

Synthèse de la réunion de restitution des travaux des 3 ateliers relatifs à la refonte du guide sur « Le prix dans les marchés publics »

Jeudi 7 avril 2022

Le guide Prix n'est pas un outil ayant une valeur réglementaire. Il a vocation à rappeler la réglementation en vigueur et donne des conseils aux acheteurs en promouvant les bonnes pratiques (parfois en décrivant les mauvaises, également) et en soulignant pourquoi elles sont importantes à mettre en place. Ce guide, destiné avant tout aux acheteurs, est également utilisé par les entreprises.

L'objectif de ces travaux est d'actualiser/refondre le guide de 2013, en introduisant notamment plus d'éléments opérationnels, pour les acheteurs et pour les opérateurs économiques, en développant éventuellement plus d'annexes, si nécessaire (par exemple, le contenu a minima des clauses de variation des prix).

Ce guide ne doit pas être focalisé uniquement sur certains secteurs, même si une demande de le « **typiser** » davantage par secteurs (avec des focus spécifiques) est ressortie des travaux, si cela est possible au vu de contributions qui seront transmises.

Il ne traitera pas directement des effets des situations exceptionnelles ou transitoires (crises sanitaire ou ukrainienne...), ni même des conséquences qui en découlent, puisqu'il s'agit d'un guide de fond, qui doit pouvoir être utile pendant plusieurs années, sans être lié par l'actualité.

Toutefois, le guide permet aussi d'anticiper une grande partie des conséquences des crises, dans la mesure où les principes qu'il évoque sont correctement mis en œuvre. Ainsi par exemple, une révision annuelle sur des denrées alimentaires ne peut pas être adaptée, bien que conforme à la lettre du code lors d'une lecture rapide. Le guide veillera à inciter davantage les acheteurs à adopter un **rythme de révision adapté, donc plus rarement annuel**.

Un point d'actualité est présenté sur les deux récentes circulaires qui proposent d'insuffler plus de souplesse pour la mise en œuvre des contrats et rappellent les principes qui régissent les prix dans les marchés publics :

- l'une sur la « prise en compte de l'évolution des prix des denrées alimentaires dans les marchés publics de restauration » du 23 mars (n° 6335/SG, non publiée),
- l'autre sur les « conditions d'exécution et de modification des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières » (qui détaille l'application de la théorie de l'imprévision) signée du PM le 30 mars et publiée sur Légifrance le 1^{er} avril (n° 6338/SG).

Nous savons que la théorie de l'imprévision n'est pas une solution généralisable à tous les marchés pour affronter la crise, mais elle peut permettre de résoudre certaines difficultés rencontrées, qui ont un effet très important et déséquilibrent gravement les contrats. Son application se fait au cas par cas, après examen des conditions restrictives applicable, dans le contexte actuel, notamment au regard du caractère suffisant de l'impact économique sur le contrat.

Seuls les thèmes qui ont suscité le plus de débat ou pour lesquels il a été demandé une vigilance ou des développements particuliers ont été évoqués lors de la présente réunion.

Lors de l'atelier n° 1 sur « la forme du prix », il est apparu que les acheteurs semblent parfois préférer **les prix fermes** pour avoir une meilleure maîtrise de leur budget et ce malgré l'évolution des textes sur ce point (CCAG travaux pour l'actualisation, CCP qui a élargi les cas de marchés publics devant obligatoirement prévoir une clause de révision de prix) et le contexte actuel. Il est proposé d'annexer au guide des fiches synthétiques reprenant seulement les éléments structurants indispensables. Le guide va souligner les inconvénients découlant de cette mauvaise pratique.

Dans ces situations où un dialogue est indispensable entre les parties, le manque de communication entre le donneur d'ordre et le titulaire du contrat est d'ailleurs souligné de façon générale à plusieurs reprises, parfois pour des raisons budgétaires (pas d'enveloppe pour payer au juste prix) avant même la remise des offres. L'acheteur doit veiller d'ailleurs à bien indiquer aux candidats tout élément qui lui permettra d'assoir son choix final.

Les **clauses de variation des prix** sont une représentation moyenne « idéalisée » qui ne peut pas être le reflet exact des coûts réels de chaque entreprise et de chaque marché. La limite tient notamment à la disponibilité des **indices, avant même d'apprécier le jeu de la formule**. La DAJ peut servir de relais de ces problématiques, si des travaux sont ou seront menés avec l'Insee sur ce point.

Le guide va également recommander de n'intégrer une **partie fixe** dans les formules de révision des prix que lorsqu'il y a un intérêt réel à le faire, notamment des contrats négociés et de très longue durée et rappeler que dans les situations exceptionnelles elle n'est pas adaptée.

Les clauses de réexamen peuvent également être difficiles à mettre en œuvre, et n'ont pas vocation à régler ces situations, puisqu'il ne peut être question que des situations prévisibles. Des exemples de clauses seront annexés au guide en fonction des contributions qui seront transmises.

Lors de l'atelier n° 2 relatif au « prix dans le choix des offres », la notion de coût du cycle de vie a appelé de nombreux échanges. Même si la plupart des acheteurs ont d'ores et déjà adopté une analyse multicritères, depuis l'article 35 de la loi Climat et résilience (qui sera applicable au plus tard en 2026), il est interdit de prendre comme critère unique le prix. Il faut alors prendre le critère du coût global intégrant nécessairement des considérations environnementales. Le guide visera d'ailleurs à éviter la survalorisation mathématique du critère prix, à laquelle conduit souvent **la méthode de notation** choisie, afin de permettre également la juste prise en compte, et à hauteur des % prévus, des autres aspects dans l'évaluation de l'offre.

Concernant les OAB, ainsi que les offres anormalement hautes qui peuvent également impacter l'analyse, influencer la note finale (elle peut changer la moyenne et la médiane retenues pour fixer les notes) et modifier le choix de l'attributaire, la méthode de détection proposée par la FFB, n'ayant pas fait l'objet d'un avis défavorable de la part des membres du groupe de travail, pourra servir de base à l'annexe qui sera ajoutée dans le guide, même si vu la grande diversité en commande publique il est quasiment impossible de trouver une méthode adaptée à l'ensemble des types de marchés possibles.

Il est rappelé que **la négociation** ne doit pas être confondue avec la « renégociation » des contrats, qui en droit ne signifie pas reconduction du contrat. Elle doit servir à préparer la mise en œuvre du contrat notamment en ce qui concerne les prix.

L'atelier n° 3 sur « le paiement du prix » a porté principalement sur **les clauses de pénalités**. Un ajout sera donc intégré au guide sur ce point.

Une mauvaise pratique est évoquée en séance sur l'achat pour compte (aux frais et risques) automatique à la suite de l'impossibilité de proposer un produit spécifique en raison d'une difficulté particulière temporaire rencontrée tel que le gel, par exemple.

En conclusion, il est confirmé que le plan de la version de travail (envoyée en juillet 2021) n'ayant pas été remis fondamentalement en cause, il devient le plan du guide finalisé.

Enfin, le calendrier suivant pour la suite des travaux est proposé :

- La DAJ poursuit la collecte de propositions rédactionnelles jusqu'à la **mi-juin**, mais lance d'ores et déjà ses travaux rédactionnels afin de proposer une mise en relecture par les contributeurs **mi-juillet** au plus tard, le livrable intégrant les retours des relecteurs étant envisagé pour **septembre 2022**.
- La publication du guide est prévue au plus tard pour la prochaine Assemblée plénière de l'OECP, envisagée **en octobre** à l'heure actuelle.

xxxx