



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES
ET DE LA SOUVERAINETÉ
INDUSTRIELLE ET NUMÉRIQUE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Direction des
Affaires juridiques



LES GUIDES DE L'OECP

Guide

sur le prix
dans les marchés
publics



2023

CONCEPTION, REDACTION, GRAPHISME

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES – OECP

DATE DE PARUTION

NOVEMBRE 2023 – MISE A JOUR JUIN 2024

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION..... | 6 |
| 1. LE PRIX : NOTION ET PRINCIPES | 7 |
| 1.1. DEFINITION DU PRIX..... | 7 |
| 1.1.1. CONTENU DU PRIX..... | 7 |
| 1.1.2. DIFFÉRENCE ENTRE PRIX DE LA PRESTATION ET COÛT DE LA PRESTATION | 8 |
| 1.1.3. DIFFÉRENCE ENTRE PRIX INITIAL ET PRIX DE RÈGLEMENT | 9 |
| 1.1.4. LES DIFFÉRENTS MONTANTS DU MARCHÉ..... | 9 |
| 1.2. CARACTÉRISTIQUES DU PRIX | 11 |
| 1.2.1. LE PRIX DU MARCHÉ EST DÉTERMINÉ OU DÉTERMINABLE..... | 11 |
| 1.2.2. LE PRIX INITIAL DU MARCHÉ EST EN PRINCIPE DÉFINITIF MAIS PEUT ÊTRE PROVISOIRE DANS CERTAINS CAS PARTICULIERS | 11 |
| 1.3 LE PRIX DÉFINITIF CONTRACTUALISÉ ET, LE CAS ÉCHEANT, SES CLAUSES DE RÉVISION NE PEUVENT, EN PRINCIPE, ÊTRE MODIFIÉS..... | 17 |
| 1.3.1 POSSIBILITÉS DE MODIFICATION DU PRIX OU DES CLAUSES FINANCIÈRES PENDANT L'EXÉCUTION DU MARCHÉ..... | 18 |
| 1.3.2. CAS D'INDEMNISATION DU TITULAIRE DU MARCHÉ | 30 |
| 2. LES FORMES DU PRIX : PRIX UNITAIRE OU PRIX FORFAITAIRE..... | 36 |
| 2.1. LE PRIX UNITAIRE | 36 |
| 2.2. LE PRIX FORFAITAIRE..... | 36 |
| 2.3. COMBINAISON DES DEUX FORMES DE PRIX (UNITAIRE/FORFAITAIRE) DANS UN MÊME MARCHÉ | 39 |
| 3. LE CHOIX ENTRE PRIX FERME OU PRIX RÉVISABLE | 42 |
| 3.1. COMMENT CHOISIR ENTRE PRIX FERME ET PRIX RÉVISABLE ?..... | 44 |
| 3.2. LE PRIX FERME..... | 48 |
| 3.2.1. Définition | 48 |
| 3.2.2. Le prix ferme peut être actualisé..... | 49 |
| 3.3. LE PRIX RÉVISABLE | 53 |
| 3.3.1. Définition de la révision des prix..... | 53 |
| 3.3.2. Quand faut-il prévoir une clause de révision des prix ?..... | 54 |
| 3.3.3 Rédiger une clause de révision des prix | 56 |
| 3.4. LES INDICES ET INDEX..... | 74 |
| 3.4.1. Où trouver les indices et index ? | 75 |
| 3.4.2. Conseils pour la mise en œuvre des indices ou index | 76 |

