

AVOCATS
NOV

LAW

MONITEUR JURIS
CONTRATS PUBLICS

Le prix dans les
marchés publics :
entre actualisation et
révision du prix



Laurent BIDAULT
Avocat Associé

Le prix dans les marchés publics : entre actualisation et révision du prix

Face à la situation actuelle, les documents du marché doivent prévoir les modalités et conditions d'actualisation comme de révision des prix. Quels types de clauses peuvent prévoir les acheteurs concernant l'actualisation ou la révision des prix ?

La crise sanitaire liée à la Covid-19 et la guerre en Ukraine, ainsi que les mesures prises en conséquence (confinement, embargo) posent la question de l'adaptation des prix des marchés publics à conclure et qui sont directement impactés par ces événements : envolée du coût des matières premières et des denrées alimentaires, difficultés d'approvisionnement.

Dans ce cadre, il convient de revenir sur les clauses que peuvent prévoir les acheteurs aux termes de leurs marchés, tant pour actualiser les prix que pour le réviser, afin d'anticiper avant et pendant l'exécution de ces marchés, les aléas liés à ces différents événements.

À cet égard, le Premier ministre a demandé aux acheteurs de s'« assurer » que les marchés conclus soumis à de tels aléas prévoient des clauses de révision des prix, rappelant qu'à défaut l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité⁽¹⁾.

La forme du prix

Le prix d'un marché public présente en principe un caractère intangible. Constituant l'un des éléments essentiels du marché, celui-ci ne peut évoluer en cours d'exécution, sauf dans le cas où le prix est provisoire ou clause de révision ou de réexamen.

Prix définitif versus prix provisoire

Par principe, un marché est conclu à **prix définitif**⁽²⁾. Il est dit définitif car il est fixé dans les documents du marché.

Auteur

Laurent Bidault
Avocat Associé
Novlaw Avocats

(1) Circulaire du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières (n° 6338/SG).

(2) CCP, art. R. 2112-7.

Celui-ci peut être alors ferme ou révisable^[3]. Comme cela sera exposé par la suite, dans la première hypothèse, le prix ferme pourra faire l'objet d'une actualisation ; dans la seconde hypothèse, le prix pourra être révisé.

À l'inverse, sous certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article R. 2112-17 du Code de la commande publique (CCP), certains acheteurs^[4] – également limitativement énumérés par ces dispositions – peuvent conclure un marché avec un **prix provisoire**^[5].

C'est par exemple le cas lorsque l'exécution d'un marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible parce que les prestations du marché sont complexes ou font appel à une technique nouvelle et présentent soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants. C'est également le cas 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 (mais cela sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs). Cela enfin peut notamment être le cas dans l'hypothèse où les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant alors pas de conclure le marché à prix définitif.

Il en va de même pour certains marchés portant sur des prestations de maîtrise d'œuvre^[6].

Dans tous les cas, le marché qui est conclu à prix provisoires doit préciser :

- les conditions dans lesquelles le prix définitif sera définitif, et cela dans la limite d'un plafond qui pourra éventuellement être révisé ;
- l'échéance à laquelle le prix définitif sera fixé ;
- les règles comptables auxquelles devra se conformer le titulaire ;
- les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

Pour ce qui est des marchés de maîtrise d'œuvre passés à prix provisoires, le cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de maîtrise d'œuvre (CCAG-MOE) prévoit à cet égard que les modalités de fixation des prix de règlement et du montant de la rémunération définitive du maître d'œuvre doivent être définies dans les documents particuliers du marché^[7].

Prix ferme versus prix révisable

On distingue parmi les prix définitifs, d'une part, le prix ferme (bien qu'actualisable) pendant toute la durée d'exécution du marché ; et d'autre part, le prix révisable, lequel peut donc être révisé en cours d'exécution du marché.

