de la formule est certes nécessaire, mais si le seuil n'est pas atteint il n'est pas nécessaire de l'appliquer.

Lorsque la hausse atteint le seuil défini dans le marché (ici 2 %), le titulaire bénéficie alors de la variation des prix découlant de la formule, afin de ne pas menacer durablement l'équilibre économique du contrat.

Le marché doit alors prévoir les conditions de mise en œuvre de cette formule.

[La clause de « prix promotionnel »](#)

Une clause peut permettre qu'en cours de marché, les prix des produits figurant au marché puissent temporairement évoluer à la baisse dans le cadre d'offres de prix promotionnelles, sur l'initiative du titulaire et sans que le marché ne nécessite un avenant pour modifier les prix concernés. Le titulaire adresse le tarif promotionnel à l'acheteur, par tout moyen lui

permettant de lui donner une date certaine, et lui donnant toutes les précisions utiles (prévues expressément par la clause contractuelle), et notamment la durée de validité de la promotion et la désignation précise des produits concernés. Ce tarif est annexé au marché et constitue une pièce justificative, nécessaire au comptable. A l'expiration de la période promotionnelle, les prix du marché annexés à l'acte d'engagement sont à nouveau en vigueur. La baisse de prix s'applique aux commandes émises pendant toute la durée de la promotion. La facture intégrant des prix promotionnels fait explicitement référence au tarif promotionnel.

Clauses de « quantités commandées » ou de « chiffres d'affaires »

Cette clause vise à appliquer, dans le cadre d'un marché à bons de commandes, une remise en raison des quantités ou du chiffre d'affaires constaté, par exemple en fin d'année. Ceci afin de tenir compte de la réalité des achats effectués auprès du titulaire. Cette clause peut conduire à recalculer les prix applicables dès le début des commandes, ou ne prévoir l'application du tarif (dégressif) qu'à compter d'un seuil (contractuel) atteint. La clause doit comporter tous les éléments nécessaires à sa mise en œuvre. Aucun élément ne pourra être complété en cours d'exécution sans avenant.

3.3.3.2.7. Comment mettre en œuvre la clause de révision ?

- Les clauses de révision de prix sont mises en œuvre, conformément aux clauses contractuelles, et sans que l'une des parties ait à en demander l'application, sauf stipulation contraire expresse. Les modalités de mise en œuvre de la clause doivent donc être précisément déterminées, même si le marché fait référence à l'un des CCAG en vigueur.

Le CCAP mentionnera, notamment, si le titulaire doit, lors de sa demande de paiement, calculer la révision de prix applicable et fournir au pouvoir adjudicateur les informations (notamment la valeur des indices) nécessaires au contrôle du calcul.

Rappel : pour les marchés de travaux, le CCAG prévoit que ces calculs sont faits par le maître d'œuvre. La clause s'applique pendant toute la durée d'exécution du marché, y compris durant sa prolongation par voie d'avenant. Elle intervient périodiquement dans les conditions fixées par le marché, car le code des marchés publics ne précise pas à quelle fréquence la révision des prix doit intervenir.

- La valeur finale des références utilisées pour la révision des prix est appréciée, au plus tard, à la date de réalisation des prestations, telle que prévue par le marché ou à la date de leur réalisation réelle, si celle-ci est antérieure (articles 94, 259 et 265 du code des marchés publics). Ceci afin de garantir à l'acheteur public que le retard du titulaire du marché ne fera pas profiter ce dernier d'une augmentation du prix des prestations.

Le cahier des clauses administratives particulières doit préciser comment sera fixée la valeur finale de la référence utilisée.

De plus, et si le marché s'y réfère, les CCAG prévoient des stipulations permettant de déterminer la date à prendre en compte pour ce calcul (article

10.2.1 du CCAG-PI, article 11.2.1 du CCAG-MI, article 10.2.1 du CCAG-TIC, article 10.2.1 du CCAG-FCS) :

- le jour de remise, de livraison ou de fin d'exécution des prestations, si celles-ci sont effectuées dans le délai prévu par le pouvoir adjudicateur ou si le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé de délai ;
- à la date limite prévue par le pouvoir adjudicateur pour la remise, la livraison ou la fin d'exécution des prestations, lorsque le délai prévu est dépassé.

Chapitre 4. CLAUSES DE PENALITES ET CLAUSES INCITATIVES

4.1. CLAUSES DE PENALITES

Les clauses de pénalités ne modifient pas le prix. En revanche, le montant payé sera affecté à la baisse par la mise en œuvre des clauses de pénalités.

La violation de toute clause contractuelle (retard, clause sociale, clause environnementale, etc.) peut donner lieu à des pénalités, dès lors que le marché les prévoit expressément. Les CCAG (article 20 du CCAG travaux, article 14 des CCAG FCS, PI et TIC, article 15 du CCAG MI) prévoient des clauses-types de pénalités, auxquelles il est possible de déroger dans les documents contractuels du marché : par exemple, le pouvoir adjudicateur a la possibilité, dans son CCAP, de plafonner les pénalités s'il le souhaite, en dérogeant au CCAG.

La pénalité ne doit pas être excessive par rapport au montant du marché⁷. La mise en œuvre des pénalités doit être liée à des éléments relevant de l'entière responsabilité du titulaire.

4.2. CLAUSES INCITATIVES

Les clauses incitatives ne modifient pas le prix. En revanche, le montant payé sera augmenté de celui de la prime à verser, si les conditions prévues sont réunies.

4.2.1. Principe

L'insertion de clauses incitatives dans les marchés publics est facultative. Il est regrettable qu'elles soient rarement utilisées car elles permettent une répartition équitable entre les deux parties des bénéfices tirés d'une situation meilleure que le minimum prévu par le marché.

Elles peuvent être utilisées par l'acheteur public pour atteindre trois objectifs (articles 17 alinéa 2 et 197 du CMP) :

- améliorer les délais d'exécution ;
- rechercher une meilleure qualité des prestations ;
- réduire les coûts de production.

Plusieurs mécanismes d'incitation peuvent être prévus par l'acheteur public. Cela peut être une prime pour dépassement de performances, par exemple, ou l'introduction d'une clause d'intéressement. Ces méthodes conduisent à verser au titulaire du marché un prix de règlement supérieur au prix initial, même éventuellement révisé, fixé dans le contrat.

Compte tenu de ces incidences financières, l'insertion d'une clause incitative dans le cahier des charges, et son contenu, doivent être réfléchis. Une clause incitative ne signifie

⁷ *Le juge administratif peut modérer ou augmenter les pénalités résultant du marché, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché. CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n°296930.*

pas toujours un surcoût pour l'acheteur. Ainsi, un marché à prix révisable achevé 3 mois avant l'échéance normale permet de ne pas payer de révision de prix sur les 3 derniers mois. Il est donc normal que la clause incitative permette de réviser un prix au moins équivalent à l'économie faite par l'acheteur voire plus, la livraison précoce pouvant avoir d'autres avantages.

4.2.2. Exemples de clauses incitatives

4.2.2.1. Une prime d'avance sur le délai contractuel

Il s'agit d'une somme forfaitaire versée au titulaire du marché, si celui-ci exécute les prestations dans un délai plus court que celui sur lequel il s'est engagé. Ce type de prime doit être utilisé avec prudence. Elle doit rester faiblement proportionnée (moins de 10%) au montant du marché et être réservée à des situations spécifiques, car les délais ont été, en principe, définis dans le cahier des charges en fonction des besoins de l'acheteur. Cette prime peut se justifier, lorsque l'acheteur a un avantage financier important à disposer de la prestation avant le délai contractuellement prévu.

4.2.2.2. Une prime pour dépassement des performances

Son insertion dans le cahier des charges se justifie pour des prestations non courantes, complexes, dont les techniques de « fabrication » ou d'exécution sont délicates. L'acheteur public définit une performance à atteindre dans son cahier des charges, qui correspond à son besoin minimum et sur lequel va s'engager le titulaire pour un prix donné. Si cela présente un réel avantage pour l'acheteur public, celui-ci peut prévoir également qu'un prix supplémentaire pourra être versé au titulaire si celui-ci améliore les objectifs de performance fixés dans le marché. La prime se traduit donc par une augmentation du prix du marché.

4.2.2.3. Une clause d'intéressement

L'objectif de ces clauses est d'intéresser le titulaire du marché aux progrès effectués lors de l'exécution du marché, par rapport à des objectifs identifiés dans le contrat.

Cette clause est particulièrement adaptée, lorsque l'acheteur public demande au titulaire de s'engager à lui faire réaliser des économies d'énergie⁸, à réduire son coût global ou ses consommations ou encore à améliorer son profil de consommation (substitution de produits génériques aux produits de marque), par exemple. Plus les économies pour l'acheteur seront importantes, plus le titulaire sera récompensé, sa rémunération étant modulée proportionnellement aux résultats obtenus.

Le marché comprend un prix de base correspondant à un objectif d'économie voulu par l'acheteur public et sur lequel s'est engagé le titulaire. Cet objectif sera comparé aux économies effectivement obtenues, afin de faire jouer l'intéressement.

La formule d'intéressement doit être rédigée avec attention par l'acheteur public qui dispose d'une grande liberté dans sa définition : il peut prévoir un pourcentage, définir une courbe traduisant le prix de règlement en fonction du prix de revient, des plafonnements afin d'encadrer les évolutions du prix, etc.

⁸ *A ne pas confondre avec les conventions de recherches d'économies*

4.2.2.4. Recherche de marge

Une alternative aux clauses incitatives pour dépassement de performances peut-être une démarche de « recherche de marge » : par exemple, le CCTP prévoit des engagements du titulaire sur les performances du matériel acquis. La démarche consiste à prévoir, en outre, une identification des marges, donc des performances du matériel au-delà des engagements du titulaire. De petites modifications du matériel identifiées en essais permettent aussi d'améliorer les performances. Ainsi pour un coût supplémentaire très faible, il est souvent possible d'obtenir de meilleures performances en identifiant et en exploitant les marges prises par le titulaire pour le dimensionnement du produit acquis.

4.2.3. Conditions de mise en œuvre de la clause incitative

La rédaction d'une clause incitative suppose qu'un objectif de performance soit défini et quantifié (ou daté). Il faudra également préciser comment sera mesurée la performance et sur quels domaines elle sera appréciée.

Le CCAP devra contenir un article relatif à l'ensemble des clauses incitatives, afin d'en préciser la nature et les modalités de mise en œuvre.

Les CCAG précisent que, lorsque les pièces particulières du marché ont prévu un mécanisme de prime, leur attribution est faite sans que le titulaire soit tenu de les demander (articles 15 du CCAG-FCS et du CCAG-PI, 16 du CCAG-MI et 20.2 du CCAG-Travaux).

Chapitre 5. METHODE D'APPRECIATION DU PRIX, LORS DE L'ANALYSE DES OFFRES

Le code des marchés publics pose le principe que doit être retenue l'offre économiquement la plus avantageuse (articles 53-I et 234 du CMP).

Ce choix impose une définition préalable précise des besoins, le recours à des critères d'attribution pertinents et l'utilisation d'une méthode opérationnelle d'analyse des offres, afin de choisir la meilleure offre. C'est la qualité de l'offre par rapport au prix proposé, qui est notée et appréciée, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur se fonde sur une pluralité de critères non discriminatoires. Il peut aussi, exceptionnellement, compte tenu de l'objet du marché, se fonder sur le seul critère du prix.

5.1. UNE BONNE EVALUATION DES BESOINS : UN PREALABLE INDISPENSABLE

L'exercice de l'évaluation est particulièrement important. Il a d'abord des conséquences budgétaires, mais aussi il détermine le choix de la procédure de mise en concurrence, celui de l'allotissement, et de la durée du marché.

L'évaluation doit être réaliste, « sincère et raisonnable », et prendre en compte les niveaux de prix connus les plus récents, notamment s'ils sont sujets à d'importantes, brusques et fréquentes variations. Les deniers publics seront bien utilisés si les besoins, correctement définis dans le cahier des charges, sont satisfaits dans le respect de l'enveloppe financière prévue, en prenant en compte le coût global et les préoccupations de développement durable.

Bonnes pratiques pour l'estimation du montant

► Vous devrez connaître les fourchettes de prix pratiqués par les entreprises du secteur économique concerné. Lorsqu'un prix plafond est fixé, il doit être établi de manière réaliste, faute de quoi la procédure ne pourrait être légalement déclarée infructueuse, ni par conséquent être suivie de la passation d'un marché négocié. (CE 29 décembre 1997, préfet de Seine et Marne).

► Evitez de fournir une estimation de l'enveloppe allouée dans les documents de la consultation et notamment dans l'avis de publicité, (le CMP ne l'impose pas), car l'opérateur économique aura alors tendance à aligner sa réponse sur l'estimation. Le risque est, en outre, de faciliter les ententes entre les candidats et les pratiques anticoncurrentielles collectives.

► S'il n'est pas judicieux d'indiquer le montant estimé du marché dans l'avis d'appel public à concurrence, la mention de la consistance du marché est une obligation pour le pouvoir adjudicateur, car elle permet aux candidats d'apprécier l'étendue du besoin à satisfaire, même si celui-ci n'est pas certain et ne constitue pas un engagement juridique.

5.2. CHOIX DES CRITERES ET DE LA PONDERATION

Le prix ne doit pas être déconnecté de la qualité des prestations proposées. Un prix seul n'a aucune valeur d'expertise. Il ne prend cette valeur que mis en face de prestations dont la qualité doit être évaluée.

Rappel : une offre non conforme ne doit pas être évaluée et notée.

5.2.1. Le prix, critère de jugement des offres parmi d'autres

5.2.1.1. Une liste de critères non exhaustive

L'article 53.I du CMP énumère des critères de jugement des offres, parmi lesquels figure bien sûr le prix. Cette liste n'est pas exhaustive.

5.2.1.2. Doit-on retenir le prix parmi les critères de jugement des offres ?

Le code n'oblige pas l'acheteur public à retenir le prix parmi les critères. Néanmoins, la qualité d'une offre ne se conçoit que par rapport à un prix ; on ne peut pas vouloir la qualité quel qu'en soit le prix. La bonne gestion des deniers publics suppose que l'acheteur public analyse le rapport qualité/prix des prestations. Le prix apparaît donc comme un critère inévitable.

Exceptionnellement (lorsque le prix résulte de l'application d'un barème fixé par l'administration, par exemple pour les prestations de fouilles archéologiques ou lorsque le prix est imposé par l'acheteur dans le CCAP), des critères autres que le prix peuvent, à eux seuls, permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. De même, lorsque le prix est réglementé (livres, ou certains produits de santé), le critère du prix est neutralisé, du moins sur les éléments de la prestation concernant ce prix réglementé. Enfin, l'existence d'un prix réglementé peut ne pas faire obstacle à la remise d'un prix différent plus avantageux pour l'acheteur.

Bonnes pratiques

► Sauf cas exceptionnels où le prix ne permet pas l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, retenez toujours le prix parmi vos critères de choix des offres.

► La remise par les candidats de leurs prix sous une forme identique et comparable facilite grandement l'analyse des offres. Un modèle de grille de prestations et de prix peut être élaboré par l'acheteur. Cependant, l'acheteur doit également anticiper dans sa grille, le cas échéant, la présentation de variantes.

► Il est difficile de comparer les prix pour les marchés à tranches et les marchés à bon de commandes. Généralement pour les bons de commande, on utilise un devis type ou une ou deux simulations, qui permettent de classer les offres et qui permettent aux candidats de savoir comment leurs offres vont être jugées. L'essentiel est d'afficher cette règle de comparaison dans les documents de mise en concurrence.

Il est possible de procéder de la même manière pour un marché à tranches.

Prenons l'exemple d'une tranche ferme, suivie de tranches conditionnelles. Soit une offre A qui propose un prix plus faible que B pour la tranche ferme et plus élevé pour les tranches conditionnelles. Comparer le prix global (comprenant la totalité des tranches) suppose que toutes les tranches seront réalisées. Mais si un doute très fort pèse sur la réalisation des tranches conditionnelles, l'offre économique la plus avantageuse sera probablement l'offre A.

Pour comparer les offres de prix dans un marché fractionné et lorsque l'acheteur public peut déterminer la probabilité qu'ont les tranches de se réaliser, il peut introduire dans sa notation la probabilité d'occurrence de la manière suivante :

1 - déterminer les probabilités qu'ont les tranches et les bons de commande de se réaliser

2 - noter critère par critère les offres sur les différentes tranches

3 - utiliser les probabilités de réalisation obtenue en 1 pour obtenir, critère par

critère, une note « probable »

4 - utiliser la pondération sur ces notes « probables » pour obtenir une note GLOBALE.

Il est recommandé aux acheteurs d'indiquer, dans le règlement de consultation, les probabilités de réalisation pressenties (et signaler si elles sont prises en compte dans la notation), les candidats pourront ainsi élaborer leurs prix en fonction d'une probabilité quantifiée et non d'une simple possibilité.

A savoir

Le formulaire DC3 (acte d'engagement) prévoit la mention des prix HT et TTC en chiffres et en lettres, ainsi que les taux de TVA. Si ce formulaire n'est pas utilisé, vérifiez que ces prix et ces taux sont bien mentionnés dans l'offre qui deviendra contractuelle. Vous seriez dans l'incapacité de comparer réellement les prix des offres, dans le cas contraire. Il est recommandé de prendre les prix TTC pour comparer les offres.

5.2.1.3. Peut-on retenir le prix comme unique critère de jugement des offres ?

S'il existe un critère unique, ce ne peut être que celui du prix (articles 53.II et 234 du CMP). Néanmoins, le prix ne peut être retenu comme critère unique par le pouvoir adjudicateur que s'il est justifié par l'objet du marché. Ce sera le cas, par exemple, pour des produits simples et standardisés (acquisition de carburant,...) répondant à des normes qui évitent l'appréciation qualitative par l'acheteur, tous les produits répondant à la norme.