| | |
|---|-----------|
| 3.4.3. A quels indices (ou index) se référer : indice (ou index) réel, publié ou connu ? ... | 77 |
| 3.4.4. Comment vérifier la liquidation de la révision annuelle des prix d'un marché au vu des indices (ou index) INSEE ?..... | 78 |
| 3.4.5. Que peut faire l'acheteur dans le cas de la disparition d'un indice INSEE ?..... | 78 |
| 3.4.6. Que peut faire l'acheteur dans le cas de la disparition d'un index INSEE ?..... | 79 |
| 4. CLAUSES DE PÉNALITÉS ET CLAUSES INCITATIVES | 80 |
| 4.1. CLAUSES DE PÉNALITÉS..... | 80 |
| 4.1.1. Principe et conditions de mise en œuvre de la clause de pénalités..... | 80 |
| 4.1.2. En cas de circonstances imprévisibles ayant un impact sur les délais d'exécution. | 84 |
| 4.2. CLAUSES INCITATIVES | 85 |
| 4.2.1. Principe et conditions de mise en œuvre de la clause incitative | 85 |
| 4.2.2. Types de clauses incitatives..... | 86 |
| 5. MÉTHODE D'APPRÉCIATION DU PRIX, LORS DE L'ANALYSE DES OFFRES..... | 88 |
| 5.1. UNE BONNE ÉVALUATION DES BESOINS : UN PRÉALABLE INDISPENSABLE | 88 |
| 5.2. CHOIX DES CRITÈRES ET DE LA PONDÉRATION | 91 |
| 5.2.1. Le prix ou le coût, critère incontournable de jugement des offres pour les marchés autres que de défense ou de sécurité..... | 91 |
| 5.2.2. Pondération du critère prix (et des autres critères)..... | 95 |
| 5.2.3. Les méthodes de notation | 98 |
| 5.3 COMMENT VALORISER LES CERTIFICATS D'ÉCONOMIE D'ÉNERGIE (CEE) ? | 115 |
| 5.4. LE PRIX ET LES VARIANTES | 116 |
| 5.4.1. Principes | 116 |
| 5.4.2. Variantes et forme du prix..... | 116 |
| 5.5. L'ANALYSE DE L'OFFRE FINANCIÈRE ET LA NÉGOCIATION DU PRIX | 117 |
| 5.5.1. Deux méthodes d'analyse de l'offre financière : les prix et les coûts | 117 |
| 5.5.2. La négociation du prix | 121 |
| 5.6. LES NOTIONS DE COÛT GLOBAL/COÛT DU CYCLE DE VIE | 123 |
| 5.7. COMMENT TRAITER EN COURS DE PROCÉDURE D'ATTRIBUTION LES ERREURS QUI PEUVENT CONCERNER LES PRIX D'UN MARCHÉ ? | 126 |
| 5.7.1. Cas d'une formule de variation des prix manifestement inadaptée ou absente ... | 126 |
| 5.7.2. Cas où un (ou plusieurs) des prix proposés dans l'offre comporte(nt) une erreur | 127 |
| 5.8. QUE FAIRE EN CAS D'OFFRES ANORMALEMENT BASSES OU D'ENTENTES ? | 129 |