Le **prix ferme** est celui qui est invariable, pour reprendre les termes de l'article R. 2112-9 du CCP, pendant la durée du marché. Le prix d'un marché peut être ferme lorsque « cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations »^[8].

À défaut, si les parties sont exposées à de tels aléas^[9], le prix devra être révisable, et c'est ici le critère essentiel de distinction et de choix pour l'acheteur entre un prix ferme et un prix révisable.

Le recours au prix ferme peut alors se justifier par la nature de la prestation permettant une visibilité sur l'évolution de son prix, par la durée limitée du marché (généralement moins d'un an) de sorte que celui-ci est peu sujet aux aléas évoqués.

Comme cela sera exposé par la suite, le prix ferme peut, voire doit, néanmoins être actualisable dans certains cas, juste avant le début de l'exécution du marché. Le prix est donc actualisé une seule fois et le prix actualisé sera ferme pendant toute la durée du marché, constituant le prix réglé par l'acheteur.

Le **prix révisable** est un prix qui peut être modifié, dans les conditions fixées par le CCP et par les documents du marché, et cela afin de tenir compte des variations économiques^[10]. À la différence de l'actualisation, le prix est donc modifié en cours d'exécution du marché (et non avant) et à plusieurs reprises.

En effet, l'article R. 2112-13 du CCP impose la conclusion d'un marché à prix révisable lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs en raison de l'évolution « raisonnablement prévisible » des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

À cet égard, le CCP donne l'exemple particulier des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.

D'ailleurs, l'article R. 2112-14 du CCP prévoit des dispositions spécifiques relatives aux prix pouvant être affectés par les fluctuations des cours mondiaux, notamment s'agissant des matières premières^[11].

[3] CCP, art. R. 2112-8.

[4] En l'occurrence, l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

[5] CCP, art. R. 2112-15.

[6] CCP, art. R. 2112-18.

[7] CCAG-MOE, art. 10.2.1.

[8] CCP, art. R. 2112-9.

[9] CCP, art. R. 2112-13.

[10] CCP, art. R. 2112-13.

[11] CCP, art. R. 2112-14 : « 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 comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-13. Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession ».

CCAG	Articles	Prix
CCAG-Travaux	Art. 9.4.1	Prix ferme sauf : – si la réglementation prévoit prix révisables ; – si les documents du marché prévoient des prix révisables et comportent une formule de révision des prix
CCAG-Maîtrise d'œuvre	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme si la durée du marché est inférieure à 3 mois. Prix révisable si la durée du marché est supérieure à 3 mois.
CCAG-FCS	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme, sauf si le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux
CCAG-PI	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme
CCAG-TIC	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme, sauf si le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux
CCAG-MI	Art. 11.1.1 et 11.1.2	Prix ferme, sauf si le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux

Le prix dans les CCAG

Les différents cahiers des clauses administratives générales (CCAG) reprennent pour l'essentiel la distinction susvisée entre les prix fermes – le cas échéant, actualisables – et prix révisables.

Actualisation – Les CCAG-Travaux, CCAG-MOE, CCAG-FCS, CCAG-PI, CCAG-TIC et CCAG-MI prévoient que lorsque les prix du marché sont fermes, ils sont actualisés dans les conditions prévues à la date à laquelle le titulaire a fixé son prix⁽¹²⁾.

Révision des prix – Les CCAG prévoient les dispositions suivantes :

L'obligation de prévoir contractuellement la modification du prix

Quelle que soit la modification du prix en cause, les documents du marché doivent prévoir les modalités et conditions d'actualisation comme de révision du prix.

Déjà, d'une façon générale, il convient de rappeler qu'un marché peut être modifié lorsque les modifications en cause, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, « dont les clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque ». Les clauses du marché indiquent le champ d'application

et la nature des modifications envisageables et les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage⁽¹³⁾.

Ensuite, le CCP impose que les clauses du marché prévoient tant la possibilité d'actualiser le prix (dans le cas des marchés de fournitures et de services courants) que les modalités d'actualisation du prix (dans le cas des marchés de fournitures et de services non courants ou pour les travaux)⁽¹⁴⁾.