D'une manière générale, il est déconseillé de recourir au critère unique du prix. La jurisprudence a notamment retenu qu'il était illégal d'y recourir dans le cas de travaux complexes⁹.

► Il est exclu de se limiter au critère du prix pour l'attribution de prestations présentant un certain caractère de complexité ou de technicité, travaux notamment.

► Lors du choix des critères de jugement des offres, vous devez donc vous demander si les prestations concernées peuvent justifier le recours au seul critère du prix.

5.2.2. Pondération du critère prix (et des autres critères)

La pondération est obligatoire en procédure formalisée. Elle est aussi possible (et recommandée) en procédure adaptée. Dans tous les cas, l'acheteur doit l'annoncer aux candidats lors de la mise en concurrence.

Les critères les plus souvent utilisés sont le prix et la valeur technique. Le choix et la pondération des critères de sélection des offres ne doivent pas procéder d'une démarche stéréotypée de la part du pouvoir adjudicateur. Le poids donné à chacun d'eux dépend de la complexité de la prestation à réaliser et de la précision du cahier des charges.

⁹CE 6 avril 2007, Département de l'Isère, req. n°298584 : en l'espèce, une route départementale comprenant la construction d'un barreau de liaison, d'un carrefour giratoire et d'un ouvrage d'assainissement

En cas de pluralité de critères pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération (articles 53 et 234 CMP). La recherche du meilleur rapport qualité-prix impose, en effet, à l'acheteur de définir, en fonction de l'objet du marché, des critères de choix objectifs, définis et pondérés selon ses attentes.

► La règle est la pondération des critères, sauf impossibilité démontrée, en raison notamment de la complexité du marché.

► Depuis quelques années, on observe que certains acheteurs publics retiennent une nouvelle approche, plus économique, de la pondération : la monétisation des critères, qui transforme chaque critère en poids financier (par application du pourcentage souhaité au montant prévisionnel du marché). Toutes les approches de pondération sont valables, dès lors qu'elles aboutissent à une pondération dont l'application permettra la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse.

► Quelle que soit la technique de pondération retenue (pourcentage, coefficient, système d'attribution de points, fourchette...), les modalités de choix des offres doivent être suffisamment précises, pour ne pas laisser à l'acheteur un choix arbitraire, incompatible avec les principes d'impartialité et de transparence.

► Le critère « prix » doit être prépondérant pour les produits de consommation courante et pour tous ceux dont les caractéristiques sont plus ou moins standard ou homogènes en termes de qualité.

► Le critère « prix » doit avoir un poids important si la prestation (et ses conditions de réalisation) à rendre est très précisément définie dans le cahier des charges. Son poids dépend de la nature du marché et du coût du résultat attendu.

► Le critère prix peut avoir un poids moindre pour des produits de forte technologie ou potentiellement dangereux (ex dispositifs et équipements médicaux, médicaments...).

Ex1 : pour la réalisation d'un ouvrage photovoltaïque (comportant une partie fournitures et une prestation de service de pose), la valorisation du critère prix au-delà de 40% serait probablement inadaptée. En effet, l'optimisation de la conception du générateur, puis la réalisation de la centrale photovoltaïque conformément à cette conception (autre le respect du délai de mise en service) constituent le point clé d'un projet photovoltaïque.

Ainsi, le critère prix pourrait être scindé dans cette hypothèse en deux sous critères :

- les coûts qui concourent directement à la performance du générateur lui-même (panneaux, système de monitoring, etc.) : éléments actifs : 30%
- les coûts indirects (clôtures, génie civil/terrassement, système d'intégration, vidéosurveillance, etc.) : éléments passifs : 10%

En conséquence, la note technique doit rester prépondérante.

Ex2 : maîtrise d'œuvre et missions complémentaires pour la mise en place d'un poste central de régulation du trafic (TCSP) et d'un système de priorité des bus aux feux tricolores avec un système d'aide à l'exploitation et à l'information des voyageurs (SAEIV).

Critères :

1. valeur technique (50%) appréciée au regard :

- qualité des moyens techniques spécifiques et moyens humains dédiés (CV des intervenants) 10 %
- méthodologie employée pour le déroulement de l'étude 10 %
- qualité et pertinence du plan de communication 10 %

- prise en compte des contraintes et ébauche du projet de TCSP de la ville et son insertion en milieu urbain 10 %
 - qualité des compétences techniques en matière de signalisation tricolore, de vidéosurveillance et de SAEIV 10 %
2. prix (30%)
 3. délai d'exécution (cohérence du planning détaillant les différentes phases) (20%)

Conseils

Il est très difficile d'apprécier, au moment du jugement des offres, l'incidence sur le prix de proposition de taux de pénalités, d'indices de révision ou de partie fixe de la formule de révision. En conséquence, il est déconseillé d'inviter les candidats à faire de telles propositions dans le but de les prendre en compte dans le cadre du jugement du critère prix, sauf à avoir envisagé très précisément les incidences de ces éléments.

- ▶ Le choix de la pondération des critères par le pouvoir adjudicateur est libre, sous réserve que la pondération soit pertinente et qu'elle ne soit pas discriminatoire¹⁰.
- ▶ Quelle que soit l'importance donnée au critère financier, tous les postes devant faire l'objet d'une proposition de prix doivent être pris en compte dans le jugement des offres en proportion de leur importance dans le marché concerné.
- ▶ Il est possible de donner à plusieurs critères ou à l'ensemble des critères une pondération identique. C'est en cela que le système de la pondération se distingue de celui de la hiérarchisation¹¹
- ▶ Il n'existe pas de pondération minimale du critère prix.
- ▶ Attention, la valeur de la pondération du critère « prix » à 80% reviendrait dans la majorité des cas à neutraliser celle des autres critères et le prix deviendrait alors, de facto, l'unique critère de jugement des offres, ce qui serait contraire à l'esprit des articles 53 et 234 du code pour des prestations présentant un certain caractère de complexité ou de technicité.
- ▶ Le poids du critère prix ne doit dépasser que de manière exceptionnelle les 60 %.
- ▶ Si le candidat est invité à remettre un prix correspondant à plusieurs types d'offres (par exemple : achat, location avec ou sans option d'achat), il est nécessaire de préciser le critère permettant de retenir une forme de prestation plutôt qu'une autre.
- ▶ Il est nécessaire de procéder à une simulation des résultats qui peuvent être obtenus après pondération et avec le procédé de notation prévu. Cette simulation doit permettre de limiter les risques de retenir une offre de sur-qualité.
- ▶ Pour les achats complexes, le prix forfaitaire peut utilement être décomposé. Ceci permet de valider la pertinence de l'offre par rapport au besoin exprimé.

5.2.3. Les méthodes de notation

5.2.3.1. Doit-on communiquer la méthode de notation ?

Le principe de transparence impose à l'acheteur d'adopter une méthode de notation compréhensible et adaptée au marché. La méthode n'a pas à être communiquée dans le règlement de consultation, mais peut l'être si l'acheteur le décide.

¹⁰ CE, 10 mai 2006, *Sté Schiocchet*

¹¹ Rép min n°21226 : JO Sénat Q. 1^{er} mars 2007

- ▶ La méthode de notation des critères n'a pas nécessairement à être communiquée dans l'avis ou le règlement de consultation, ni lors d'une procédure formalisée¹², ni lors d'une procédure adaptée¹³.
- ▶ L'analyse donne lieu à une notation qui devrait obligatoirement être accompagnée d'un commentaire justifiant la note. La formule, l'analyse des offres et les commentaires seront communicables en cas de contentieux. Le juge exerce sur le choix de l'offre un contrôle minimum : il vérifiera que l'administration ne s'est pas trompée de manière grossière dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision (erreur manifeste d'appréciation).

5.2.3.2. Quelle méthode de notation retenir ?

« La méthode de notation consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard du critère donné »¹⁴.

Il faut d'abord éliminer les offres qui ne sont pas conformes aux exigences du cahier des charges. Une offre n'est pas « à peu près conforme » ou « pas totalement conforme ». Elle est « conforme » ou elle ne l'est pas. Si elle ne l'est pas, elle est irrégulière et doit être éliminée.

En effet, laisser dans le classement des offres qui auraient dû être considérées comme irrégulières, conduirait à fausser le jugement et le classement des offres, car une offre qui serait techniquement inacceptable, peut finir première du classement grâce à un prix proportionné à ce qu'elle offre, c'est-à-dire trop faible, pour remplir les obligations du cahier des charges. Il est donc fondamental d'écartier toute offre irrégulière.

Etre rigoureux sur l'appréciation de la qualité d'une offre au regard des besoins réels

La conformité au cahier des charges ne suffit pas, en soi, à obtenir la note maximale. Selon les critères retenus, la méthode utilisée, la qualification et l'expérience des personnes proposées pour la réalisation des prestations... pourront majorer ou minorer la note obtenue.

Par ailleurs, il est envisageable d'attribuer une note identique aux offres qui répondent strictement aux besoins exprimés et à celles présentant un niveau de « qualité » supérieur (cf. schéma page suivante). Un dépassement des exigences du cahier des charges ne conduit pas systématiquement à la note maximale.

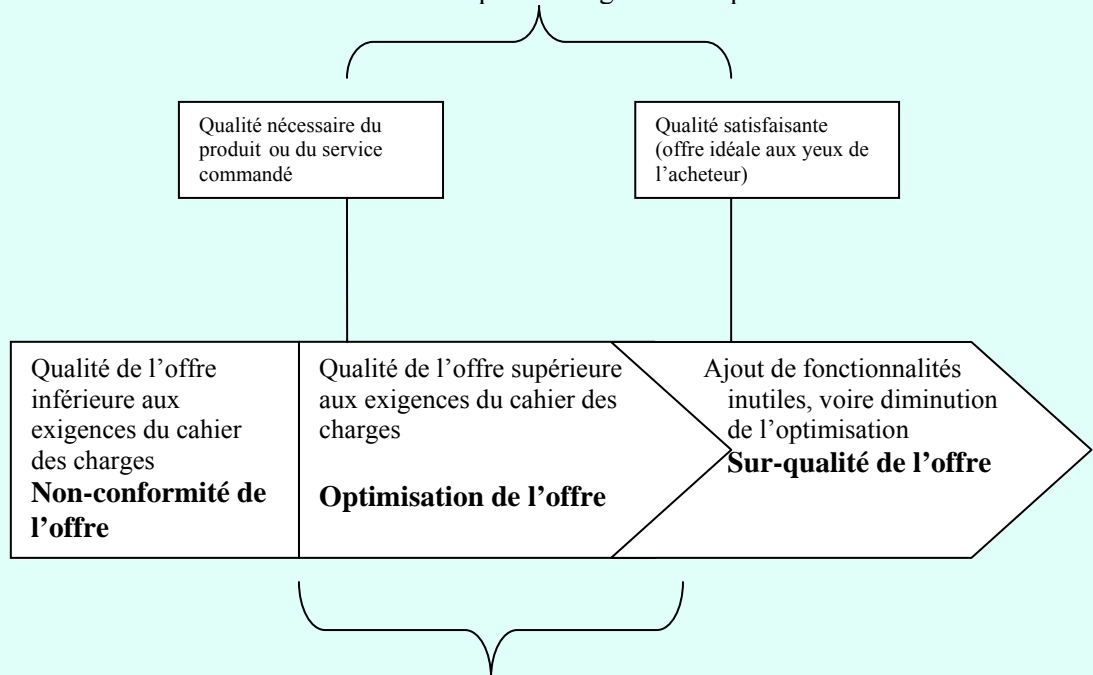
¹² CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio

¹³ CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n°334279,

¹⁴ CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, n°348711

Qualité et sur-qualité

Besoin « ouvert » => critères correspondants
et méthode de notation adéquate au regard de la qualité satisfaisante



Marge de qualité = plage de notation
(attribution de la note maximale à l'offre idéale)

L'acheteur doit fixer la pondération des critères ou la méthode de notation et rédiger son règlement de consultation, en lien avec la manière dont les besoins ont été exprimés dans le CCTP :

- Un cahier des charges dont un ou tous les éléments techniques sont exprimés précisément, sur le produit, les délais et les conditions d'exécution, limitera la marge d'appréciation de la qualité technique d'une offre. En effet, soit le produit satisfait exactement à la demande et la note technique maximale est attribuée (faible pondération sur les critères autres que le prix, puisque c'est le prix qui fera la différence entre les produits de même qualité), soit le produit est non conforme, parce qu'en deçà de ce qui est demandé, soit, bien qu'il soit au-delà des exigences exprimées, il a la même note que les offres strictement limitées au minimum.

Attention donc à tenir compte de la souplesse du cahier des charges lors de la notation de la qualité technique.

- A l'inverse, plus le cahier des charges est « ouvert » dans l'expression des besoins (recherche de performance avec utilisation de termes comme « au minimum » « au maximum » par exemple), plus l'acheteur public aura une marge importante d'appréciation de la qualité proposée et donc une plage de notation étendue. Il devra alors anticiper sur les offres qu'il recevra et veiller à ce que la pondération des critères et la méthode de notation ne le « piègent » pas, en l'obligeant à retenir une offre de « sur-qualité » plus chère.

Il faut adapter le RC et le cahier des charges de manière à ne pas devoir retenir une offre de « sur qualité » plus chère : par exemple, une offre qui ajouterait des fonctionnalités inutiles, ou qui amoindrirait l'optimisation.

Les éléments de repère pour détecter la sur-qualité

On peut discerner trois grandes familles de sur-qualité :

- Celle qui n'apporte pas de plus-value (fonction supplémentaire non indispensable, qui n'améliore donc pas la réponse au besoin)
- Celle qui apporte une plus-value sur certains éléments, cette plus-value dégradant d'autres éléments (process parasite qui diminue l'optimisation) : il en irait ainsi, d'un outil de découpe plus performant mais dont la rapidité exigerait par exemple des gestes de sécurité supplémentaires qui ralentiraient la mise en œuvre, ce qui nuirait à l'optimisation.
- Celle qui propose des fonctions supplémentaires telles que le besoin exprimé ne peut être satisfait (process incompatible qui rend l'offre non conforme) : par exemple, des fonctions supplémentaires qui rendraient une machine incompatible avec les possibilités de l'acheteur, sa charge devenant trop lourde pour le plancher du local auquel elle était destinée.

Ce qu'il faut éviter :

- les méthodes consistant à fixer le maximum et le minimum de l'échelle de notation en fonction des offres extrêmes (la meilleure et la moins bonne) ;
- des échelles de notation dans lesquelles la meilleure note serait attribuée à l'offre se rapprochant le plus de l'estimation du pouvoir adjudicateur ;
- des systèmes de notation avec des paliers trop importants et un système de note binaire (ex : note 0 ou 10) ;
- des systèmes dans lesquels les écarts de note traduisent un rang de classement sans tenir compte des écarts réels, qui séparent les offres en termes de compétitivité.

Il ne faut pas oublier que, dans un appel d'offres, les offres non conformes aux prescriptions du cahier des charges sont irrégulières et ne doivent pas figurer dans le classement. Dans une procédure adaptée, il est possible de « repêcher » une offre qui ne serait pas parfaitement conforme par la négociation. Mais ce n'est pas une obligation pour l'acheteur : l'entreprise a donc toujours intérêt à remettre une offre conforme, dès sa première proposition.

5.2.3.3. Comment noter le prix ?

Le critère du prix est probablement le plus neutre des critères. Cependant le choix de la formule de révision de prix et des variables qui la composent permet très largement de renforcer ou d'affaiblir l'impact de ce critère. Il faut également être attentif à la façon dont la notation restitue les écarts de prix et veiller à ne pas les amplifier.

Il est nécessaire de bannir, lors de la notation des critères, toute méthode ayant pour conséquence une note négative ...ou une note supérieure à la note maximum...

Il ne peut y avoir de notes négatives¹⁵, ni de notes supérieures à la note maximum car on modifie alors fondamentalement l'échelle de notation. En effet, la pondération des critères telle qu'elle a été définie et communiquée aux candidats en serait faussée ; or la méthode de notation ne peut modifier l'échelle de notation.
Cf. Annexe n°4

► Les offres de prix doivent être comparées entre elles et non par rapport à l'estimation de prix effectuée par l'acheteur. Vous pouvez inviter les fournisseurs à chiffrer deux commandes type, à condition de préciser le poids respectif de chacune d'elles dans l'analyse de l'offre. Si l'estimation était retenue comme déterminant de la meilleure note, une offre égale à cette estimation aurait 10/10, mais comment peut-on alors noter l'offre inférieure à cette estimation. Attribuer une note supérieure à 10 est impossible et attribuer 10 à toutes les offres dont le prix équivaut à l'estimation est également inapproprié.

► les offres non conformes et les offres anormalement basses doivent avoir été rejetées immédiatement, sous réserve de respecter la procédure de demande de justification prévue pour les offres anormalement basses.

Pour le prix, plusieurs méthodes sont fréquemment utilisées ; il faut garder à l'esprit qu'aucune formule n'est parfaite et que le résultat est propre à chaque consultation. Le résultat ne sera pas le même si les offres sont très dispersées ou au contraire concentrées dans une fourchette étroite.

La plus simple et la plus répandue :

► $\text{Note}/10 = (\text{prix le plus bas}/\text{prix de l'offre examinée}) \times 10$

Si les offres non conformes ont bien été éliminées, c'est la méthode la plus simple et la plus neutre. Cette formule est celle qui est recommandée pour la plupart des marchés.

Elle n'est cependant pas parfaite, car elle pénalise les offres de prix approchant l'offre la plus compétitive. Elle est notamment pertinente pour les marchés dont l'expérience montre que les offres sont généralement concentrées et les écarts de prix faibles.