| | |
|--|------------|
| 5.8.1. Offres anormalement basses..... | 129 |
| 5.8.2. Ententes | 132 |
| 6. LE PAIEMENT DU PRIX..... | 136 |
| 6.1. L'AVANCE PEUT AVOIR UN IMPACT SUR LES PRIX | 136 |
| 6.2. LES ACOMPTES SONT DE DROIT POUR TOUTE PRESTATION DÉBUTÉE | 140 |
| 6.3. LES DÉLAIS DE PAIEMENT DOIVENT ÊTRE RESPECTÉS | 142 |
| 6.4. QUELLES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE FACTURATION ELECTRONIQUE ? | 144 |
| 6.5. PAIEMENT DES SOUS-TRAITANTS | 145 |
| 6.5.1. Le droit au paiement direct du sous-traitant de premier rang..... | 145 |
| 6.5.2. Le sous-traitant ne peut se prévaloir automatiquement de la révision des prix prévue dans le marché | 146 |
| 6.5.3 Le traitement de la retenue de garantie du sous-traitant à paiement direct..... | 146 |
| 7. LES DEVISES | 148 |
| 7.1. EST-IL POSSIBLE DE COMMANDER DES FOURNITURES OU SERVICES DANS UNE DEVISE DIFFÉRENTE DE L'EURO ?..... | 148 |
| 7.2. 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 ?..... | 148 |
| 8. TRAITEMENT DE LA TVA | 151 |
| 8.1. DOIT-ON CONSIDÉRER LE MONTANT DE LA FACTURE DU SOUS-TRAITANT H.T. ET APPLIQUER UNE TVA À TAUX RÉDUIT, MÊME SI ELLE EST PRÉSENTÉE AVEC UNE TVA NORMALE ?..... | 151 |
| 8.2. QUELS SONT LES TRAVAUX CONCERNÉS OU EXCLUS PAR L'AUTO-LIQUIDATION DE LA TVA ?..... | 152 |
| 9. LE CONTRÔLE DU COMPTABLE PUBLIC SUR LE PRIX DANS LES MARCHÉS PUBLICS... 153 | |
| 9.1 LE DÉCRET GBCP AU FONDAMENT DU CONTRÔLE PAR LE COMPTABLE | 153 |
| 9.2 LE CONTRÔLE DU PRIX D'UN MARCHÉ PUBLIC PAR LE COMPTABLE DANS LE CADRE DE SON CONTRÔLE DE LA PRODUCTION PAR L'ORDONNATEUR DES PIÈCES JUSTIFICATIVES | 153 |
| 9.3 LE CONTRÔLE DU PRIX D'UN MARCHÉ PUBLIC PAR LE COMPTABLE DANS LE CADRE DE SON CONTRÔLE DE L'EXACTITUDE DE LA LIQUIDATION DU MONTANT DE LA DÉPENSE..... | 154 |
| REMERCIEMENTS | 156 |

| | |
|-------------------------------|------------|
| LISTE DES SIGLES | 157 |
| ANNEXES..... | 159 |

INTRODUCTION

Le guide sur le prix dans les marchés publics constitue un document de référence, un recueil de l'ensemble de la réglementation applicable aux problématiques de prix appuyé de nombreuses références jurisprudentielles. Il est avant tout un document de conseil, un outil visant à faciliter la compréhension des textes, nombreux et d'origines diverses, à la fois pour les acheteurs qui les mettent en œuvre et pour les opérateurs économiques, dont le prix, est largement déterminé par les stipulations prévues par l'acheteur.

Ce guide explicite l'ensemble des règles applicables et formule de nombreux conseils aux acheteurs et aux candidats/titulaires de marchés, en mettant notamment en valeur les bonnes pratiques, en analysant de manière critique certaines mauvaises pratiques, et en soulignant en quoi ces bonnes pratiques sont importantes pour l'équilibre économique des contrats.

L'évolution du droit de la commande publique des dix dernières années a été riche, avec la transposition du Paquet législatif européen « marchés publics » de 2014, la codification du droit de la commande publique, la publication de nouveaux CCAG, la montée en puissance du développement durable...

Avec, en outre, les aléas économiques marqués notamment par une instabilité accrue des prix et un retour de l'inflation, les crises sanitaires ou politiques à l'échelle mondiale, l'avis du Conseil d'Etat sur les possibilités de modification des prix et autres clauses financières et sur les conditions d'application de la théorie de l'imprévision, ainsi que l'exigence accrue de prise en compte des enjeux du développement durable, les pratiques des acheteurs et des entreprises ont été amenées à évoluer.

La nouvelle version de ce guide, à l'élaboration de laquelle les acteurs de la commande publique (associations d'élus, référents commande publique de nombreux services publics, ainsi que fédérations professionnelles) ont été étroitement associés dans le cadre de l'OECP, prend donc en compte ces évolutions.

Ce guide, s'il a pour principal objet de répondre aux problématiques quotidiennes des acheteurs dans la passation et l'exécution de leurs marchés publics, vise aussi à répondre à des situations de crise.

1. LE PRIX : NOTION ET PRINCIPES

1.1. DEFINITION DU PRIX

1.1.1. CONTENU DU PRIX

Le prix est la valeur, exprimée en termes monétaires, attribuée à une prestation (ci-après prestation incluant fournitures, travaux et services) pour un ouvrage, un produit ou un service.