Il en va de même lorsque le prix est révisable, le CCP imposant que les clauses du marché doivent fixer la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision et la périodicité de sa mise en œuvre⁽¹⁵⁾.

L'acheteur doit donc être particulièrement vigilant et attentif lors de l'établissement de son marché à définir précisément les conditions d'actualisation des prix fermes ou de révision des prix. Et ce d'autant plus que l'absence de telles précisions constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, pouvant justifier notamment l'annulation de la procédure de passation du marché⁽¹⁶⁾.

Les CCAG reprennent ces exigences. Pour ne citer que les secteurs particulièrement touchés actuellement par la crise sanitaire et la guerre en Ukraine, on relèvera ainsi que le CCAG-Travaux conditionne le caractère révisable des prix, outre aux cas prévus par la réglementation, à la précision dans les documents particuliers du marché de la révision des prix et d'une formule de révision⁽¹⁷⁾. Pour ce qui est de l'actualisation, les docu-

(12) CCAG-Travaux (2021), art. 9.4.2 ; CCAG-MOE, art. 10.1.2 ; CCAG-FCS (2021), art. 10.1.2 ; CCAG-PI (2021), art. 10.1.2 ; CCAG-TIC (2021), art. 10.1.2 ; CCAG-MI (2021), art. 11.1.2.

(13) CCP, art. R. 2194-1.

(14) CCP, art. R. 2112-10 et R. 2112-11.

(15) CCP, art. R. 2112-13.

(16) CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803.

(17) CCAG-Travaux (2021), art. 9.4.1. et 9.4.4.

ments particuliers du marché doivent préciser les coefficients d'actualisation et notamment les index et indices utilisés^[18].

Nota : 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^[19].

Les indices et index sont publiés par l'INSEE et par des organismes professionnels.

L'actualisation des prix fermes

L'actualisation concerne le prix ferme d'un marché. Les modalités d'actualisation sont prévues par les dispositions des articles R. 2112-9 à R. 2112-12 du CCP.

Les hypothèses d'actualisation du prix ferme

Comme évoqué ci-dessus, le prix du marché est ferme à la condition que cette forme de prix ne soit pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations^[20].

Lorsque cette condition est remplie et que finalement les parties ne sont pas exposées à ce type d'aléas, alors le marché est conclu à prix ferme et ce dernier pourra être actualisé lorsque le marché porte sur des fournitures ou les services courants, étant précisés que sont réputés « courant » les fournitures ou services pour lesquels l'acheteur n'impose pas de spécifications techniques propres au marché^[21].

Plus encore, s'agissant des marchés conclus à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, les clauses de ces marchés doivent – il s'agit donc d'une obligation – prévoir les modalités d'actualisation du prix^[22].

Les conditions d'actualisation du prix ferme

Lorsque le marché est conclu à prix ferme actualisable, les clauses du marché précisent que :

– d'une part, le prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations du marché (ou de la tranche^[23]). Les différents CCAG précisent que la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix correspond à la date de remise de son offre ou de son offre finale (en cas de négociation ou de dialogue compétitif)^[24] ;

– d'autre part, l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations^[25].

La formule d'actualisation du prix ferme

Le CCP ne prévoit pas de formule d'actualisation des prix, laissant le soin aux parties de la définir dans les documents du marché lorsqu'elles font le choix de prévoir des prix actualisables ou qu'elles y sont obligées.

Le CCAG-Travaux et le CCAG-Maîtrise d'œuvre prévoient une formule d'actualisation des prix, à laquelle les parties peuvent se référer, à condition que le marché se réfère expressément au CCAG en question.

Marché public de travaux : pour ce qui est des marchés de travaux faisant donc application du CCAG-Travaux, ce dernier prévoit que l'actualisation se fera en appliquant des coefficients établis à partir d'un index, d'un indice ou d'une combinaison d'entre eux correspondant à l'objet du marché, lesquels doivent être défini dans les documents particuliers du marché^[26].