¹⁵ CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n°362532 : *Le département de la Guadeloupe avait retenu pour son marché de transports scolaires deux critères : prix et âge du véhicule et indiqué dans son règlement de consultation que les offres devaient être notées, d'une part, sur un critère de prix en fonction de l'écart de prix entre l'offre évaluée et le prix moyen proposé par l'ensemble des candidats pour le même lot et, d'autre part, sur un critère portant sur l'âge des véhicules, aucun véhicule de plus de quinze ans ne pouvant être proposé.*

Le Conseil d'Etat a rappelé dans cette décision « que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent, lorsqu'ils choisissent d'évaluer les offres par plusieurs critères pondérés, recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de notes négatives ; qu'en effet une telle note, en se soustrayant aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, serait susceptible de fausser la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidats ».

Autres méthodes de notation :

► $\text{Note}/10 = 10 - 10[(\text{prix de l'offre examinée} - \text{prix le plus bas}) / (\text{prix le plus élevé} - \text{prix le plus bas})]$

Cette formule comporte deux inconvénients :

- l'écart de notation entre les offres dépend directement du nombre d'offres et de la différence qui sépare l'offre la plus compétitive de l'offre la moins compétitive.
- le prix le plus élevé obtient systématiquement la note 0, alors qu'il peut rester compétitif en valeur absolue. Or, l'offre la moins compétitive doit pouvoir obtenir mieux que 0, si elle reste objectivement compétitive.

Pour éviter cet effet, on peut fermer plus ou moins l'échelle de prix. Dans la formule suivante, l'échelle pertinente s'établit du prix le plus compétitif jusqu'à Y fois ce prix :

$\text{Note} = \text{note maxi} [(Y \times \text{prix le plus bas} - \text{prix de l'offre}) / (\text{prix le plus bas} \times (Y-1))]$

► $\text{Note}/10 = (10 \times \text{prix moyen}) / (\text{prix moyen} + \text{prix offre})$

- Les écarts entre les notes pourront être faibles. Il est possible d'augmenter les écarts de note en affectant des puissances n au prix (plus n est élevé, plus cela agrandit les écarts). Ce procédé est à réserver exclusivement aux marchés dont on est sûr (grâce à une bonne connaissance du secteur d'activité) que les écarts de prix seront très faibles.

► $\text{Note}/10 = 10 - 1 [(\text{prix de l'offre examinée} - \text{prix le plus bas}) / (\text{prix le plus élevé})]$

- Cette formule restitue plus fidèlement l'écart entre les prix ; elle n'est pour autant pas valable dans l'absolu et doit être testée avec soin. (en annexe 3, un comparatif avec la première formule et les segments d'achats pour laquelle cette formule a été retenue).

Attention ! Ces 3 types de notation peuvent s'avérer risqués en cas de remise d'offres économiquement « déraisonnables », mais non éliminables pour non-conformité.

► L'affectation de puissances dans les formules est possible selon le type de marché ou le montant estimé, lorsque l'acheteur public veut accroître les écarts de note, même lorsque les prix sont proches les uns des autres :

-en matière de services courants et fournitures courantes, car les offres seront certainement concentrées

-lorsque le marché porte sur un montant élevé, un faible écart de prix peut correspondre, en valeur absolue, à un montant élevé.

► **Peut-on prévoir une note éliminatoire ?**

Bien que non prévu par le code des marchés publics, un tel dispositif de notation n'est pas, a priori, interdit. Il doit, en revanche, être porté à la connaissance des candidats et la méthode retenue parfaitement transparente.

Deux méthodes sont envisageables :

- soit une note éliminatoire sur un ou plusieurs critères (ou sous-critères). Elle ne concernera que des niveaux de note très bas : 2 points sur 10 par exemple. Bien évidemment, une unique note éliminatoire, sur un point mineur (moins de 5 % ou 10 % de la note globale par exemple) ne doit pas conduire, à elle seule, à

l'élimination définitive de l'offre. C'est pourquoi une note éliminatoire ne se justifie que sur des éléments importants. Une note éliminatoire pour 1/3 du total des notes apparaît proportionnée.

- soit une note cumulée (nombre de points) insuffisante sur plusieurs critères : plusieurs notes très faibles sont constatées entraînant, par leur « addition », une impossibilité de classer l'offre.

En tout état de cause, la note éliminatoire et les conditions de son application (par exemple, en précisant quelle est la note éliminatoire, sur un ou des critères, en deçà de laquelle le candidat serait écarté indépendamment de la pondération accordée aux autres critères) doivent figurer dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans les documents de la consultation.

5.2.3.4. Doit-on comparer la note de prix obtenue indépendamment des autres critères ou en lien avec eux?

Comme tous les autres critères, le prix est noté de manière indépendante, mais lors du jugement final, ce prix se rapporte obligatoirement à un niveau de qualité.

Un prix déconnecté du niveau de qualité pour lequel il est proposé n'a pas de sens. C'est la traduction la plus fidèle de l'« offre économique la plus avantageuse ».

Prenons un exemple portant sur un achat de fournitures informatiques.

Le poids du critère prix est de 60% et celui du critère technique est de 40 % décomposé en sous-critères techniques affectés de coefficients. 8 pour le poids, 3 pour la taille de l'écran, 5 pour l'autonomie, 1 pour la performance PC et 1 pour l'ergonomie générale. Ces sous-critères donneront lieu à l'attribution de notes chiffrées allant de 1 à 10 (10 étant la note maximale). L'analyse de la proposition technique d'une offre donne les notes suivantes :

Sous critères	Coefficients	Notes /10
1°) Poids de l'ensemble ordinateur, lecteur optique, batterie principale et bloc alimentation	8	Note 1
2°) Taille de l'écran	3	N2
3°) Autonomie	5	N3
4°) Performance PC	1	N4
5°) Ergonomie générale	1	Note 5
	Soit au total : 18	Note technique globale = $(8N1 + 3N2 + 5N3 + N4 + N5) / 180$

Le prix proposé dans l'offre sera pondéré par la note technique globale ainsi obtenue.

Cette pondération permettra d'établir un prix rapporté au niveau de la qualité pour chaque offre (Pp), par application de la formule suivante pour l'exemple donné :

$$Pp = Pi / [0,6 + 0,4 (8N1 + 3N2 + 5N3 + N4 + N5) / 180]$$

Où :

Pp= prix pondéré de chaque offre qui sera ensuite comparé aux Pp des autres offres,

Pi = prix indiqués dans l'offre,

N1, N2 ... = notes obtenues aux critères techniques.

Commentaire : 0,6 correspond ici au poids du critère prix, 0,4 correspond à celui du critère technique, et 180 est la somme des coefficients des critères techniques multipliée par 10.

5.3. LE PRIX ET LES VARIANTES

Le candidat peut présenter des variantes (si l'acheteur public a ouvert cette possibilité dans le cadre des procédures formalisées ou si l'acheteur public ne s'y est pas opposé dans le cadre des procédures adaptées) à condition toutefois qu'elles respectent les exigences minimales mentionnées dans les documents de consultation (articles 50 et 230 du CMP).

Dans les documents de consultation, l'acheteur a la faculté de laisser le champ totalement libre aux candidats. Il peut aussi orienter les variantes mais, s'il en fait une obligation, toutes les entreprises potentiellement candidates doivent être en mesure de proposer cette variante (il ne doit pas y avoir de discrimination, notamment à l'égard des PME...).

Sauf mention contraire dans les documents de consultation, les variantes peuvent donc également porter sur le prix, la variation du prix (introduction de clauses de butoir ou de clauses de sauvegarde, modification d'une formule de révision), l'échéancier de paiements, les pénalités, les clauses incitatives... Mais en pratique, cela est exceptionnel.

Qu'elles soient techniques ou financières, les variantes doivent être jugées en fonction des critères mentionnés dans le règlement ou la lettre de consultation. Il ne pourra être introduit de nouveaux critères durant la procédure pour retenir une variante particulièrement avantageuse. Les critères mis en œuvre doivent donc pouvoir s'appliquer indifféremment à une offre de base et à une ou des variantes. Les candidats ne sont plus obligés de présenter une offre de base avec leur variante, sauf lorsque l'acheteur a exigé, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, qu'une telle offre accompagne la ou les variantes (*cf. décret n°2011-1000 du 25 août 2011 et circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*). Cela oblige, théoriquement, l'acheteur à envisager les types de variantes qui pourraient lui être proposés lors de la détermination de ses critères. En pratique, l'utilisation des critères tirés de la liste de l'article 53 permet de traiter les offres de base et les variantes, du fait de leur caractère suffisamment général.

L'acheteur public doit :

- ▶ anticiper, dans la mesure du possible, la production des variantes (et l'inventivité des soumissionnaires) lors de l'établissement de critères.
- ▶ anticiper les conséquences des variantes proposées sur l'ensemble des dispositions financières

5.4. DEUX METHODES D'ANALYSE DE L'OFFRE FINANCIERE : LES PRIX ET LES COÛTS

L'acheteur doit chercher à déterminer le niveau du juste prix de la prestation. Il dispose, à cet effet, de deux méthodes principales ou complémentaires : l'analyse de prix, utilisée le plus couramment, et la plus simple, et l'analyse de coûts, utilisée plus rarement et nettement plus complexe.

Sous le terme d'analyse de prix, on désigne les différents moyens par lesquels un acheteur peut juger un prix, (on se contente le plus souvent de comparer des prix entre

eux) sans avoir à procéder à une évaluation du prix de revient de la prestation et de la marge bénéficiaire de l'entreprise.

L'analyse de coûts désigne une étude critique du prix de revient prévisionnel de la prestation et de la marge bénéficiaire escomptée par le fournisseur. Plus complexe et plus onéreuse à mettre en œuvre que la méthode précédente, il est raisonnable de ne l'utiliser que pour les marchés d'un montant important et certains marchés négociés.

Les deux méthodes ne sont généralement utilisables qu'à partir de l'étude d'un devis préalablement établi par le fournisseur. L'analyse de coûts requiert un devis présenté sous une forme plus élaborée que pour une simple analyse de prix.

5.4.1. L'analyse de prix

L'analyse de prix est un procédé pragmatique et comparatif. Elle peut être effectuée chaque fois que l'acheteur dispose de solides références de prix et dans le cas de commandes ou de marchés dont les prestations sont connues.

L'analyse des prix ne peut donner que des ordres de grandeur et non des chiffres précis. La précision obtenue dépendra, notamment, de l'objet du marché.

Les méthodes d'analyse varient suivant la nature de la prestation fournie. Seuls les services acheteurs sont à même de les déterminer ; cependant, toutes requièrent un minimum de connaissances des conditions de fabrication et de commercialisation des produits et services en cause.

La qualité d'une analyse de prix repose sur le caractère probant des comparaisons effectuées : c'est la raison pour laquelle de simples références à des situations passées ne peuvent être suffisantes, sans vérification de leur validité.

► Il n'est pas nécessaire que le devis fasse apparaître le prix de revient de la prestation quand son utilisation est limitée à une analyse de prix. Il devrait, en revanche, comporter une ventilation du prix en ses divers composants : prix unitaires et quantités, prix des sous-ensembles, prix des salaires, des charges, du matériel de l'emballage, du transport, etc. C'est à l'acheteur de mentionner expressément les informations dont il veut disposer.

L'analyse de prix repose nécessairement sur une comparaison avec des éléments connus, ce qui entraîne la recherche et le choix de références.

5.4.1.1. Par comparaison avec des prix obtenus récemment pour des marchés comparables ou par d'autres acheteurs pour une prestation identique.

Si elles ne résultent pas d'informations déjà disponibles en interne grâce à des marchés d'objet comparable, les informations nécessaires peuvent être recueillies par contact direct avec d'autres services d'achat, ou par consultation des administrations spécialisées, et en particulier de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ou des Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) au plan local .

Le niveau des prix peut, en effet, varier en fonction de facteurs commerciaux ou de production, tels que le volume des commandes, la durée des marchés, les méthodes d'essai ou de contrôle à réception, les modifications et les changements de technologies mises en œuvre, les différences de quantités et de cadences de production, le lancement de séries importantes entraînant une décroissance des temps de fabrication, le redémarrage d'une fabrication arrêtée se traduisant par une

augmentation des temps, etc. Les prix retenus comme référence doivent être corrigés en conséquence, dans la mesure du possible.

De plus, lorsque les marchés, comme c'est le cas pour certains produits courants, comportent des remises à appliquer à des prix de référence, la méthode de comparaison s'applique tant au niveau des prix nets, qu'à celui des remises obtenues.

5.4.1.2 Par comparaison avec des prix antérieurs, modulés par l'évolution du marché, pour un produit courant ou un service courant.

Pour un produit courant ou un service courant, la comparaison peut, la plupart du temps, être faite avec des prix antérieurs, modulés en fonction de la connaissance de l'évolution du marché. Cette comparaison ne soulève pas de difficultés importantes, lorsque ces prix antérieurs sont eux-mêmes jugés convenables, lorsque la prestation n'a pas été modifiée substantiellement et lorsque les facteurs mentionnés précédemment (cf. 5.4.1.1) sont stables.

L'utilisation d'un indice général de prix (indice des prix du produit intérieur brut marchand, indices de prix de gros relatifs à de larges groupes de produits, indices mensuels des prix à la consommation) est rarement adéquate, pour procéder à une telle comparaison ; elle permet seulement de mettre en évidence la variation du prix du produit par rapport à l'indice général utilisé comme référence. Or le prix d'une prestation évolue en fonction des facteurs qui lui sont propres ; il s'agit en particulier des techniques de production, des coûts de fabrication et de la vivacité de la concurrence.

Lorsque la comparaison fait intervenir un produit de même nature, mais qui n'est pas identique au produit à commander, elle peut être faite par l'intermédiaire d'une unité de mesure significative : le kilogramme, le litre, le kilowatt de puissance, etc. Bien entendu, ce calcul de proportionnalité ne constitue qu'une première approche.

5.4.1.3. Comparaison avec le prix d'une commande identique précédente, pour des commandes de matériels, services, équipements ou travaux autres que courants

Lorsqu'un service passe des commandes successives de matériels, équipements, services ou travaux autres que courants, l'acheteur est conduit à pratiquer une analyse de prix pour laquelle la méthode précédente n'est pas applicable, faute d'indices propres à ces prestations. La méthode consiste alors généralement à prendre pour référence, s'il est jugé convenable, le prix de la commande précédente ou, à défaut, le prix découlant d'une série de commandes antérieures à condition qu'elles ne soient pas trop anciennes, en vue de se fixer un objectif de prix pour la nouvelle commande. On applique à ce prix de référence une formule paramétrique dont la structure découle de celle de la formule habituellement utilisée pour la révision des prix pendant l'exécution d'un marché concernant cette prestation. La formule utilisée doit être bien représentative des éléments de coût de la prestation.

En outre, il convient de prendre en compte l'accroissement de la productivité qui intervient, soit de façon continue, soit par paliers, à tous les échelons de l'entreprise ou qui résulte, pour un produit déterminé, d'une amélioration de la technologie ou d'une modification du cycle de fabrication (par exemple, le remplacement d'un outillage ancien par un outillage plus performant).

Il est donc nécessaire de corriger le calcul, en appliquant au résultat un abattement selon les progrès de productivité ; ce peut être un élément important de la négociation.

Bonnes pratiques :

- ▶ Si les différentes méthodes d'analyse de prix décrites ci-dessus font apparaître que les prix obtenus à l'issue de la consultation sont plus élevés que ceux auxquels vous vous attendiez, vous pouvez :
 - en appel d'offres : déclarer l'appel d'offres infructueux, si le montant plafond de l'estimation est dépassé et relancer une nouvelle consultation, par exemple en élargissant le champ de la concurrence ;
 - hors appel d'offres : demander aux entreprises des justifications, par exemple au moyen de devis ou de sous-détails de prix ; ceci nécessite de prévoir cette possibilité dans le règlement de consultation.

5.4.2. L'analyse des coûts traduits dans l'offre du fournisseur

L'analyse de coûts, comme l'analyse de prix, a pour point de départ l'étude d'un devis, mais celui-ci doit faire apparaître le prix de revient prévisionnel de la prestation et dans la mesure du possible, la marge bénéficiaire demandée par le fournisseur.

L'analyse de coûts consiste alors en un examen critique, poste par poste, de ce devis, en l'assortissant éventuellement de vérifications portant sur les justifications présentées par le fournisseur ou effectuées sur place, dans les établissements de ce dernier. L'analyse de coûts est complexe et sa réalisation demande du temps et des compétences spécifiques.

Cette analyse consiste à décomposer un prix en :

- d'une part, les éléments du coût de la prestation (coûts unitaires de la main d'œuvre et nombre d'heures, coûts des achats et coefficients d'approvisionnement...);
- d'autre part, la marge.

La qualité du devis est primordiale pour la valeur de l'analyse des coûts. L'étude des devis suppose de veiller :

- à la définition du prix de revient prévisionnel retenue pour le marché : le prix de revient prévisionnel d'un objet (d'une prestation de services, d'un groupe d'objets ou de prestations de services) comprend tout ce qu'il coûtera pour sa fabrication (ou son exécution), dans l'état où il se trouvera au stade final y compris les coûts de livraison, de distribution, d'administration, de financement et « autres frais à couvrir ». Certaines charges ne sont pas incorporables au prix de revient (charges ayant le caractère de distribution de bénéfices, et, selon le secteur d'activité et leur mode de financement tout ou partie des dépenses de publicité, et des frais d'étude de recherche et de développement).
- à l'évaluation prévisionnelle de ce prix de revient par méthode comparative, analogue à l'analyse de prix ou par extrapolation à partir de résultats obtenus par le passé.
- à la présentation du devis : les devis doivent faire apparaître tous les éléments nécessaires pour la conduite de la négociation et permettre la détermination du taux de la marge.
- à la critique du prix de revient prévisionnel.

5.4.3. Méthode d'appréciation du prix en procédure adaptée ou procédure négociée

La négociation peut et doit, pour être efficace, servir notamment à trouver des solutions techniques, conformes aux caractéristiques principales du marché et qui figurent dans la publicité, adaptées au besoin, différentes, ou moins chères.