Un marché public (ci-après marché) étant conclu à titre onéreux, les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

Celui-ci correspond généralement au versement d'une somme d'argent par l'acheteur au titulaire en contrepartie des prestations qu'il exécute, même s'il existe quelques exceptions.

Le code de la commande publique (ci-après, le code) ne définit pas la notion de prix puisqu'elle est celle du langage courant et du droit commun, mais il lui consacre notamment ses articles [L. 1111-1](#), [L. 2112-6](#), [R. 2112-5](#) à [R. 2112-18](#) et [R. 2312-6](#) à [R. 2312-14](#).

Que disent les CCAG ?

Les six cahiers des clauses administratives générales¹ (ci-après CCAG), qui déterminent les règles générales applicables à une catégorie de contrats, complètent ces dispositions pour les marchés publics qui y font référence, en proposant une détermination du prix par défaut. L'utilisation d'un CCAG permet, par conséquent, à l'acheteur et au titulaire, de connaître la nature de l'engagement sur le prix.

L'acheteur peut se contenter de faire référence au CCAG le mieux adapté à son domaine d'achat, mais des précisions doivent être apportées dans les documents particuliers, propres à chaque marché. Il doit indiquer si le prix est ferme et le cas échéant actualisable ou s'il est révisable ainsi que les modalités selon lesquelles la variation s'effectuera notamment pour la révision, sa périodicité et les références retenues pour l'effectuer. La rédaction du contrat sera déterminante pour fixer les composantes du prix.

Si l'acheteur ne fait pas référence à un CCAG ou s'il y fait référence mais y déroge sur le contenu du prix, le CCAP doit impérativement déterminer les modalités contractuelles de détermination du prix.

Les éventuelles dérogations doivent être dûment justifiées par les spécificités du marché. En effet, la multiplication d'adaptations qui ne seraient pas liées aux contraintes particulières de l'exécution du marché risque de rompre l'équilibre institué par les CCAG et pourrait ainsi affecter la bonne exécution des prestations, mais également limiter l'accès de certains opérateurs économiques au marché, comme les TPE/PME².

¹ Ce guide fait référence par défaut aux CCAG entrés en vigueur le 1^{er} avril 2021

² La définition communautaire de la PME se trouve dans l'annexe I du règlement CE 800/2008 du 6 août 2008. Cette définition est reprise par le décret d'application (n° 2008-1354) de l'article 51 de la [loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie](#).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la [fiche thématique de la DAJ dédiée aux dérogations](#) ainsi que celle relative à la « [Publication du guide d'utilisation des CCAG](#) ».

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

« Les prix sont réputés comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux et prestations, y compris les frais généraux, impôts et taxes, et assurer au titulaire une marge pour risques et bénéfice » **CCAG Travaux** (article 9.1.1).

« Les prix sont réputés comprendre toutes les charges fiscales ou autres, frappant obligatoirement les prestations, les frais afférents à l'assurance ainsi que toutes les autres dépenses nécessaires à l'exécution des prestations, les marges pour risque et les marges bénéficiaires » **CCAG Maîtrise d'œuvre** (article 10.1.3).

« 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 [aux moyens mis à disposition du titulaire]³, ainsi que toutes les autres dépenses nécessaires à l'exécution des prestations, les marges pour risque et les marges bénéficiaires » **CCAG Fournitures courantes et services** (article 10.1.3), **Marchés publics industriels** (article 11.1.3), **Techniques de l'information et de la communication** (article 10.1.3) et **Prestations intellectuelles** (article 10.1.3).

1.1.2. DIFFÉRENCE ENTRE PRIX DE LA PRESTATION ET COÛT 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 les documents de la consultation ou jugés nécessaires par le candidat pour la réalisation de la prestation), les charges indirectes (approvisionnement, stockage, impôts, frais de gestion, frais généraux...) et les aléas liés à l'exécution du marché.

Une clause de rendez-vous est prévue dans les CCAG en cas de modification imprévisible de la législation ou de la réglementation applicables en cours d'exécution du marché ayant un impact sur les coûts.