À défaut, le coefficient d'actualisation est fixé par avenant à partir de l'index BT ou TP, diffusés par l'INSEE, correspondant à la nature des travaux qui font l'objet du marché^[27]. Sur ce point, il est conseillé d'éviter les index « très généraux » et de privilégier un index correspondant à l'objet du marché^[28].

Pour ce qui est de la formule d'actualisation, le CCAG-Travaux pose la formule suivante :

Prix actualisé = prix initial × (indices ou index à la date de début d'exécution des prestations – 3 mois) / (indices ou index de la date de fixation du prix dans l'offre).

Marché public de maîtrise d'œuvre : pour ce qui est des marchés de maîtrise d'œuvre faisant donc application du CCAG-Maîtrise d'œuvre, ce dernier prévoit de la même façon que l'actualisation se fera en appliquant des coefficients établis à partir d'un index, d'un indice ou d'une

[18] CCAG-Travaux (2021), art. 9.4.3.

[19] Ministère de l'Économie, *Le prix dans les marchés publics, Guide et recommandations*, avril 2013.

[20] Comme exposé, si à l'inverse les parties peuvent être exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations, alors le prix doit être révisable.

[21] CCP, art. R. 2112-10.

[22] CCP, art. R. 2112-10.

[23] CCP, art. R. 2112-12.

[24] CCAG-Travaux (2021), art. 9.4.2 ; CCAG-MOE, art. 10.1.2 ; CCAG-FCS (2021), art. 10.1.2 ; CCAG-PI (2021), art. 10.1.2 ; CCAG-TIC (2021), art. 10.1.2 ; CCAG-MI (2021), art. 11.1.2.

[25] CCP, art. R. 2112-11.

[26] CCAG-Travaux (2021), art. 9.4.3.

[27] C'est également par voie d'avenant qu'en cas de disparition d'un indice ou index de référence, celui-ci peut être remplacé par un autre indice ou index équivalent.

[28] Ministère de l'Économie, *Le prix dans les marchés publics, Guide et recommandations*, avril 2013.

combinaison d'entre eux correspondant à l'objet du marché, lesquels doivent être définis dans les documents particuliers du marché^[29].

À défaut, dans le silence du marché, l'actualisation se fait sur la base de l'index ING^[30].

L'actualisation se fait *via* la formule suivante :

Prix actualisé = prix initial × (indices à la date de début d'exécution des prestations – 3 mois)/indices de la date de fixation du prix dans l'offre).

Les coefficients d'actualisation sont arrondis au millième supérieur.

Il faut en outre préciser que la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie indique qu'il n'est pas possible pour les acheteurs de déroger à cette formule d'actualisation, laquelle est la traduction de l'obligation réglementaire posée par l'article R. 2112-11 du CCP^[31].

Autres marchés publics : en revanche, les autres CCAG sont silencieux sur ce point, se bornant à rappeler l'obligation d'actualisation des prix fermes telle qu'exposée ci-dessus. Dans ces cas, il appartient donc à l'acheteur de préciser dans les documents particuliers du marché la formule d'actualisation applicable. À défaut, l'actualisation ne sera pas possible.

Pour ces marchés, l'acheteur peut se référer utilement aux guides relatifs aux prix dans les marchés publics établis par le ministère de l'Économie qui fournissent des exemples de formules et une méthodologie pour établir et appliquer celles-ci.

La révision des prix

Les modalités de révision des prix sont prévues par les dispositions de l'article R. 2112-13 du CCP.

Les hypothèses de révision des prix

Dans l'hypothèse où les parties au marché sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations, alors le marché est conclu à prix révisable^[32].

C'est le cas en particulier des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.

On précisera également que les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une « part importante »^[33] de fournitures, notamment de matières premières, dont

le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent également une clause de révision de prix, incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours^[34].