Une négociation ne se résume pas à la question du prix, ni au fait de déposer une deuxième offre...même si le prix peut être un élément déterminant et, souvent, celui sur lequel il semble le plus facile de négocier. Elle doit permettre à l'acheteur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire la meilleure offre susceptible d'être faite à ce moment, en fonction des besoins de l'acheteur et des capacités économiques et techniques des entreprises.

La négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché telles, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures et des offres.

Il est, en revanche, possible de négocier sur :

- le prix : par exemple, la marge, le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc.
- la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire (attention, telle qu'elle a été fixée par l'entreprise et non celle fixée impérativement par l'acheteur), la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- la qualité : peuvent être négociées la qualité, suffisante au regard des besoins, son incidence sur le prix si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse;
- le délai : peuvent être négociées l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient très difficiles à négocier, lorsque les négociations sont menées avec plusieurs candidats ;
- toutes les spécifications ou caractéristiques de détail des prestations commandées du marché, donc qui ne sont pas l'objet propre du marché et qui n'ont pas été indiquées dans la publicité ;
- le cas échéant les clauses de propriété de certains matériels ou les clauses de propriété intellectuelle...

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit pas être confondue avec un « marchandage ». Imposer à son cocontractant un prix irréaliste revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise, d'une mauvaise réalisation des prestations ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants.

Une bonne négociation exige la fixation d'objectifs à atteindre. Avant de commencer une négociation sur les prix, l'acheteur doit avoir une idée de la proposition du fournisseur au moyen de l'analyse de prix. Cela permet d'analyser les écarts entre le prix proposé par le fournisseur et le prix attendu par l'acheteur.

Lorsqu'une analyse de coûts a été effectuée, le prix à payer est déterminé en deux temps : évaluation du prix de revient, puis l'adjonction d'une marge. La marge prend en compte l'apport technique, administratif, commercial, intellectuel de l'entreprise, c'est-à-dire la valeur ajoutée par celle-ci au titre du marché. Elle doit également rémunérer le risque assumé par le fournisseur. Elle doit enfin intéresser l'entreprise à l'abaissement des coûts et à l'amélioration du service rendu.

L'évaluation du prix de la prestation est nécessairement subjective. Sa précision et sa fiabilité restent fonction de la compétence de l'acheteur et du type de produit acquis. Le but de la démarche n'est pas d'obtenir une vérité absolue sur le coût d'une prestation, vérité qui ne peut exister. Il est, d'une part, d'obtenir des éléments pour faciliter la négociation qui doit porter sur l'ensemble de la prestation. D'autre part, surtout mais pas seulement en l'absence de concurrence, il s'agit de s'assurer que le prix obtenu est

convenable, c'est-à-dire que son ordre de grandeur est réaliste, sans vouloir rechercher une précision illusoire.

Précision

Dans le cadre des négociations sans mise en concurrence, c'est une appréciation des prix par rapport au montant prévisionnel qui sera faite.

Lorsqu'il s'agit d'une négociation avec mise en concurrence, une appréciation par comparaison des offres finales entre elles sera effectuée. Mais la concurrence n'étant pas toujours parfaite, une comparaison par rapport au montant prévisionnel sera là aussi effectuée, afin de vérifier que l'ordre de grandeur du prix est raisonnable (« justification de la convenance du prix »).

5.5. Comment traiter en cours de procédure d'attribution les « erreurs » qui peuvent concerner les prix d'un marché ?

5.5.1. Cas d'une formule de variation des prix manifestement inadaptée ou oubliée

Si la consultation est en cours, il est encore possible de sauver la procédure.

Si c'est une entreprise qui s'aperçoit de cette anomalie, aux conséquences graves, l'acheteur doit, soit introduire une formule (ou actualisation du prix ferme ou révision de prix) qui satisfasse à ses obligations réglementaires, soit revoir la formule inadaptée à la prestation. Cette modification du cahier des charges s'accompagnera d'une information publiée sur le média utilisé pour l'appel à concurrence. Il est, en revanche, possible que la réponse puisse ne pas être compatible avec les délais de la procédure (échéance trop proche de la consultation...). Il pourra alors en résulter une obligation de recommencer la totalité de la procédure.

Une fois le marché attribué, aucun avenant n'est possible car le prix est intangible. Le risque est alors élevé d'une défaillance de l'entreprise en cours d'exécution du marché.

Conseil :

Lors de la mise en concurrence d'un marché de travaux ou de fournitures et services non courants, invitez les candidats ayant détecté une anomalie dans le choix des éléments de référence à vous en informer aussitôt, car aucun avenant ne sera possible. Le pouvoir adjudicateur rectifiera la clause et prolongera le délai de remise des offres.

5.5.2. Cas où un (ou plusieurs) des prix proposés dans l'offre comporte une erreur

Si le candidat s'aperçoit de cette erreur avant la clôture de la consultation, il lui est possible de transmettre une nouvelle offre, en indiquant la raison de ce nouvel envoi. Bien que les deux plis contenant les offres soient ensuite ouverts, seule la dernière offre enregistrée pourra être examinée. Si le titulaire a transmis ses offres par voie dématérialisée, seul le dernier pli reçu est ouvert.

Si le candidat s'aperçoit de cette erreur après la clôture de la consultation, ou si l'acheteur s'en aperçoit lui-même, lors de l'analyse des offres, aucune modification ne peut être apportée qui serait de nature à remettre en cause l'offre... Un candidat ne peut réclamer un supplément de prix, ou une modification du prix qu'il a proposé, au motif qu'il aurait commis une erreur dans son offre. Une erreur commise par le candidat dans son appréciation de la situation ne peut être regardée comme de nature à lui permettre de réajuster son offre ou réclamer une indemnisation. En revanche, sur demande de l'acheteur, il peut être amené à préciser ou compléter la teneur de son offre.

Conseil

Il est vivement conseillé d'anticiper les conséquences d'erreurs sur le prix dans le règlement de la consultation (ou lettre de consultation) et d'inscrire clairement la règle qui sera suivie par l'acheteur. Cette règle étant connue, aucune entreprise ne pourra se plaindre d'être surprise de son application.

Le juge ¹⁶ admet qu'une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi, dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue peut être rectifiée. Cette rectification doit toutefois rester limitée et ne doit pas remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

En pratique, cela signifie qu'il ne pourra pas y avoir de modification importante des conditions de prix proposées, sauf à invalider l'offre dans son entier. C'est un dilemme pour l'entreprise : soit elle demande la modification de son prix et cette modification n'est pas acceptable par l'acheteur, et donc l'offre est écartée comme irrégulière, soit elle ne demande pas de modification et elle risque de ne pas être correctement rémunérée. Ce qui induit un risque réel pour l'acheteur d'une mauvaise réalisation des prestations.

L'importance de cette erreur, par rapport au montant total du marché, devra évidemment être prise en compte : si l'incidence est très faible (moins de 1 %), aucune modification du montant ne sera nécessaire et par conséquent, l'offre ne sera pas remise en cause. Si la modification représente entre 1 à 5 %, elle peut avoir une réelle incidence sur le marché, particulièrement dans les secteurs où les marges sont faibles. L'acheteur pourra, certes, imposer le maintien de l'offre, dans son montant global, mais devra réfléchir à l'intérêt de ce maintien et des risques qu'il prend en termes d'exécution du marché. En procédure d'appel d'offres, il ne peut, en tout cas, y avoir « négociation » avec l'entreprise. Si la modification représente plus de 5 %, il est quasiment certain qu'elle va avoir des conséquences importantes sur l'exécution réelle du marché, si le montant « incorrect » est maintenu. Une telle erreur doit donc conduire au rejet de l'offre.

¹⁶ Conseil d'Etat, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n°349149. En l'espèce, l'offre présentait un prix erroné, 22 euros, au lieu de 220 euros après l'ajout de la ligne tarifaire omise

5.6. LA NOTION DE COÛT GLOBAL¹⁷

Dans de nombreuses circonstances, le prix d'acquisition d'une prestation ne constitue pas un critère suffisant d'appréciation du prix et doit être envisagé dans une logique plus globale : en périmètre et en durée.

Définition : le coût global comprend l'ensemble des coûts engendrés pour la conception, la réalisation, l'investissement, l'exploitation et la maintenance, éventuellement l'impact social et environnemental, le démantèlement ou le recyclage et l'élimination...sur une période déterminée et pour un périmètre déterminé. Le périmètre et la période doivent clairement apparaître.

- Il s'agit du coût d'acquisition auquel s'ajoute le coût d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie. En particulier, lorsqu'il s'agit d'un ouvrage, d'un équipement ou d'un matériel, des frais d'utilisation viendront s'ajouter au coût initial pendant leur durée de vie : entretien, consommables, pièces de rechange, consommation d'énergie, traitement des déchets, formation, etc. En outre, cette durée de vie dépend de qualités telles que la résistance à l'usure ou aux agents extérieurs, etc.

Le coût global d'utilisation prend en compte le long terme (marchés successifs) ou le coût du montage juridique.

Ex : Lorsque des programmes industriels ou d'investissements à long terme font l'objet de plusieurs marchés successifs, il convient de prendre en compte pour l'appréciation du coût global, non seulement le prix des prestations relatives au marché immédiat à passer, mais également les prix prévisionnels de celles qui résulteront des marchés ultérieurs.

Ex : coûts liés à un changement d'opérateur

Cette notion ne prend, en revanche, pas en compte l'appréciation du risque (par exemple, dans le cadre de la réalisation d'un tunnel).

Bonnes pratiques

► Pour un marché de travaux, l'acheteur public, qui souhaite apprécier le prix de l'offre en fonction du coût de la couverture des risques, demandera un mémoire d'analyse de la nomenclature des risques proposé par le maître d'œuvre, plutôt qu'un détail estimatif quantitatif des risques. Ce mémoire permettra aux concurrents de justifier les quantités estimées pour chacune des difficultés envisagées et de mentionner certaines d'entre elles qui auraient pu avoir été omises.

- Les coûts tout au long du cycle de vie, au sens de la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'éco-conception applicables aux produits consommateurs d'énergie, comprennent les coûts relatifs aux étapes successives et interdépendantes d'un produit consommateur d'énergie, depuis l'utilisation des matières premières jusqu'à l'élimination finale, comprenant ainsi, également, la recherche, la consommation, l'entretien, le retrait et l'élimination.

Il est possible de prévoir, comme critères de choix des offres, à la fois le coût global (qui sera alors soigneusement défini) et le prix de la prestation commandée, avec des poids respectifs définis par la personne publique. Ainsi la personne publique reconnaît, à la fois, l'importance du coût global, donc des coûts pour elle-même au-delà du prix du marché, mais aussi du prix de la prestation qu'elle paiera directement, en plus de sa prise en compte dans le coût global.

¹⁷ http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/gem/cout_global/cout_global.pdf

Il est aussi possible de prendre en compte des critères de choix des offres issus du coût global. Par exemple un critère du type (coût global) / (durée de vie garantie du matériel commandé) peut être intéressant.

5.7. QUE FAIRE AVEC LES PRIX ABERRANTS OU ANORMALEMENT BAS ?

Lors de l'analyse des offres, l'acheteur public peut constater que le prix d'une offre est particulièrement bas, au regard des exigences du cahier des charges, ou par rapport aux références qu'il connaît, ou aux autres offres.

Le code des marchés publics autorise l'acheteur public à demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. Cette procédure particulière est obligatoire pour les offres considérées comme anormalement basses.

Au vu des réponses apportées, l'acheteur peut rencontrer trois situations :

- le montant de l'offre est anormal, du fait d'erreurs commises dans le calcul du prix ;
- le montant global est cohérent, mais certains prix unitaires paraissent aberrants ;
- le montant de l'offre paraît anormalement bas.

Que faire lorsque l'offre remise par le candidat comporte des erreurs commises dans le calcul du prix ou des prix aberrants ?

A la demande de précisions de l'acheteur public, le candidat répond qu'il a commis une erreur dans l'établissement de son prix. Il peut :

- soit rectifier le prix en cause, tout en maintenant le montant de son offre globale. Dans ce cas, l'offre peut être conservée et analysée par l'acheteur public. Si elle est jugée économiquement la plus avantageuse au vu des critères posés dans le règlement de la consultation, une mise au point permettra de prendre en compte la correction apportée par le candidat.

- soit rectifier le prix en cause et rectifier, en conséquence, le montant global de l'offre présentée. Dans ce cas, l'acheteur public ne pourra conserver cette offre que si l'erreur est tellement évidente et manifeste qu'il ne pouvait s'en prévaloir de bonne foi. Si tel n'est pas le cas, l'acheteur public devra écarter l'offre, car les règles de la consultation sont remises en cause et le jeu de la concurrence faussé par une telle modification intervenant après la remise des offres.

Comment traiter une offre anormalement basse¹⁸ (cf. annexe) ?

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique¹⁹. Le pouvoir adjudicateur peut apprécier la dimension économique des offres de différentes manières : au vu de toutes les composantes de l'offre, par l'utilisation d'une formule mathématique permettant de déterminer un seuil d'anomalie, par comparaison avec les autres offres, par comparaison avec l'estimation du pouvoir

¹⁸ http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/FT-offre-anormalement-basse.pdf

¹⁹ Point 15.2 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

adjudicateur, ou au vu des obligations sociales qui s'imposent aux soumissionnaires.

L'article 55 du CMP fixe la procédure de traitement des offres suspectées d'être anormalement basses par le pouvoir adjudicateur. Il énonce 5 éléments²⁰ à prendre en considération par le pouvoir adjudicateur pour apprécier si le prix est ou non anormalement bas. Ce dispositif permet de ne pas écarter l'offre basse, mais uniquement l'offre anormale, parce qu'elle nuit à la compétition loyale entre les candidats et parce que, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché.

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications à leurs auteurs et d'en apprécier la pertinence, afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Cette procédure contradictoire constitue une obligation²¹ qui peut, le cas échéant, être sanctionnée par le juge.

Retenir une offre anormalement basse fait peser un risque sur les deniers publics, si les motifs de la différence de prix n'ont pas été identifiés, du fait d'une mauvaise exécution possible du marché (demandes de rémunération complémentaires, défaillance, sous qualité, travail dissimulé). Si les explications fournies ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise, le pouvoir adjudicateur (ou la commission d'appel d'offre) est tenu de la rejeter par décision motivée. Cette obligation repose sur l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par l'article 1er du code des marchés publics et permet de lutter contre le dumping social qui conduirait l'acheteur à retenir une offre d'un candidat qui ne respecterait pas le droit social et serait en infraction avec le code du travail (travail dissimulé par exemple).

²⁰ (L'article 55 du code liste cinq éléments à prendre en considération par le pouvoir adjudicateur pour apprécier l'offre :

- les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
- les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- l'originalité de l'offre ;
- les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
- l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

²¹ CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10

Chapitre 6. LE PRIX PENDANT L'EXECUTION DU MARCHE

6.1. L'INTANGIBILITE DU PRIX ET SES AMENAGEMENTS

6.1.1. Le prix est intangible

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 modifier²² (articles 17 et 197 du code des marchés publics).

La forme et le régime des prix jouent un rôle déterminant dans l'établissement des offres et dans la concurrence entre entreprises. Ils doivent donc être connus des candidats potentiels, dès la mise en concurrence. Un avenant qui insère ou modifie une clause de révision, une formule ou des index est illégal, car il a nécessairement pour effet de modifier les conditions de la mise en concurrence initiale²³.

Que faire lorsque la clause d'actualisation obligatoire a été oubliée ?

Lorsque le pouvoir adjudicateur omet d'insérer, dans le cahier des clauses de son marché, une clause d'actualisation des prix, pourtant obligatoire, deux situations sont envisageables :

→ Cas où le marché est un marché de travaux qui fait référence au Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (CCAG- Travaux). Il est alors fait application des stipulations de l'article 10.4.3 qui prévoient une actualisation par défaut sur la base de l'index BT01- tout corps d'état ou TP01- index général tout travaux, selon la formule suivante : *Prix nouveau = prix initial x (indices à la date de début d'exécution des prestations – 3 mois / indices de la date de fixation du prix dans l'offre)*. Seul l'index peut être remplacé, la formule d'actualisation ne pouvant, elle, être modifiée en cours d'exécution du marché.

Cependant, ces index BT01 et TP01, très généraux, ne sont pas les plus pertinents pour procéder à l'actualisation des prix, et leur utilisation dans la formule doit être évitée.

L'index de référence par défaut peut être remplacé, par voie d'avenant, par l'index correspondant à l'objet du marché. Il faut donc impérativement que les deux parties se mettent d'accord sur cette référence.

→ Autres cas : pour les marchés de travaux qui ne font pas référence au CCAG-Travaux, comme pour les autres marchés, aucun avenant prévoyant l'actualisation ne pourra être conclu entre les parties. L'actualisation ne sera donc pas possible.

Que faire si la formule de variation des prix est absente ou inadaptée ?

Aucun avenant ne sera possible pour résoudre les anomalies suivantes :

- omission d'une clause de variation de prix dans un marché n'en prévoyant pas, même alors que celle-ci est obligatoire,
- omission de la formule ou des index correspondants, alors que le marché prévoit que le

²² CE, 9 mars 1951, *Didona*, Rec. CE p. 148

²³ CE, 15 février 1957, *Etablissement Dickson*

prix est actualisable ou révisable,

- éléments de référence incorrects dans la clause de variation, sauf erreur manifeste (par exemple, si l'intitulé est exact mais ne correspond pas au numéro de référence de l'indice ou l'index).

6.1.2. Exceptions au principe

Il existe cinq exceptions au principe de l'intangibilité.

