

Evolution de la réglementation de la commande publique

Le 21 Février 2023



Compte-rendu des échanges

Question posée : La révision de prix a-t-elle un effet rétroactif ?

Réponse apportée : La révision de prix est un outil applicable aux marchés publics pour tenir compte des variations économiques au cours de l'exécution du marché (article R. 2112-13 CCP). Elle garantit l'équilibre économique initial convenu dans le marché par le pouvoir adjudicateur, et accepté par le titulaire du marché. Lorsqu'elle est prévue au contrat, il faut que soit fixés en amont : la date d'établissement du prix initial, la périodicité de la révision et les modalités de calcul de la révision. Il ne semble pas donc possible que la révision de prix ait un effet rétroactif. En cas d'oubli ou de volonté de ne pas appliquer la révision par le titulaire, celle-ci s'effectuera ensuite pour la période à venir, à partir des derniers indices/index connus.

Question posée : En cas de demande de révision de prix par un des fournisseurs, quelle doit être sa forme ?

Réponse apportée : Tout dépend de ce qui est prévu dans le CCAP. Si vous souhaitez que cette demande prenne des formes particulières (pour exemple : Une LRAR envoyée dans un délai de trois mois avant la révision), cela doit être prévu dans le CCAP.

Néanmoins, dans une logique de bonne entente avec les fournisseurs, il est conseillé d'accepter une demande de révision de prix qui ne respecterait pas en tous points les formes prescrites dans le CCAP (envoi des BPU révisés par mail par exemple).

Question posée : Est-ce que l'offre d'un candidat peut être rejetée si elle est au-dessus de l'estimation faite par le pouvoir adjudicateur ?

Réponse apportée : Oui et non. Pour rappel, l'article L. 2152-3 du Code de la commande publique définit l'offre inacceptable comme « *Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure.* ».

Cependant, pour rejeter une offre au-dessus du montant estimé en interne, il faut que l'acheteur ne soit pas en mesure de financer cette offre, et non pas simplement qu'elle soit au-dessus de l'estimation (pour en savoir plus :

<https://www.senat.fr/questions/base/2016/qSEQ160421407.html#:~:text=Ainsi%2C%20la%20notion%20d'offre,au%20montant%20estim%C3%A9%20du%20march%C3%A9.>)

De ce fait, la décision de rejet qui se bornerait à tirer les conséquences d'un écart, entre le montant de l'offre remise et le montant estimatif du marché est irrégulière si le pouvoir adjudicateur n'apporte pas la preuve que l'offre n'aurait pas pu être financée (Conseil d'Etat, 24 juin 2011, n° 346665, OPHI de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines).

Il faudra donc à bien veiller à la justification pour rejeter une telle offre.

Question posée : Ces derniers mois, nous avons constaté une pénurie concernant le marché épicerie surtout sur la moutarde et l'huile. La rupture ayant duré plusieurs mois, d'autres fournisseurs ont pu nous fournir hors marché. Est-il possible de facturer la différence au fournisseur du marché ? Si oui, sous quels délais ?

Réponse apportée : En cas de rupture d'un produit, le principe est la proposition de substitution du produit. Si le produit de substitution proposé par le titulaire présente une qualité inférieure au produit initial, il faudra négocier le prix à la baisse (réfaction). En revanche, si le produit présente une qualité supérieure au produit initial, il faudra essayer d'obtenir l'alignement sur le prix du produit initial.

Si la substitution n'est pas possible, il faudra alors trouver un produit hors marché. Dans ce cas et si un autre fournisseur est en mesure de répondre à la demande, l'acheteur peut opérer une refacturation du prix du produit du nouveau fournisseur aux frais et risques du fournisseur initial. Toutefois, la circulaire n°6374/SG relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières préconise la suspension du recours à l'exécution aux frais et risques de l'entreprise titulaire, « tant que celle-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales ».

Concernant le délai de facturation, rien ne précise un délai maximum permettant de refacturer tout frais engagés pour organiser la substitution du fournisseur défaillant. Cependant, l'article 11.3.7 du CCAG fournitures et services prévoit :

« En cas d'exécution de prestations aux frais et risques du titulaire défaillant, le surcoût supporté par l'acheteur est déduit des sommes dues au titulaire au titre des prestations admises. Ce surcoût correspond à la différence entre le prix que l'acheteur aurait dû régler au titulaire pour la réalisation des prestations et le prix effectivement payé pour l'exécution de celles-ci à la place du titulaire défaillant. »

La facturation à jour d'une exécution aux frais et risques semble donc s'organiser lors de la remise demande de paiement par le titulaire du marché, qui intervient soit (article 11.5.1 CCAG) :

- soit aux dates prévues par le marché ;
- soit après l'admission des prestations, conformément aux stipulations du marché ;
- soit au début de chaque mois pour les prestations effectuées le mois précédent, dans le cas des prestations qui s'effectuent de façon continue ;
- soit aux dates prévues pour le versement d'acomptes.

Conseil CKS :

1. Tracer les échanges qui concernent la situation de rupture du fournisseur.
2. Mettre en demeure de proposer une solution de substitution.
3. Faute de possibilité pour le fournisseur de trouver une solution de substitution, mettre en œuvre l'exécution aux frais et risques en prévenant le titulaire

Attention toutefois, la circulaire susmentionnée s'applique pour les cas de pénurie globale du produit. Il faut bien veiller, en tant que pouvoir adjudicateur, de vérifier la véracité de la situation de pénurie dont se prévaut le fournisseur.