Étant particulièrement précisé dans le contexte actuel que « les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession ».

Enfin, notons que le CCAG-Maîtrise d'œuvre prévoit que « lorsque la durée d'exécution du marché est supérieure à trois mois, les prix sont réputés révisables »^[35].

Les modalités de révision des prix

L'article R. 2112-13 du CCP prévoit que lorsque le prix du marché est révisable, le marché doit fixer :

- la date d'établissement du prix initial ;
- les modalités de calcul de la révision ;
- la périodicité de sa mise en œuvre.

À l'instar de l'actualisation, la date d'établissement du prix initial correspond généralement à la date à laquelle le soumissionnaire a remis son offre ou son offre finale.

Concernant la périodicité de la mise en œuvre de la révision des prix, on précisera que les CCAG-Travaux et CCAG-MOE prévoient une révision mensuelle des prix^[36].

Les CCAG-FCS, CCAG-PI, CCAG-TIC et CCAG-MI laissent le soin à l'acheteur de définir la périodicité de la révision de prix dans les documents particuliers du marché.

Néanmoins, et cela a son importance dans la période actuelle, lorsque le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessite pour sa 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, il est procédé à une révision des prix au minimum tous les trois mois à compter de la date de notification du marché^[37].

Enfin, s'agissant des modalités de calcul de la révision du prix, l'article R. 2112-13 du CCP prévoit que la révision est calculée :

- soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;
- soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;
- soit en combinant les deux modalités susvisées.

[29] CCAG-Travaux (2021), art. 9.4.3.

[30] CCAG-MOE, art. 10.1.2

[31] DAJ ministère de l'Économie, *Le prix dans le CCAG MOE*.

[32] CCP, art. R. 2112-13.

[33] Ce qu'il convient d'entendre par part importante n'est à ce jour pas défini, en particulier par la jurisprudence.

[34] CCP, art. R. 2112-14.

[35] CCAG-MOE, art. 10.1.1.

[36] CCAG-Travaux (2021), art. 10.5 ; CCAG MOE, art. 10.1.

[37] CCAG-FCS (2021), art. 10.2.2 ; CCAG-PI (2021), art. 10.2.2 ; CCAG-TIC (2021), art. 10.2.2 ; CCAG-MI (2021), art. 11.2.2.

La formule de révision des prix

Le CCP ne prévoit pas de formule de révision des prix, laissant ici encore le soin aux parties de la définir dans les documents du marché.

Seul le CCAG-Maîtrise d'œuvre prévoit une formule de révision des prix dans le cas où le silence du marché, les autres CCAG renvoyant aux documents particuliers du marché le soin de la déterminer.

Pour ce qui est du CCAG-Maîtrise d'œuvre, son article 10.1.1 prévoit que, dans le silence des documents particuliers du marché, la révision est effectuée par application au prix du marché d'un coefficient C de révision, donné par la formule suivante :

$$C = 0,15 + 0,85 \text{Im}/\text{Io}$$

Io et Im : valeurs prises par l'index ING diffusé par l'INSEE respectivement au mois m0 et au mois m au cours duquel l'acompte ou l'élément de mission doit être remis conformément aux échéances prévues par le marché.