6.1.2.1. Lorsque la modification du prix est rendue nécessaire par l'exécution même du marché

- cas de la disparition d'un indice ou d'un index :

La suppression des indices ou des index, auxquels il est fait référence dans le marché pour réviser les prix, justifie l'introduction de nouveaux indices ou index reconnus équivalents dans le cahier des clauses particulières du marché. N'ayant pas pour effet de modifier les conditions de la mise en concurrence initiale, un avenant sera, dès lors, possible. Les parties devront donc se mettre d'accord pour modifier la ou les références concernées par avenant. En revanche, il n'est pas possible de modifier la pondération de chaque paramètre. Le même raisonnement peut être tenu pour une clause d'actualisation.

- cas de la disparition ou de l'obsolescence de produits ou services :

Lorsqu'en cours de marché, un produit disparaît, un nouveau produit apparaît ou qu'un produit initialement proposé technologiquement dépassé -ou inutilisable car non conforme aux nouvelles normes de sécurité – doit être remplacé par un nouveau produit, un avenant est conclu, pour intégrer dans le marché ce nouveau produit et le prix qui lui est associé.

Le CCAP peut limiter le recours à de nouveaux prix.

L'introduction de prix nouveaux par avenant est, par exemple, utilisée dans le domaine informatique ou de haute technologie (qui subissent l'obsolescence rapide des produits) ou dans le domaine médical (invention d'un nouveau vaccin ou d'une nouvelle technologie sans équivalent).

6.1.2.2. En cas de travaux supplémentaires

Un avenant peut modifier le prix contractuel, pour tenir compte des droits à supplément de prix ou à indemnité au titre de travaux supplémentaires.

Pour tous les marchés qui se réfèrent au CCAG-Travaux, les dispositions de l'article 118 du CMP doivent être lues au regard des stipulations de l'article 15 du CCAG -Travaux relatives à l'augmentation des travaux.

En effet, cet article prévoit, dans son point 4, un dispositif contractuel qui autorise, dès la conclusion du contrat, la poursuite des travaux jusqu'à un plafond de 105% pour un marché à prix forfaitaires et 125% pour un marché à prix unitaires (art.15.3 du CCAG-Travaux), sous réserve toutefois :

- que le maître d'œuvre n'ait pas émis un ordre de service arrêtant les travaux, au moins dix jours avant la date à laquelle le montant contractuel initial sera atteint
- et que le titulaire ait avisé le maître d'œuvre, un mois au moins à l'avance, de la date probable à laquelle le montant des travaux atteindra leur montant contractuel.

Il résulte de ces dispositions qu'il n'est pas nécessaire de conclure un avenant autorisant la poursuite des travaux dans la limite des plafonds précités, si les deux conditions énoncées ci-avant sont remplies. Dans le cas contraire ou lorsque les limites fixées à l'article 15.3 sont dépassées, l'avenant s'impose.

Les prestations supplémentaires ou modificatives, notifiées au titulaire par ordre de service, visées à l'article 14 du CCAG -Travaux concernent exclusivement des prestations « dont la réalisation est nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage » et pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix. Le dispositif prévu par cet article permet de rémunérer le titulaire sur la base de prix provisoires, en attendant que soient fixés les prix nouveaux définitifs.

6.1.2.3. Dans le cas d'une décision de poursuivre

A la différence de l'avenant, la décision de poursuivre est un acte unilatéral de l'acheteur public.

Cette décision de poursuivre ne peut être prise que si le marché la prévoit expressément (CCAG ou CCAP du marché). Par ailleurs, la décision de poursuivre a pour unique objet d'autoriser une augmentation des quantités prévues au marché, afin d'en assurer l'entière réalisation dans les conditions (de prix notamment) initialement convenues. Elle ne permet pas de confier au titulaire des prestations nouvelles (Rép. min. n° 13627 à M. J.-C. Carle : JO Sénat Q, 9 déc. 2004, p. 2836).

Toutefois, tout comme l'avenant, elle ne doit pas aboutir à un bouleversement de l'économie du marché (CMP, art. 20 et 118).

L'objet de la décision de poursuivre est de permettre la poursuite des prestations prévues au marché (montant contractuel des travaux), jusqu'à une limite qu'elle doit elle-même fixer (CMP, art. 118. – CE, 24 oct. 1990, n° 87327, RIVP c/ États Louis et a. – C. comptes 1er déc. 2003, CHRU de Rouen . –

C. comptes, 27 janv. 2005, Synd. inter hospitalier de la Région d'Île-de-France).

Le marché doit prévoir la possibilité de recourir à la décision de poursuivre. En conséquence, pour les marchés qui se réfèrent au CCAG FCS et Travaux 2009, il est nécessaire que le CCAP prévoie la possibilité de recourir à la décision de poursuivre, pour que le pouvoir adjudicateur puisse l'utiliser.

6.1.2.4. Dans le cas de sujétions techniques imprévues

« En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir, quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché » (article 20 du CMP).

L'avenant peut donc modifier le montant du marché, sans limitation de montant par rapport au marché initial en cas de sujétions techniques imprévues, ce qui aura, dans la plupart des cas, une incidence sur le ou les prix.

Il ne sera pas possible de modifier les prix non concernés par les sujétions techniques imprévues, ni les conditions de leur évolution (les clauses de révision de prix, les avances), sauf s'il existe dans le contrat une clause autorisant la modification du prix.

Dans un marché à prix unitaires, il peut être fixé de nouveaux prix par avenant, afin de payer une prestation supplémentaire qui n'était pas prévue dans le contrat initial, mais s'y rattachant désormais.

La théorie des sujétions imprévues, qui est une construction jurisprudentielle, fait l'objet d'une contractualisation dans les cahiers des clauses administratives générales comme le CCAG-Travaux, qui s'y réfère de façon indirecte à l'article 10.11:

"A l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'étant pas "couvertes par les prix, ceux-ci sont réputés tenir compte de toutes les sujétions "d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de "temps et de lieu où s'exécutent ces travaux, que ces sujétions résultent :

- de l'utilisation du domaine public et du fonctionnement des services publics ;*
- de phénomènes naturels ;*
- de la présence de canalisations, conduites et câbles de toute nature ainsi que des chantiers nécessaires au déplacement ou à la transformation de ces installations ;*
- des coûts résultant de l'élimination des déchets de chantier ;*
- de la réalisation simultanée d'autres ouvrages ... ".*

Les sujétions imprévues sont définies par la jurisprudence comme 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.

6.1.2.5. Dans le cas de l'imprévision (cas rare)

Au début du 20^{ème} siècle²⁴, le juge administratif a développé la théorie de l'imprévision. Elle impose au cocontractant de l'acheteur public, pour des raisons d'intérêt général, d'assurer la continuité de l'exécution du contrat, même en cas de bouleversement de son économie par des événements imprévisibles, au delà du simple aléa économique. Le cocontractant reste tenu d'exécuter les prestations pour lesquelles il s'est engagé²⁵ ; il a corrélativement le droit d'être indemnisé, y compris après la fin du contrat²⁶ et même si celui-ci a été résilié²⁷.

Plusieurs conditions cumulatives, rarement réunies, doivent être remplies :

-l'événement doit être imprévisible. Il doit dépasser les limites de ce qu'auraient pu prévoir les parties, lors de la conclusion du contrat. Il peut s'agir de phénomènes naturels, de circonstances économiques exceptionnelles²⁸ ou de l'intervention des pouvoirs publics, par exemple le législateur ;

- l'événement doit être extérieur aux parties.

- l'événement doit bouleverser l'économie du contrat. Il ne doit pas s'agir de simples pertes du cocontractant, d'un simple aléa économique, mais d'un véritable bouleversement de l'économie du contrat. A titre d'exemple, une hausse d'environ 3 % du montant définitif d'un marché résultant de l'intervention d'une loi, de l'existence d'une sécheresse, ne sauraient être regardées comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché²⁹.

Le recours plus fréquent à des clauses de révision de prix, qui doivent être en mesure de traduire au moins partiellement de telles évolutions, ainsi que la difficulté de remplir les conditions fixées par la jurisprudence, rendent rare la survenance de tels bouleversements. Néanmoins, le pouvoir adjudicateur doit toujours examiner avec attention les demandes d'entrepreneurs se prévalant de l'imprévision, car il en tirera au moins les conséquences, pour les marchés à venir, en améliorant le contenu et les modalités de mise en œuvre des clauses de variations de prix. A titre d'exemple, une révision de prix annuelle peut être inadaptée, si des fluctuations erratiques et fréquentes ont été constatées par le passé. La périodicité pourra probablement être ramenée au trimestre ou au mois, et suivre ainsi plus fidèlement l'évolution réelle des prix.

La [circulaire interministérielle du 20 novembre 1974](#)³⁰ relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques détaille les modalités pratiques de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Elle souligne, qu'en principe, les charges extracontractuelles doivent atteindre au moins 1/15^e du montant initial hors

²⁴ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, p. 125.

²⁵ A défaut, le titulaire se verrait privé du droit d'obtenir une indemnisation au titre de l'imprévision, CE, Sect., 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, n° 19413.

²⁶ CE, 27 juillet 1951, *Commune de Montagnac*, p. 439 ; CE Sect., 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées*, n° 91471.

²⁷ CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*, n° 301116.

²⁸ CE, 30 mars 1916, préc.

²⁹ CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet Entreprise*, n° 53636.

³⁰ http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_15087.pdf

taxes du marché, pour pouvoir considérer que l'économie du marché a été bouleversée. Cette atteinte s'apprécie sur la durée totale du marché.

6.2. LE PAIEMENT DU PRIX

L'exécution financière des marchés publics est régie par la première partie, titre IV du code des marchés publics (articles 86 à 118) et, pour les marchés de défense ou de sécurité, par la troisième partie, titre IV du code des marchés publics (articles 259 à 288). Compte-tenu des risques juridiques et financiers, ce point doit faire l'objet d'une attention particulière.

6.2.1. Les avances sont de droit

Le régime des avances dépend du montant du marché (articles 87 à 90 ou 260 à 267 du code des marchés publics).

Les avances ont pour objet de faciliter l'exécution des marchés, en permettant aux entreprises de bénéficier de la trésorerie nécessaire pour lancer des approvisionnements, des commandes, embaucher, le cas échéant, du personnel, avant tout commencement d'exécution de prestations. Elles permettent ainsi d'assurer l'égalité d'accès aux marchés publics, entre les entreprises disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas (suppression ou diminution des coûts de refinancement de l'entreprise). Elles favorisent l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics.

L'avance, dérogation à la règle du paiement après service fait, aura un impact sur le prix proposé par les entreprises soumissionnaires. En effet, plus l'avance est importante, plus les entreprises pourront être en mesure de proposer des prix compétitifs.

L'acheteur public peut prévoir une avance plus élevée que le pourcentage minimal (5%) obligatoire (lorsque les conditions de seuil et de durée du marché sont réunies) prévu, dans la limite de 30% (ou 60% si le titulaire constitue une garantie à première demande). Le taux de l'avance, au-delà du minimum, aura donc un effet sur les prix et la concurrence. Si l'entreprise a un besoin de financement, ou de refinancement moindre, ses frais financiers seront diminués d'autant et la concurrence incitera l'entreprise à en faire bénéficier l'acheteur. En période de dépression économique, par ailleurs, une politique généreuse d'avances aux entreprises permet de soutenir l'activité économique

Des avances complémentaires peuvent être, en outre, prévues dans les marchés nécessitant une part importante de matériaux, de matières premières ou de fournitures. Leur versement est alors subordonné à la justification de la conclusion des contrats d'achat ou de commandes d'approvisionnement.

6.2.2. Les acomptes sont également de droit

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes (Articles 91, 259 et 264 du CMP).

Conseil

Les modalités (périodicité, date, montant, versement,) de versement de ces acomptes sont prévues au contrat (dispositions particulières ou renvoi au CCAG) et sont mentionnées, au titre des modalités essentielles de paiement dans l'avis d'appel public à

concurrence et le dossier de consultation des entreprises.

Prévoir au contrat des modalités plus favorables pour le prestataire (courte périodicité, calendrier préétabli et régulier, simplicité de la procédure) que celles prévues par le code des marchés publics et le CCAG, favorisera l'accès des PME à l'achat public et la présentation par les candidats de prix plus avantageux. De telles stipulations favorables à la trésorerie du cocontractant, permettent aussi une bonne exécution du marché.

6.2.3. Les délais de paiement³¹ doivent être respectés

Les délais de paiement³² ont une incidence sur les prix.

Il est préférable que les acheteurs publics insèrent dans leurs marchés, dans un souci de transparence et pour éviter tout contentieux ultérieur, le délai global de paiement maximum sur lequel ils s'engagent.

Le délai global de paiement d'un marché public ne peut jamais excéder 30 jours, lorsqu'il est passé par l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. Il ne peut excéder 50 jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées. (Article 98 du code des marchés publics).

Le défaut de paiement dans le délai global, qui comprend l'intervention du maître d'œuvre, le cas échéant, de l'ordonnateur et du comptable (interventions et délais de chacun éventuellement précisés dans une convention de règlement), fait courir de plein droit, et sans aucune autre formalité, une indemnité forfaitaire et des intérêts moratoires au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant payé directement. L'ordonnateur de la dépense doit donc veiller à transmettre rapidement des pièces justificatives correctes au comptable, afin que le délai de paiement soit respecté. Le taux très élevé des intérêts moratoires a un impact immédiat sur les finances publiques. La vie d'une entreprise peut dépendre du respect des délais de paiement. Il est donc impératif de les respecter. Des retards répétés de la part d'un même acheteur public lui sont toujours préjudiciables : les entreprises habituées à effectuer des prestations pour cet acheteur le considèrent rapidement comme non fiable et Soit ne concourent plus à ses appels d'offres, soit augmentent leur prix à proportion du retard qu'ils anticipent.

Les acheteurs publics peuvent éventuellement s'engager contractuellement sur des délais plus courts, mais, en aucun cas, sur des délais plus longs. Toutefois, lorsque l'ordonnateur s'est engagé dans son marché sur un délai de paiement plus court que le délai maximal réglementaire, le délai contractuel ne sera pas opposable au comptable s'il n'est pas conforme au délai de règlement conventionnel (DRC) signé entre l'ordonnateur et le comptable. L'acheteur qui s'est donc engagé sur un délai maximum de paiement vis-à-vis de son fournisseur non conforme au DRC supportera donc les intérêts moratoires, en cas de retard de règlement.

6.2.4. Mise en œuvre automatique de la clause de révision lors des paiements

L'application de cette clause fait partie intégrante de la formation du prix au moment de la conclusion du marché. La révision de prix ne doit pas être laissée à l'initiative de l'une des

³¹ *Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 (titre IV) portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, ainsi que ses décrets d'application.*

parties. Le contrat doit être précis sur le rôle de l'acheteur et du titulaire ; la seule référence au CCAG ne suffit pas.

Lorsque les conditions décrites dans le contrat sont réunies, elles sont mises en œuvre automatiquement. Le comptable public doit donc l'appliquer, sans que le titulaire ait à réclamer la mise en œuvre de la clause de révision...

6.2.5. Paiement des sous-traitants

6.2.5.1. Le sous-traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne publique a droit au paiement direct de ses prestations

Le sous-traitant a droit au paiement direct, s'il a été accepté et si ses conditions de paiement ont été agréées par la personne publique (article 115-1° ou 279 du CMP). Pour avoir droit au paiement direct, il faut :

- être sous-traitant de premier rang ;
- que la prestation ait un lien direct avec l'objet du marché ;
- que le montant des prestations à effectuer soit supérieur à 600€ TTC ou à 10 % du montant du marché pour les marchés industriels de la défense.

Le sous-traitant déclaré bénéficiaire, sauf disposition contraire dans l'acte spécial de sous-traitance, du régime financier applicable au marché principal : avance, acomptes mensuels, cession ou nantissement possible de ses créances sur la personne publique.

6.2.5.2. Le sous-traitant ne peut se prévaloir automatiquement de la révision des prix prévue dans le marché

La déclaration de sous-traitance (DC4) doit indiquer les conditions de paiement du sous-traitant et, le cas échéant, les modalités de variation des prix des prestations exécutées par le sous-traitant (article 114 ou 277 du CMP), qui peuvent être alignées sur celles du contrat principal.

Dans la pratique, la déclaration du sous-traitant fait, en la matière, souvent référence au marché principal, soit à l'identique, soit sans les formules de révision de prix. Or, l'application à l'identique de la formule de révision du marché principal peut s'avérer inadaptée, car elle concerne le marché dans sa globalité et non uniquement la partie sous-traitée, qui peut être de nature ou de composition différente et donc non conforme au contenu de la clause de révision de prix.

Le sous-traitant ne bénéficie pas d'office de la clause de variation des prix inscrite dans le marché liant la personne publique au titulaire. Il ne peut prétendre à l'application d'une clause de variation que si elle a été expressément reprise dans la déclaration de sous-traitance. Dans le cas contraire, elle n'est pas applicable et si un litige existe sur son application, il doit être réglé entre le titulaire du marché et son sous-traitant.

La personne publique a la faculté de se faire communiquer le contrat de sous-traitance, afin de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles figurant dans le contrat de sous-traitance (engagement des ministères financiers signataires en 2004 du pacte PME et du Service des Achats de l'Etat, signataire de la charte de la médiation inter-entreprises en 2010). Car même si le titulaire reste responsable des prestations exécutées par le sous-traitant, il n'en demeure pas moins que les dysfonctionnements qui peuvent résulter d'une situation trop défavorable au sous-traitant se répercuteront sur les prestations ou leurs conditions

d'exécution, donc au détriment de la collectivité publique (charge de travail supplémentaire, retard...).

L'appréciation de la situation doit permettre de prendre en compte la sous-traitance concernée, la nature et la durée des prestations, ainsi que la possibilité d'élaborer rapidement une formule de variation de prix qui serait applicable au sous-traitant. A titre d'illustration, un marché d'une durée supérieure à 12 mois prévoyant l'intervention d'un sous-traitant pour 3 mois ne justifie pas, a priori, la mise en œuvre d'une révision de prix, d'autant que la négociation entre le sous-traitant et le titulaire a pu anticiper l'évolution. Mais la situation pourra être appréciée différemment, si l'intervention du sous-traitant est prévue plusieurs mois après la déclaration de la sous-traitance.

Même lorsque la différence de traitement est manifeste, la personne publique ne peut s'immiscer dans les relations entre le titulaire et son sous traitant. Elle peut, en revanche, attirer l'attention du titulaire sur la situation du sous-traitant. Si les conditions font courir un risque de mauvaise exécution du contrat, l'acheteur peut ne pas accepter le sous-traitant et ne pas agréer ses conditions de paiement. L'acheteur public devra donc dialoguer avec le titulaire, pour trouver une solution acceptable, sans risque pour lui.

Le sous-traitant ne peut se prévaloir des clauses du marché, notamment en matière de prix, d'intéressement et de clauses incitatives.

*
* * *
*

Foire aux questions

1. Y-a-t-il des marchés sans prix ?

Non !

Le prix ne consiste pas nécessairement en un paiement d'une somme d'argent par l'acheteur au profit du prestataire. Par exemple :

* dans les contrats de mobilier urbain, dont le cocontractant tire sa seule rémunération des recettes publicitaires, sans solliciter ni l'usager, ni la personne publique. La collectivité verse bien un prix constitué, d'une part du droit d'exploiter à titre exclusif les surfaces du mobilier urbain à des fins publicitaires qu'elle abandonne au cocontractant, et d'autre part d'une exonération de la redevance d'occupation domaniale qu'elle aurait dû percevoir (*CE, avis, 14 oct. 1980, n° 327449 : EDCE 1981, p. 196. – CE, ass., 4 nov. 2005, n° 247298 et n° 247299, Sté Jean-Claude Decaux : JurisData n° 2005-069146 et n° 2005-069147*).

*dans les contrats de publication des bulletins municipaux, départementaux ou régionaux contre rémunération sur les recettes publicitaires provenant de la vente d'espaces publicitaires dans cette publication (*CAA Paris, 11 oct. 1994, n° 93PA01072, SARL Editor Tennog c/ Cne Houilles : JurisData n° 1994-051116 ; Rec. CE 1994, p. 663. – CAA Douai, 27 janv. 2005, n° 03DA00497, Sté Euro 2C : JurisData n° 2005-272160*) ;

*dans les contrats dont la rémunération est en nature (*CE, 22 févr. 1980, SA Sablières modernes d'Aressy : Rec. CE 1980, p. 110, travaux de réfection d'un méandre d'une rivière en contrepartie de la récupération des matériaux extraits. – CE, 18 mars 1988, Sté civile des Néo-polders : Rec. CE 1988, p. 128, concession d'endigage dont le titulaire récupérait les terrains exondés*).

Le prix peut aussi consister en un abandon de recettes, perçues auprès de tiers en contrepartie de la réalisation de certaines prestations (*CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, Ordine degli architetti delle Provinci di Milano e Lod : Rec. CJCE 2001, I, p. 5409*).

2. La survenance d'une éco taxe peut-elle modifier les prix d'un marché en cours d'exécution ?

Certaines éco-contributions (par exemple celle prévue à l'article L.541-10-2 du code de l'environnement sur les équipements électriques et électroniques ménagers) constituent une charge obligatoire dont les conséquences sur les marchés publics en cours d'exécution à la date de son instauration sont identiques aux effets d'une modification du taux de TVA. En effet, l'assujetti désigné par le législateur est le « consommateur final », et donc l'acheteur public.

Les parties au marché ne peuvent que prendre acte de cette modification de la législation fiscale. Un avenant est généralement conclu à cet effet.

Cette écotaxe constitue, par principe, un élément du prix du marché auquel s'applique la révision et se trouve donc affecté, comme les autres, par le jeu des coefficients.

L'éco-contribution « imprimés papiers » n'est pas mise à la charge du consommateur final (article L.541-10-1), mais à « tout donneur d'ordre qui émet ou fait émettre des imprimés papiers, y compris à titre gratuit, à destination des utilisateurs finaux, contribue à la collecte, à la valorisation et à l'élimination des déchets d'imprimés papiers, ménagers et assimilés ainsi produits ». Elle ne peut donc être répercutée, dans le cadre des marchés en cours, sur le cocontractant public de l'entreprise concernée.

3. L'avance peut-elle avoir un impact sur le prix ?

Oui

L'avance permet au titulaire de disposer d'une trésorerie suffisante, pour démarrer l'exécution des prestations. Il n'a donc pas l'obligation de disposer des fonds ayant un coût important pour lui.

Prévoir une avance supérieure à 5% peut permettre une baisse du prix des offres des candidats, du fait de l'amélioration des conditions d'exécution du marché.

4. Le budget doit-il être un des facteurs de choix d'un mode de variation de prix par rapport à un autre ?

Non

Le budget dont dispose l'acheteur public ne devrait pas être un des facteurs de choix entre prix ferme et prix variable. Dans la pratique, les considérations budgétaires et l'incertitude du montant de règlement qui peut résulter de l'application d'une clause de variation de prix peuvent conduire certains acheteurs à préférer le prix ferme garantissant la connaissance certaine du prix de règlement.

5. Pour l'application de la formule de révision, peut-on prendre le dernier indice (ou index) connu ou doit on prendre l'indice (ou index) réel?

Les indices et index pris en compte doivent toujours être ceux qui correspondent à la période réelle d'exécution des prestations : sinon, il y a un risque non négligeable de ne pas coller à l'évolution réelle des prix, particulièrement pour des produits sujets à de fortes variations, à la hausse comme à la baisse, sur des périodes brèves.

En pratique, pour une révision annuelle, on retiendra, le plus souvent, l'indice (ou l'index) de la fin de période et, comme cet indice sera certainement publié après la date anniversaire de marché, la révision du prix sera donc provisoire et deviendra définitive à la publication de l'indice correspondant au dernier mois de la première période.

6. Peut-on modifier la forme de prix et les modalités d'évolution de ces prix ?

Non

Dans un marché public, la forme de prix retenue et les modalités d'évolution de ces prix sont définies dans le cahier des charges de la consultation, donc dans les clauses contractuelles, et jouent un rôle déterminant dans l'établissement des offres par les candidats.

Ces deux éléments sont donc intangibles et ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché, sous peine de remettre en cause les conditions initiales de la concurrence.

7. Est-il possible de prévoir un prix ferme dans les marchés à bons de commande ?

Oui

Le fait que le marché soit à bons de commande est sans conséquence sur le choix de la forme du prix. Il est donc possible de prévoir un prix ferme (obligatoirement actualisable pour les marchés de travaux) dans les marchés à bons de commande, sauf si le marché est un marché d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessite une part importante de fournitures notamment de matières premières et dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux (article 18-V du CMP qui prévoit une révision obligatoire). En pratique, pour les marchés à bons de commande portant sur des travaux, et compte tenu des reconductions multiples qui peuvent considérablement en rallonger la durée, il est recommandé au pouvoir adjudicateur, afin de maintenir l'équilibre économique initial du marché, de prévoir systématiquement une clause de révision des prix.

8. Le pouvoir adjudicateur peut-il accepter une variante entre prix ferme et prix révisable ?

Oui

Il est possible, à condition de respecter les dispositions de l'article 18 et 198 du CMP (clause d'actualisation ou de révision obligatoires), de prévoir une variante sur la forme de prix. Cependant, l'acheteur public doit avoir prévu la possibilité de cette variante dès l'avis d'appel public à concurrence (soit en l'autorisant pour les procédures formalisées, soit en ne l'interdisant pas pour les procédures adaptées). Il devra, également, indiquer des exigences minimales.

Dans le cas d'une variante, pour faciliter l'examen des offres et leur comparaison (toutes les offres sont jugées selon les mêmes critères et selon les mêmes modalités), la méthode de notation doit permettre de prendre en compte les variantes.

9. Pour un marché de travaux de plus de trois mois, les prix sont-ils révisables ou actualisables ?

Aux termes de l'article 18.V du code des marchés publics, les marchés de travaux d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant une référence aux indices officiels de fixation de ces cours. Lorsque ces 3 conditions sont réunies, le prix est obligatoirement révisable.

Les marchés de travaux ne réunissant pas ces trois conditions peuvent donc être à prix fermes (et actualisables) ; il convient, néanmoins, de préférer les prix révisables pour tous les marchés de travaux de plus de trois mois, afin d'éviter tout effet d'anticipation des entreprises sur l'évolution des prix pendant la période d'exécution, ce qui peut entraîner une augmentation des prix fermes proposés.

10. Comment réviser le prix dans le cadre d'un accord cadre?

L'acheteur public a l'obligation de mentionner dans le cahier des charges de l'accord-cadre la forme du prix et les modalités de sa détermination. Lors de la passation d'un accord cadre mono attributaire, les candidats doivent proposer un prix qui les engage. Le montant de l'offre indicative constitue un prix plafond (une mention expresse en ce sens doit figurer dans l'accord cadre), qui peut être révisé si les conditions en sont prévues dans l'accord cadre (et non dans le marché subséquent). Ce prix plafond, constitue, au moins, l'un des critères de choix du titulaire.

Lors de l'attribution de l'accord-cadre multi-attributaire, il engage ses titulaires sur des prix plafonds, sur une fourchette de prix (plancher/plafond) ou sur un prix fixe complété d'une somme variable (cette part variable étant présentée au moment des mises en concurrence subséquentes).

Les marchés subséquents conclus en fonction du besoin à satisfaire, permettent l'application des prix éventuellement révisés par application de la clause de révision prévue par l'accord cadre.

11. Comment fixer la rémunération d'un maître d'œuvre ?

L'article 29 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 privé dispose que « *Le contrat fixe la rémunération du maître d'œuvre* ». Cette rémunération tient compte de trois paramètres : l'étendue de la mission (EM), le degré de complexité de la mission (CM) et le coût prévisionnel des travaux (Cpt).

La rémunération initiale du maître d'œuvre est ainsi calculée, notamment, sur la base du coût prévisionnel des travaux, qu'il n'est pas possible d'arrêter définitivement dès la conclusion du marché de maîtrise d'œuvre. Elle est donc provisoire (Frp). Les intérêts du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage public sont, dès lors, antagonistes : le coût définitif des travaux (Cdt) étant la base de calcul de la rémunération définitive (Frd) du maître d'œuvre. Ce risque d'antagonisme est particulièrement grand dans le cas où le marché de maîtrise d'œuvre prévoit un système de rémunération provisoire, comprenant un taux fixe à appliquer au coût prévisionnel des travaux.

D'où la nécessité, pour le maître d'ouvrage public, de prévoir dans le contrat initial de maîtrise d'œuvre, outre les conditions dans lesquelles sera déterminée la rémunération définitive du maître d'œuvre, des clauses ayant pour objectif le contrôle du coût :

- par exemple, limitant, voire réduisant, la progression de la rémunération du maître d'œuvre en cas de dépassement de l'enveloppe « travaux » fixée par le maître d'ouvrage (avec éventuellement fixation d'un « seuil de tolérance » pour ce dépassement);
- ou prévoyant un dispositif incitatif par lequel une réduction du coût prévisionnel des travaux entraîne une augmentation de la rémunération initiale définitive du maître d'œuvre.

Les formules suivantes de fixation de la rémunération définitive (Frd) répondent, par exemple, à cet objectif de contrôle du coût :

$$\text{Frd} = \text{Frp} \times \text{Cdt}/\text{Cpt} \times (\text{Cpt}/\text{Cdt})^{1,5}$$

$$\text{Frd} = \text{Frp} \times \text{Cdt}/\text{Cpt} \times (1 - \text{LogEM} (\text{Cpt} / \text{Cdt}))$$

12. L'acheteur peut-il accepter une variante proposant une clause de variation de prix adaptée ?

La clause de révision des prix est un élément structurant l'offre de prix remise par les candidats à l'attribution d'un marché public s'il a la possibilité des variantes. Le pouvoir adjudicateur ne peut s'opposer aux variantes proposant une autre formule de révision. Il devra alors estimer l'impact de cette clause, par rapport à celle qu'il proposait, ou la formule de variation de prix, mais aussi sur le niveau de prix proposé.

13. Peut-on reconduire un marché à prix forfaitaire ?

Oui

Tous les marchés peuvent être reconductibles, dès lors que les conditions posées à l'article 16 du CMP sont respectées (caractéristiques inchangées et mise en concurrence réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises). Le marché à prix forfaitaire peut donc être reconductible. Toutefois, comme pour toute reconduction, et sauf mention explicite dans les clauses contractuelles, c'est le marché à l'identique qui est reconduit, donc à nouveau avec le même prix forfaitaire et les mêmes clauses de variation des prix, si elles existent.

14. Est-il possible de commander des fournitures ou services dans une devise différente de l'euro ?

Non

Un marché public dont la procédure est lancée et qui est exécutée en France ne peut faire état d'un prix en devises étrangères. Les offres doivent être présentées en euros, monnaie légale en France (art L.111-1 du code monétaire et financier).

15. Comment libeller les devises pour des prestations réalisées à l'étranger et comment prendre en compte les variations de prix dans la rédaction du marché ?

Les prestations sont effectuées dans la zone euro :

Dans ce cas, le marché est naturellement libellé en euros.

La formule de variation des prix, lorsque le marché est passé après mise en concurrence, est rédigée par le pouvoir adjudicateur.

Lorsque le marché est passé sans mise en concurrence, il est possible de se référer aux indices du pays de fourniture des prestations ou aux indices européens (élaborés par Eurostat). Il convient de rappeler que si les indices matières premières évoluent globalement de la même façon, les indices salaires et les indices qui y sont liés croissent plus vite dans les pays européens à faibles salaires qu'en France. De même les indices salaires européens étant la moyenne entre des indices salaires de pays avec de faibles salaires et des pays tels que la France, croissent plus vite que les indices français équivalents.

Les prestations sont effectuées en dehors de la zone euro :

Il convient de distinguer :

- la monnaie dans laquelle est établi le marché (devise nationale), et qui sert à la comparaison des offres, moyennant une conversion éventuellement convenue à l'avance,
- la ou les monnaies de règlement ; certains marchés comportent un règlement «multi-monnaie» : l'entreprise propose alors ses prix en plusieurs devises selon les prestations.

La révision des prix exprimés en euros de prestations effectuées en dehors de la zone euro est délicate mais, toujours préférable, pour des marchés de plusieurs années.

Si le marché est réglé selon une devise unique, il n'y aura, a priori, qu'une formule de révision de prix. S'il s'agit d'un marché multi-monnaie, l'idéal est qu'il y ait des formules de révisions de prix adaptées à chacune des prestations/devises.

16. Doit-on prévoir une clause de change ?

Lorsque le prestataire s'approvisionne en dehors de la zone euro, donc sur la base de devises internationales, il peut être soumis aux effets de variation des changes entre les monnaies.

- Lorsque le marché est passé avec mise en concurrence, la personne publique peut difficilement savoir, par avance, d'où proviennent les prestations et même lorsqu'une prestation provient nécessairement d'un pays non européen, elle ne peut pas savoir si un candidat met en œuvre ou non des dispositifs de couverture des risques de change et lesquels. Le traitement égalitaire des candidats implique donc que le marché soit libellé en euro, sans clause de change.
- Lorsque le marché est passé sans mise en concurrence, la personne publique peut éventuellement mettre en œuvre une clause de change. Toutefois, ce n'est en général pas son intérêt, dès lors que d'autres solutions sont possibles. Il existe de nombreuses solutions de protection financière contre le risque de change. Ces couvertures sont peu coûteuses et sont accessibles à toutes les sociétés, à partir de quelques milliers d'euros et sans limitation de montant ni de durée ou presque. Les frais de change sont négligeables. Ces solutions nécessitent souvent d'identifier les dates auxquelles seront effectuées les acquisitions hors zone euro.

Dans le cas des marchés en devise locale, il est recommandé d'obtenir au moins une indexation de la part étrangère, tenant compte des rapports de parité entre devises entre la soumission et le paiement.

17. Existe-t-il une pondération minimale du critère prix ?

Non

Il n'existe pas de pondération minimale du critère prix. Le poids à lui attribuer dépend de la nature des produits et de la complexité de la prestation à réaliser.

18. L'analyse des prix doit-elle se faire TTC ou HT ?

L'analyse des prix doit se faire TTC.

En effet, l'analyse doit toujours être faite au regard de la somme qui doit être réellement mise à la charge du pouvoir adjudicateur. Celle-ci s'entend donc nécessairement « toutes taxes comprises », même en cas de coexistence d'offres émanant, à la fois, d'opérateurs économiques soumis à la TVA et d'autres qui en sont partiellement ou totalement exonérés.

19. Est ce que les enchères « inversées » comportent un risque de dégradation de la qualité de l'offre ?

Les enchères électroniques sont effectuées dans le cadre d'un dispositif électronique de présentation des offres et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre.

L'enchère peut porter soit sur le prix, sur des critères quantifiables, ou bien sur une pluralité de critères, à la fois le prix et d'autres critères quantifiables (article 54 du CMP).

Le risque de dégradation de la qualité de l'offre est mineur : tout d'abord, ces enchères électroniques ne portent que sur des marchés de travaux, fournitures et services pour

lesquels les spécifications peuvent être établies de manière précise (notamment les marchés de fournitures, de travaux et de services récurrents). Par ailleurs, seuls les éléments quantifiables et objectivables peuvent faire l'objet d'enchères inversées et donc les offres peuvent être analysées en connaissance de cause par le pouvoir adjudicateur

20. Comment doivent être traités les arrondis qui proviennent de l'application des formules de variation de prix ?

Les différents CCAG stipulent que les coefficients de variation sont arrondis au millième supérieur.