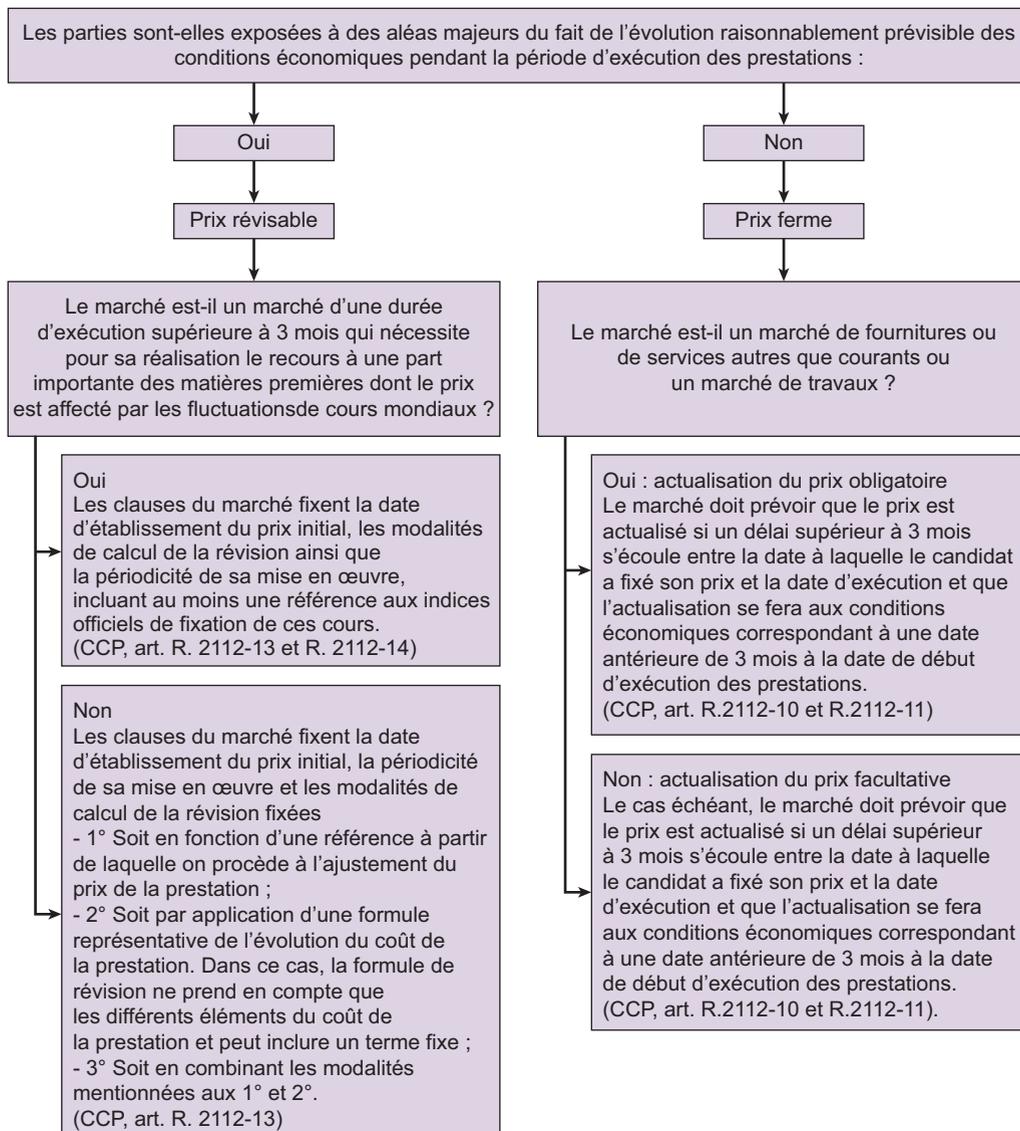
m0 : date d'établissement du prix initial (remise de l'offre ou de l'offre finale)

Les coefficients de révision sont arrondis au millième supérieur.

D'une façon générale, précisons que la valeur finale des références utilisées pour l'application de la clause de révision des prix est appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations comme prévue par le marché, ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure^[38].

Là encore, il peut être utile pour l'acheteur de se référer utilement aux guides relatifs aux prix dans les marchés publics du ministère de l'Économie et à la méthodologie établie pour établir et appliquer la formule de révision des prix.

[38] CCP, art. R. 2191-7.



AVOCATS

NOV

LAW

AARPI NOV LAW Avocats
Barreaux
de Paris et Lyon

-

01.44.01.46.36
www.novlaw.fr
contact@novlaw.fr