Les marchés qui ne font pas référence aux CCAG doivent prévoir la règle applicable concernant les arrondis. En règle générale, l'acheteur public arrête le prix à deux décimales en application de la règle suivante : si la troisième décimale est comprise entre 0 et 4, la deuxième décimale est inchangée, si la troisième décimale est comprise entre 5 et 9, la deuxième décimale est augmentée d'une unité.

21. Quelle est la valeur contractuelle du devis descriptif et estimatif détaillé ?

Si le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes les indications permettant d'apprécier les propositions de prix, ce devis n'aura de valeur contractuelle que si le marché le prévoit expressément (articles 49 ou 230 du CMP).

Or les CCAG fournitures courantes et services, marchés publics industriels, techniques de l'information et de la communication, prestations intellectuelles, ne mentionnent que « l'offre technique et financière du titulaire. » sans plus de précision. Il sera donc nécessaire, lorsque le pouvoir adjudicateur qui demande une décomposition de l'offre financière lors de la remise de l'offre souhaite lui donner valeur contractuelle, de le prévoir expressément dans le CCAP.

Seul le CCAG-travaux prévoit parmi les pièces contractuelles (article 4.1) les éléments de décomposition de l'offre financière du titulaire, sans pour autant les détailler. Sous réserve d'une mention expresse dans le CCAP, ceux-ci peuvent notamment comprendre :

- l'état des prix forfaitaires, le bordereau des prix unitaires ou la série de prix qui en tient lieu, sauf si le marché prévoit le règlement de la totalité des prestations par un prix forfaitaire unique ;
- sous réserve de la même exception, le détail estimatif ;
- les décompositions de prix forfaitaires et les sous-détails de prix unitaires.

22. Quels sont les indices d'une entente ?

L'article L. 420-1 du Code de commerce qualifie d'entente les cas suivants : les accords ou pratiques concertées qui tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, ceux qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, ceux qui tendent à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique... Cette liste n'est pas exhaustive.

A titre d'exemple, voici des indices susceptibles de révéler une entente dans le cadre des marchés publics : une offre retirée par le candidat à la dernière minute, une erreur qui semble délibérée dans le dossier de candidature, des offres comprenant des erreurs ou une typographie identiques ou des candidats évincés du marché retenus comme sous-

traitants par le titulaire, la présence de plusieurs offres anormalement élevées ne laissant plus qu'une seule offre dans l'enveloppe finalement envisagée, sont autant d'indices.

23. Quel est l'impact sur le prix d'une entente et quels sont les moyens à mettre en œuvre pour la détecter ?

La mise en échec du déroulement normal des procédures d'appel d'offres et des consultations MAPA, en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et en trompant la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires, nuit à la sincérité de l'appel d'offres et augmente significativement les prix au détriment de l'acheteur public.

Les ententes anticoncurrentielles sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce. La qualification d'entente suppose l'existence d'un concours de volontés émanant, au moins, de deux personnes physiques ou morales, publiques ou privées. La forme juridique de l'entente est indifférente. Ces pratiques visent à assécher la concurrence et à terme à augmenter les offres de prix remises à l'Administration.

Ont, par exemple, été qualifiées d'ententes anticoncurrentielles, les pratiques suivantes :

- des échanges d'informations sur les prix et les marges,
- des soumissions concertées,
- des répartitions de marchés (remise d'offres de couverture trompeuses sur la réalité de la concurrence en faisant apparaître une des sociétés participant à l'entente comme mieux-disante, offres groupées)
- des entraves à l'accès au marché (procédés et matériaux imposés par la collectivité, mais suggérés par les membres de l'entente ; maîtrise des informations et fournitures nécessaires à l'exécution au seul profit des membres du groupement ; refus de vente, ou facturation au prix fort, des fournitures ou prestations nécessaires à l'exécution du marché par le candidat extérieur à l'entente).

Sauf à ce que des filiales d'un même groupe constituent un groupement ou annoncent une sous-traitance entre elles, la formulation d'offres distinctes par de telles entreprises exige l'indépendance totale de l'élaboration de leurs offres, afin de ne pas fausser la mise en concurrence.

Les acheteurs pourront mettre en place pour leurs marchés récurrents des systèmes de veille afin d'observer, sur la durée, les pratiques commerciales des candidats durant les procédures et de détecter les anomalies.

Lorsque vous pressentez une entente, vous pouvez saisir ou signaler les faits à l'Autorité de la concurrence et renouveler la procédure de mise en concurrence, après déclaration d'infructuosité.

En 2008, un nouveau pouvoir de transaction a été confié à la DGCCRF pour régler plus rapidement et à moindre frais les petites pratiques anticoncurrentielles locales (micro-pratiques anticoncurrentielles, dites "micro PAC"). Trois critères doivent être réunis :

- que l'Autorité de la concurrence n'ait pas souhaité se saisir de l'affaire en cause
- que la pratique (entente, abus de position dominante ou de dépendance économique, etc.) affecte un marché de dimension exclusivement locale
- que les parties soient des PME (la réglementation prévoit un double seuil maximal de chiffre d'affaires).

24. Comment l'acheteur peut-il récupérer éventuellement le supplément de prix qu'il a dû acquitter, à raison d'une entente tardivement détectée ?

Deux cas peuvent se présenter :

-des poursuites pénales ont été exercées contre les entreprises fautives. L'acheteur public peut se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice, qu'il devra chiffrer. Si l'acheteur est l'Etat, seule la DAJ de Bercy, agent judiciaire de l'Etat peut se constituer. Les autres acheteurs publics trouveront auprès de cette direction les conseils dont ils pourront avoir besoin ?

-l'Autorité de la concurrence a sanctionné l'entente. Une actions en réparation de l'acheteur public contre la ou les entreprises fautives est possible devant le juge administratif (cf. CAA Paris 17 avril 2007 n°05 PA04298 et CE 3 septembre 2008 n°306 627.³³)

25. Qui doit calculer la variation de prix ?

En application de l'article 18 du CMP, le marché doit fixer les modalités de la mise en œuvre de l'actualisation ou de la révision. C'est donc l'acheteur public qui fixe ces modalités. Les stipulations contractuelles devraient donc indiquer à qui revient l'initiative de calculer la variation des prix. En tout état de cause, lorsqu'une actualisation ou une révision de prix est prévue au marché, elle constitue un droit du titulaire.

Les modalités de mise en œuvre ne sont pas identiques dans les différents CCAG. Seul le CCAG – travaux (art.13.1.7) stipule que le titulaire établit sa demande de paiement en joignant le calcul des coefficients d'actualisation et de révision. Pour les marchés de travaux qui n'y font pas référence ou qui y dérogent ainsi que pour tous les autres marchés, le CCAP doit prévoir expressément les modalités pratiques de mise en œuvre (contenu et présentation de la demande de paiement notamment) afin de lever toute ambiguïté et risque de contentieux ou de paiement d'intérêts moratoires.

En pratique, même si le titulaire a fait les calculs nécessaires, l'acheteur doit systématiquement refaire ce calcul, ainsi qu'après lui le comptable public. Par conséquent, il n'est pas impératif d'imposer dans le CCAP, la production du résultat de ces calculs par le titulaire.

26. Que peut faire l'acheteur dans le cas de la disparition d'un indice ?

Dans le cas où un indice nécessaire à l'application de la formule de révision (ou d'actualisation) du prix disparaît, le pouvoir adjudicateur doit adapter les pièces du marché aux nouvelles conditions applicables.

Dans l'hypothèse où la procédure de mise en concurrence n'est pas encore arrivée à son terme (publicité toujours en cours), il est encore possible de modifier les documents de la consultation, moyennant une prolongation du délai pour répondre.

Si le marché a déjà été attribué, le recours à l'avenant s'impose (qui impose donc l'accord des deux parties). Ce dernier devra acter la disparition de l'indice en cause et préciser les conditions selon lesquelles la révision pourra intervenir et en particulier, l'indice de substitution utilisé.

En principe, un indice supprimé doit être remplacé par un indice voisin équivalent ou le plus proche possible en termes de définition.

³³ La CAA Paris a condamné plusieurs entreprises à rembourser à la SNCF les surcoûts subis pour une ligne TGV, du fait d'ententes.

Lors de la création de nouveaux indices, l'INSEE prévoit généralement un coefficient de raccordement qui pourra aider les services à assurer la transition entre l'ancien et le nouvel indice. Ce coefficient de raccordement doit être mentionné dans le dossier de consultation des entreprises (DCE) modifié ou dans l'avenant.

Dans ce cas, un avenant peut être passé ; il aura pour objet de modifier la formule de révision prévue dans le marché en insérant un nouvel index. Un simple échange de courrier ne peut s'y substituer.

Attention ! Les notions de « date de publication » et de « date d'application » n'ont pas de valeur réglementaire. Elles dépendent donc de ce que le contrat indique et peuvent avoir la même signification ou en avoir une différente, par exemple si la « date de publication » correspond à une date qui est postérieure à la période concernée par l'indice (indice de janvier 2011 qui s'applique du 1^{er} janvier 2011 au 31 janvier 2011).

27. Doit-on considérer le montant de la facture du sous-traitant H.T. et appliquer une T.V.A. à taux réduit, même si elle est présentée avec une T.V.A. normale ?

Le montant du paiement direct du sous-traitant s'entend toutes taxes comprises (art 116 et 280 du CMP).

Le candidat, lorsqu'il a présenté son offre, a proposé un prix toutes taxes comprises, prenant en compte les taux de TVA applicables aux parties sous-traitées. Le maître d'ouvrage ne peut pas payer le sous-traitant au-delà de ce qui est prévu au marché, c'est-à-dire qu'il ne peut dépasser le montant de l'engagement pris envers le titulaire.

Si le paiement direct du ou des sous-traitants vous conduit à régler un montant supérieur à celui qui figure dans le marché principal, vous disposez de la faculté de réclamer à l'entrepreneur principal le remboursement de la différence sur le fondement d'une subrogation légale (article 1251 3° du code civil).

En cas de sous-traitance, et quand bien même le marché principal serait éligible à la TVA au taux réduit, les travaux facturés par le sous-traitant à l'entrepreneur principal sont assujettis au taux normal. Cette règle, rappelée par l'administration fiscale, est impérative (cf. BOI 3-C-7-06 du 8 décembre 2006 n°185).

Dans cette situation, les sommes que vous êtes amené à verser directement au sous-traitant et qui, conformément à cette règle fiscale, incluent une TVA au taux normal, ne peuvent, en tout état de cause, excéder le montant du marché principal passé conclu avec l'entrepreneur principal.

28. Choix des pénalités et TVA

Le régime des pénalités de retard est entièrement contractuel et se substitue aux dommages et intérêts qui pourraient être dus, en raison des retards d'exécution. Les CCAG organisent des régimes de pénalités applicables aux marchés qui s'y réfèrent. Le CCAP peut déroger à ces stipulations générales. Il est toujours préférable d'adapter dans le CCAP la clause standard du CCAG au marché particulier et à ses conditions d'exécution.

Les pénalités de retard sont des indemnités et non des réductions de prix. Elles ne viennent donc pas en diminution de la base d'imposition des fournisseurs à la TVA et ne sont pas, elles mêmes, soumises à TVA.

Annexe 1 : comment conserver la pondération des critères lors du jugement des offres ?

Le choix des critères et leur pondération sont essentiels dans le choix du titulaire du marché.

On prendra garde, cependant, que leur utilisation peut conduire à des résultats de classement qui diffèrent selon les pratiques de notation parce que celles-ci surpondèrent le critère du prix.

Le critère du prix est, en effet, le seul critère objectif, dont l'utilisation donne le même classement quel que soit le notateur. La note affectée à une offre est déterminée mathématiquement : la meilleure note aura en général 10. C'est la raison pour laquelle, au demeurant, l'offre la moins disante a été longtemps la seule admise.

Les autres critères, tel celui de la valeur technique, font l'objet d'une appréciation nécessairement plus subjective puisque la note attribuée dépend de l'évaluateur (de son expérience, de sa formation, de ses goûts artistiques ...).

Les acheteurs mettent généralement en place des mesures « correctives » pour diminuer cette dispersion, en prévoyant à l'avance des grilles de notations ou de lecture des offres, d'ailleurs rarement portées à la connaissance des candidats, et qui « objectivent » cette notation (questions identiques posées à tous les notateurs, échelles de notation indicatives, exemples...). Il n'en demeure pas moins qu'il est rare que les différents notateurs donnent chacun la même note à une offre, particulièrement pour la valeur technique.

Le biais principal résulte de ce qu'alors que la note 10 est attribuée au prix le plus bas, la note 10 est rarement utilisée pour les autres critères. De ce seul fait, le prix va être surpondéré dans l'appréciation finale, par rapport à la pondération voulue et affichée par l'acheteur public.

Exemple :

Prenons une consultation simple, avec 2 critères et des pondérations des plus classiques : la valeur technique pour 60 % de la note finale, le prix pour 40 % de la note finale.

L'acheteur dispose de tous les prix et il affecte la note maximale de 10 au prix le plus bas, puis une note déterminée par la formule suivante : $10 \times (\text{montant de l'offre la plus basse} / \text{montant de l'offre analysée})$, le résultat étant multiplié par le poids du critère (ici 40 %).

Le choix de la méthode (cf.5.2.3.2), proportionnelle ou logarithmique (ou d'autres méthodes panachant les deux précédentes) peut certes avoir une influence sur la note attribuée, mais ce n'est pas ce qui nous intéresse ici, la question se posant de toute manière pour toutes les méthodes.

Le critère du prix permet donc d'avoir pour la meilleure offre (il y aura toujours une meilleure offre pour ce critère) une note de 10, que l'on va très rarement retrouver pour les autres critères.

Ainsi, pour la valeur technique d'une offre, il est très rare de noter une offre à 10, note maximale qui pourrait caractériser une offre « parfaite », et les notes sont donc toutes en dessous de cette valeur. La même observation pourrait d'ailleurs être faite pour la plupart des autres critères, en dehors du prix.

La meilleure valeur technique bénéficiera donc généralement d'une note inférieure à 10, alors que l'on aura toujours un prix (le plus bas dans l'exemple) noté à 10.

Si on donne à titre d'exemple, une note de 7 pour la valeur technique d'une offre, son poids relatif va être à peine supérieur à celui de la note prix, si celle-ci est à 10.

En conséquence, la meilleure note prix va rapporter 40 points (sur 100) à l'offre concernée, alors que la note technique ne rapportera que 42 points (sur 100), bien que le poids du critère technique doive être de 60 % dans la note finale. Dans ce cas précis, le poids du critère technique n'est plus que de 51,2 %, le prix représentant 48,8 % de la note finale.

Une solution très simple, conforme à la jurisprudence, permet de conserver le poids relatif des critères : il suffit, après que chaque offre a été notée individuellement, de porter systématiquement et pour chaque critère, la meilleure note à la note de 10, les notes suivantes étant, selon une règle de 3, portées elles aussi à une valeur par référence à la meilleure note. Ainsi le poids relatif de chaque critère est conservé.

Exemple :

Classique	Prix 40 %		Technique 60 %		Total 100 %
	Notes	Points	Notes	Points	
Offre 1	10	40	7	42	82
Offre 2	8	32	8	48	80
Offre 3	7	28	9	54	82

Corrigé	Prix 40 %		Technique 60 %		Total 100 %
	Notes	Points	Notes initiales/corr	Points corrigés	
Offre 1	10	40	7 = 7,8	46,8	86,8
Offre 2	8	32	8 = 8,9	53,4	85,4
Offre 3	7	28	9 = 10	60	88

Le résultat a changé : les notes globales ne sont plus les mêmes... et l'offre économiquement la plus avantageuse non plus...

Bien évidemment, le résultat sera encore différent lorsque des écarts importants existeront sur les prix des offres (des écarts de 1 à 4 sont parfois rencontrés) ou sur le plan technique (notes s'étalant de 2 à 8/10 par exemple). Mais la pondération initiale sera bien conservée, neutralisant ainsi l'essentiel de la dérive qui peut résulter de règles de notations différentes entre le prix et les autres critères.

Cette technique devrait être appliquée pour toutes les consultations.

Annexe 2 : fiche sur les offres anormalement basses

L'article L 410-2 du code de commerce dispose que « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

Pour protéger l'acheteur public d'offres financièrement séduisantes mais dont la robustesse pourrait ne pas être assurée, le code des marchés publics dispose : « *Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies* » (article 55 du CMP et article 142 du CMP en vertu duquel les dispositions de l'article 55 s'appliquent aux entités adjudicatrices)³⁴.

Cependant, ni le code, ni les directives ne donnent de définition de l'offre anormalement basse. Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc apprécier la réalité économique des offres, afin de différencier l'offre anormalement basse d'une offre concurrentielle. Le rejet d'une offre anormalement basse n'est possible que si une procédure contradictoire avec le candidat concerné a été déclenchée au préalable.

L'article 55 du CMP prévoit une procédure de traitement des offres suspectées d'être anormalement basses par le pouvoir adjudicateur. Ce dispositif permet de ne pas sanctionner l'offre basse mais l'offre anormale qui nuit à la compétition loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché.

Au regard du droit de la concurrence, la notion de prix abusivement bas visée par l'article L420-5 du code de commerce ne s'applique pas aux offres remises dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés publics. L'Autorité de la concurrence a en effet considéré que le pouvoir adjudicateur ne peut être assimilé à un consommateur au sens où l'entend le code de commerce, c'est-à-dire à une personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels³⁵.

1. Comment identifier une offre anormalement basse ?

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique³⁶.

Le pouvoir adjudicateur peut apprécier la dimension économique des offres à partir de plusieurs référentiels. Ces indices ne suffisent pas, pour autant, à qualifier l'offre d'anormalement basse.

1.1. Par la prise en compte du prix de l'offre.

La sous-évaluation financière des prestations constitue le premier indice évident de l'offre anormalement basse. Le caractère bas du prix doit cependant être apprécié au vu de toutes les composantes de l'offre : les prix dépendront du temps passé ou des quantités qui auront été estimés par le candidat au vu des exigences du cahier des charges. Ainsi,

³⁴ Article 55 de la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 et article 57 de la directive n°2004/17/CE du 31 mars 2004

³⁵ Autorité de la concurrence : décision n°07-D-38 du 15 novembre 2007

³⁶ Point 15.2 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

par exemple, un prix peut être jugé bas, mais s'avère cohérent compte tenu du temps de travail envisagé ou de la composition des équipes de travail dédiées. Un prix faible ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique ou financière de l'offre présentée par une entreprise³⁷.

Le pouvoir adjudicateur doit donc raisonner au cas par cas, en prenant en compte les exigences du cahier des charges et les caractéristiques des offres remises.

1.2. Par l'utilisation d'une formule mathématique.

Un mécanisme d'exclusion automatique des offres anormalement basses sur la base d'un critère mathématique est illégal³⁸. Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une offre, sur le seul motif qu'elle serait inférieure à un seuil fixé en amont. Cette exclusion automatique prive, en effet, les candidats de la possibilité de justifier leur offre de prix.

En revanche, le pouvoir adjudicateur peut utiliser une formule mathématique, afin de déterminer un seuil d'anomalie, en-deçà duquel les offres sont supposées anormalement basses, permettant la mise en œuvre du dispositif de l'article 55 du code³⁹.

1.3. Par comparaison avec les autres offres.

Constater un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents est un élément permettant de supposer l'offre d'être anormalement basse⁴⁰. Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres reçues⁴¹, avec éventuellement une neutralisation des offres les plus hautes. Cette moyenne correspondra ainsi à l'estimation raisonnable du coût des prestations en cause.

Le pouvoir adjudicateur doit, cependant, rester vigilant dans la comparaison des offres. L'Autorité de la Concurrence met ainsi en garde contre l'offre qui ne paraît anormalement basse que parce que son auteur est le seul à ne pas avoir participé à une entente destinée à majorer les prix⁴². La moyenne peut être également faussée par les offres de « courtoisie » remises par certains candidats qui n'ont pas l'intention de remporter le marché, mais qui souhaitent montrer leur intérêt ou se faire connaître du pouvoir adjudicateur.

1.4. Par comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur.

Une différence importante entre le prix de l'offre d'un candidat et l'estimation de l'administration peut être un élément d'identification d'une offre anormalement basse⁴³. Parce qu'elle correspond aux disponibilités budgétaires du pouvoir adjudicateur, elle doit être prise en compte, sans pour autant constituer un référentiel unique justifiant l'élimination automatique de certaines offres.

1.5. Au vu des obligations qui s'imposent aux soumissionnaires.

Le candidat doit prendre en compte les obligations qui s'imposent à lui, en matière sociale. Il doit les intégrer dans son offre et être en mesure de les respecter tout au long de l'exécution du marché.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'offre présentée permet à son auteur de respecter ses obligations sociales issues du code du travail et des conventions collectives, notamment en matière de rémunération (respect du Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance par exemple). Le Conseil d'État a jugé que le droit, pour

³⁷ CE, 15 avril 1996, *Commune de Poindimie*, req. n° 133171

³⁸ CJCE, 22 juin 1989, *Sté Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan*, aff. C-103/88

³⁹ CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SPA*, aff. C-285/99

⁴⁰ CAA Marseille, 12 juin 2006, *SARL Stand Azur*, n°03MA02139

⁴¹ TA Lyon, ordonnance, 24 février 2010, *société ISOBASE*, n°1000573 : « offre d'un montant deux fois moins élevé que la moyenne des offres »

⁴² Avis n°96-A-08 du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique.

⁴³ TA Grenoble, ordonnance, 31 juillet 2007, *Sté Cars Berthelet c/ Dpt de l'Isère*, n°0703381 et 0703382 : offres inférieures à l'estimation de l'administration de 40 et de 31 %.

tout salarié, de percevoir une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance était un principe général du droit (CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, n° 36851). Une attention particulière devra être portée par les pouvoirs adjudicateurs sur les marchés à forte main d'œuvre.

Le pouvoir adjudicateur doit toutefois apprécier, au cas par cas, dans quelle mesure les obligations sociales doivent être intégrées dans l'offre d'un candidat. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que si le coût lié à la reprise des salariés de l'ancien attributaire doit être pris en compte par le candidat à un marché public lorsqu'il présente son offre, le montant de cette dernière ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût. Ne constitue donc pas une offre anormalement basse, l'offre d'un candidat qui n'intégrait pas la couverture intégrale du coût de la reprise des salariés, compte tenu des possibilités de redéploiement ou d'imputation partielle de ce coût (CE, 1er mars 2012, *département de la Corse du sud*, n° 354159).

L'analyse des offres remises au vu de ces éléments permet au pouvoir adjudicateur de relever certains indices qui ne suffisent pas pour qualifier l'offre anormalement basse, mais qui justifient le déclenchement du dispositif prévu à l'article 55 du code.

2. Comment traiter une offre suspectée d'être anormalement basse ?

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications à leurs auteurs et d'en apprécier la pertinence, afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Cette procédure contradictoire constitue une obligation (cf. CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10) qui peut, le cas échéant, être sanctionnée par le juge⁴⁴.

2.1. Le pouvoir adjudicateur doit demander des explications au candidat qui a déposé l'offre.

La procédure contradictoire de l'article 55 permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les prix proposés sont économiquement viables et que le candidat a pris en compte l'ensemble des exigences formulées dans le dossier de consultation. Le candidat doit pouvoir faire valoir son point de vue et démontrer le sérieux de son offre.

Un courrier doit lui être adressé, l'informant que son offre est suspectée d'être anormalement basse et lui demandant de fournir toutes justifications qu'il jugera utiles. Le pouvoir adjudicateur doit formuler clairement sa demande aux candidats concernés, afin de permettre à ceux-ci « *de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de leur offre.* » (cf. CJUE, aff. C-599/10 précitée).

2.2. Le pouvoir adjudicateur doit apprécier la pertinence des explications fournies par le candidat.

L'article 55 du code dresse cinq critères qui peuvent être pris en considération par le pouvoir adjudicateur :

- les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
- les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- l'originalité de l'offre ;
- les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
- l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

⁴⁴ TA Lille 25 janvier 2011 *Ste Nouvelle SAE*, n°0800408

Cette liste n'est pas exhaustive ⁴⁵. D'autres explications peuvent donc être apportées et aucune n'est exclue à priori.

2.3. Le pouvoir adjudicateur doit décider de l'admission ou du rejet de l'offre en cause.

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à un examen attentif des informations fournies par l'entreprise pour justifier son prix. Si ces éléments sont convaincants, le pouvoir adjudicateur peut considérer l'offre comme « normale », en reconnaissant son caractère particulièrement compétitif et l'inclure dans le processus d'analyse sur la base des critères d'attribution annoncés et de leur pondération.

En revanche, si les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise, le pouvoir adjudicateur (ou la commission d'appel d'offres⁴⁶) est tenu de la rejeter par décision motivée. ⁴⁷.

L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications du pouvoir adjudicateur permet au pouvoir adjudicateur d'exclure l'offre du candidat⁴⁸.

3. Quels sont les risques à retenir une offre anormalement basse ?

Le pouvoir adjudicateur est libre d'apprécier les justifications fournies et de considérer que l'offre suspectée originellement d'être anormalement basse, est finalement celle qui est économiquement la plus avantageuse. Retenir une offre anormalement basse fait, cependant, peser un risque sur les deniers publics, si les motifs de la différence de prix n'ont pas été identifiés, du fait d'une mauvaise exécution possible du marché.

3.1. Risques opérationnels

L'acheteur public qui décide de retenir une offre anormalement basse, risque d'être confronté à plusieurs situations de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

- Risque financier

Le prix proposé est sous-estimé au vu des prestations décrites dans le cahier des charges. Le titulaire présentera en cours d'exécution, des demandes de rémunération complémentaires que l'acheteur public sera contraint d'accepter, sous peine de voir interrompre l'exécution des prestations. Ainsi, l'offre qui paraissait financièrement intéressante, s'avère, au final, plus couteuse et la conclusion d'avenants risque de bouleverser l'économie du marché et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

- Risque de défaillance

L'entreprise, en difficulté financière, présente une offre de prix très basse, afin de remporter le marché. Cette stratégie ne lui permet pas d'assumer l'exécution des prestations et conduit à la résiliation du contrat. Le pouvoir adjudicateur doit alors gérer la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier...) et relancer une procédure pour la passation d'un marché de substitution.

- Risque de qualité

⁴⁵ CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SPA*, aff. C-285/99 précitée

⁴⁶ Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux (art. 55 CMP)

⁴⁷ TA Lille 25 janv. 2011, *Société Nouvelle SAE*, req. n° 0800408 précitée

⁴⁸ CAA Bordeaux, 17 nov. 2009, *SICTOM Nord*, n°08BX01571

Le prix ne correspondant pas à la réalité économique des prestations demandées, les prestations exécutées seront de mauvaise qualité et ne rempliront pas les exigences techniques du cahier des charges. Les délais peuvent être dépassés et les conditions de sécurité non respectées. Les conséquences seront particulièrement préjudiciables sur des chantiers allotis (planning bouleversé, répercussions sur les autres intervenants).

- Risque de travail dissimulé

Afin de compenser le bas prix de son offre, le titulaire a recours, dans des conditions illégales, à la sous-traitance ou à l'emploi de salariés insuffisamment déclarés. L'attention de l'acheteur est attirée sur les dispositions issues de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui ont modifié l'article L. 8222-6 du code du travail relatif à la lutte contre le travail dissimulé. Tout contrat écrit, passé par une personne morale de droit public, doit désormais prévoir qu'une pénalité peut être infligée au cocontractant qui ne respecterait pas les obligations prévues aux articles L. 8221-3 à L. 8221-5 du code du travail⁴⁹.

Le pouvoir adjudicateur doit donc porter la plus grande attention à l'analyse des justifications et explications fournies par les soumissionnaires et apprécier, au cas par cas, les risques encourus.

3.2. Risques juridiques

➤ Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait le pouvoir adjudicateur du caractère anormalement bas d'une offre. Ce n'est que si cette appréciation est manifestement erronée qu'elle sera sanctionnée.⁵⁰

Il en est de même lorsque le pouvoir adjudicateur omet de mettre en œuvre la procédure contradictoire de l'article 55 du CMP, alors que les offres présentaient manifestement un caractère anormalement bas. Un TA, saisi par un candidat évincé, a jugé, dans cette situation, que le pouvoir adjudicateur avait méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics⁵¹.

➤ Le juge exerce, en revanche, un contrôle complet sur le respect de la procédure. Le pouvoir adjudicateur est tenu de suivre les étapes décrites par l'article 55 du CMP. S'il omet de demander des précisions à l'auteur de l'offre et la rejette, la décision d'attribuer le marché à un autre candidat est irrégulière⁵². L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée, si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché.

⁴⁹ Une fiche technique sur le renforcement du dispositif de lutte contre le travail dissimulé est disponible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/autres-textes/fiche_travail_dissimule.pdf

⁵⁰ CAA Marseille 12 juin 2006, *SARL Stand Azur*, n° 03MA02139, CE, 1er mars 2012, *département de la Corse du sud*, n° 354159

⁵¹ Voir en ce sens TA Cergy-Pontoise, ordonnance, 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716

⁵² CE, ass., 5 mars 1999, *Président de l'assemblée nationale*, req. n°163328

Annexe 3 : exemples d'actualisation et de révision utilisant un indice « produits et services divers » (PSD)

Chaque élément du coût est réparti en une part salaires et charges sociales représentée par un indice Sw - tous salariés (IME, IM, IC ou ST), une part matières représentée par un ensemble d'indices matières représentée par un indice « M » et une part « autres » représentée par un indice aggloméré « indice de prix des produits et services divers », dit PSD.

Lorsque le titulaire sous-traite certaines prestations ou les achète, ces prestations peuvent être réparties selon la même méthode, mais avec des clefs de répartitions qui dépendent du type d'activité du sous traitant ou du fournisseur. Les achats et sous-traitances courants sont reportés dans l'indice Psd qui les représente. Les achats et sous-traitances particulières sont répartis en main d'œuvre, matières et Psd.

Exemple d'actualisation :

Les prix sont actualisés à une date antérieure de trois mois à la date de notification du marché portant date de début d'exécution des prestations, à l'aide de la formule suivante :

Formule sans matières :

$$P_1 = P_0 ("a" Sw_1/Sw_0 + "b" Psd_1/Psd_0)$$

Ou

Formule avec matières :

$$P_1 = P_0 ("a" Sw_1/Sw_0 + "b" Psd_1/Psd_0 + "c" M_1/M_0)$$

dans laquelle :

P₀ = Prix à la date d'établissement des prix

P₁ = prix actualisé

Sw₀, Psd₀, M₀ = valeurs de l'indice du coût horaire du travail, de l'indice « produits services divers » et de l'indice « matières » (à définir), lues à la date d'établissement des prix.

Sw₁, Psd₁, M₁ = valeurs des mêmes indices lues le troisième mois avant la date de début d'exécution des prestations.

Exemple de révision, pour un marché de prestations industrielles, utilisant l'indice PSD :

Le prix de la prestation est estimé à 40M€. Ce prix estimé est décomposé selon une estimation de la répartition des coûts du secteur considéré. La marge est ici estimée forfaitairement à 10% du prix.

Lorsque le marché est passé sans mise en concurrence, le tableau ci-après est établi après réception de l'offre du titulaire décomposant ses coûts propres. La marge est alors forfaitairement définie par l'instruction...

Lorsque l'acheteur public dispose d'une enquête de coût sur un marché comparable, il peut estimer avec une meilleure fiabilité la décomposition du coût et la marge.

Répartition	Montant total en M€	Salaires	Matières	Psd	Commentaires
Achats et sous traitances	8	2	1	5	(M1)
Achats et sous traitances à prix ferme*	2.5	0	0	0	
Matière 2	2	0	2	0	(M2)
Matière 3	1	0	1	0	(M3)
Main d'œuvre	13	10		3	
+ M. O. : amortissements	1.5	0	0	0	
Frais directs de production	2	1	0	1	
Frais directs hors production	1	0	0	1	
Frais hors production	4	3	0	1	
+ FHP : charges financières	1	0	0	0	
Marges	4	0	0	0	
Totaux	40	16	4	11	

* Les achats et sous traitances à prix fermes fixés lors de l'élaboration de l'offre, avant la notification du marché, ne doivent pas être révisés.

On en déduit :

$$\text{Part fixe} = (40 - (16+4+11)) / 40 = 0.225$$

$$\text{Part salaires} = 16 / 40 = 0.40$$

$$\text{Parts matières} = 4/40 = 1/40 (M1) + 2/40(M2) + 1/40(M3) = 0.025M1 + 0.05M2 + 0.025M3$$

$$\text{Part Psd} = 11/40 = 0.275$$

La formule de révision donnera donc :

$$\mathbf{P = P0 (0.225 + 0.40Sw + 0.275Psd + 0.025M1 + 0.05M2 + 0.025M3)}$$

- Sw est un indice salaires et charges sociales représentatif (qui peut être dans le domaine des industries mécaniques et électriques l'indice ICHTTS1 « Coût Horaire du Travail - Tous salariés, charges sociales comprises » des industries mécaniques et électriques (IME) publié par l'INSEE (identifiant n° 000630215) ;

- Les indices M1, M2 et M3 sont des indices matières relatifs aux principales matières entrant dans la composition des prestations acquises. Pour les prestations très particulières nécessitant une grande part d'énergie, on pourra introduire ici un indice d'énergie comme un indice matière.

Psd est un indice composite adapté au type d'activité objet du marché et qui peut être :

$$\mathbf{Psd = 0.05 ICC + 0.05TCH + 0.65PROD + 0.25S}$$

- l'indice ICC correspond à l'indice du coût de la construction de l'INSEE (identifiant n°060403011) ;
- l'indice TCH correspond à l'indice de prix à la consommation « transport, communications et hôtellerie » de l'INSEE (identifiant n°086735376) ;
- l'indice PROD correspond à l'indice de prix à la production de l'industrie pour le marché français. Prix de marché. Industrie hors IAA (industrie agro alimentaires) et (industrie de l') énergie de l'INSEE (identifiant n°00157 0015) ;
- S est un indice représentatif de l'évolution des prix des services aux entreprises qui devrait être une composition adaptée à l'activité considérée de quelques indices de services aux entreprises publiés par l'INSEE. A défaut l'acheteur pourra retenir, surtout pour les petites entreprises, l'indice de prix à la consommation pour les services (ensemble) y compris loyers et eau, de l'INSEE (identifiant n° 641185) ;

Annexe 4 : illustration d'une formule de notation de prix pouvant aboutir à une note négative

Les formules de notation doivent absolument être testées, en utilisant au moins des cas « moyens » et des cas « extrêmes ».

Prenons cette formule issue d'un vrai cahier des charges, a priori inoffensive, aux résultats néanmoins surprenants... puisqu'elle peut aboutir à la fois à des notes supérieures à la note maximale et à des notes négatives !!!

$$X/10 = 10 - 20 \left(\frac{\text{prix de l'offre} - \text{prix moyen}}{\text{Prix moyen}} \right)$$

Un exemple avec 5 offres (prix moyen de 200 000 euros, correspondant à la note 10) :

	Offre 1	offre 2	offre 3	offre 4	Offre 5
Prix	80 000	120 000	150 000	250 000	400000
Note	22/10	18/10	15/10	5/10	-10/10

Cette formule permet de différencier fortement les offres autour du prix moyen. Lorsque les écarts entre les offres sont très faibles (de quelques milliers d'€), elle a pour effet d'augmenter les écarts entre les notes, par rapport aux écarts réels entre les prix.