Par exemple, l'article 9.1.1 du CCAG Travaux prévoit qu'« en cas de modification imprévisible de la législation ou réglementation applicables en cours d'exécution du marché ayant un impact sur les coûts, les parties conviennent de se rencontrer pour évaluer l'impact financier de cette modification et le cas échéant formaliser par voie d'avenant la modification rendue nécessaire ».

³ Article 18.2 du CCAG-FCS, article 19.4 du CCAG-MI, article 18.1.2 du CCAG-TIC et article 17.4 du CCAG-PI.

1.1.3. DIFFÉRENCE ENTRE PRIX INITIAL ET PRIX DE RÈGLEMENT

Le **prix initial** (appelé également prix de base dans certaines clauses 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.

Le marché doit soit indiquer le prix, soit contenir 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 seront appliquées les éventuelles clauses de variation 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 la mise en œuvre des clauses d'actualisation ou de révision des prix.

Le prix de règlement ainsi que le prix initial comprennent la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Un prix ne mentionnant pas expressément la TVA doit être réputé l'inclure. La TVA n'est pas 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 convenu⁴. Aussi, il est recommandé afin d'éviter toute ambiguïté que l'offre fasse apparaître le prix HT et TTC car il peut ne pas y avoir de TVA, mais des taxes spécifiques comme pour les marchés d'assurance par exemple.

1.1.4. LES DIFFÉRENTS MONTANTS DU MARCHÉ

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

Le **montant initial du marché** n'est égal au prix que dans le seul cas d'un marché où soit un prix forfaitaire unique est donné pour l'ensemble des prestations du marché, soit un prix unitaire unique est donné pour une quantité ferme à livrer, à la condition que ce prix soit ferme et non actualisable.

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

Le **montant prévisionnel ou évaluatif** permet à l'acheteur de réserver l'enveloppe budgétaire et de déterminer le type de procédure de passation du marché et son niveau de publicité.

⁴ [CE, 30 novembre 1990, SA Groupe immobilier Lenchener, n° 73449](#) (Rec. CE 1990, tables, p. 864). En l'absence d'indication expresse, la TVA est incluse dans le prix proposé.

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 l'acheteur. Tel est le cas par exemple de la TVA ⁵ ou de la contribution sur les activités privées de sécurité⁶.

L'éventuelle augmentation d'une telle taxe ou la création d'une taxe dont la loi rend le consommateur final redevable sera mise à la charge de l'acheteur. La règle fiscale a un caractère d'ordre public et s'impose donc à l'ordonnateur comme au comptable public qui devront payer le montant TTC du marché réévalué en conséquence.

Cependant, certaines taxes ou impositions pèsent intégralement sur le titulaire. Tel est, par exemple, le cas de la taxe sur les déchets⁷ ou de l'éco-contribution sur les imprimés papiers⁸.

La survenance d'une nouvelle filière REP (Responsabilité Elargie du Producteur) avec une nouvelle écocontribution peut-elle modifier les prix d'un marché en cours d'exécution ?

L'entrée en vigueur d'une nouvelle REP avec une nouvelle écocontribution a une incidence sur les prix des marchés en cours d'exécution qui peuvent être révisés.

Il existe deux catégories d'écocontributions :

1. Celles que le législateur a mis pour sa bonne information à la charge du « consommateur final », et donc de l'acheteur, et qui doit faire l'objet d'une information spécifique dans l'offre de prix pour clarifier le régime juridique applicable.

Dans cette première catégorie intégrant les filières REP des déchets d'équipements électriques et électroniques destinés aux ménages (DEEE ménagers) d'une part, et des éléments d'ameublements (jusqu'au 1^{er} janvier 2026) d'autre part, il existe des dispositions législatives spécifiques quant à l'écocontribution, dite "visible fee" ou contribution visible. En effet, le coût unitaire supporté pour la gestion des déchets de ces deux filières doit ainsi être indiqué sur la facture en sus du prix unitaire hors taxes du produit jusqu'au consommateur final sans réfaction possible.

Ces écocontributions constituent donc une charge obligatoire qui est répercutée purement et simplement dans le prix du marché. Les parties au contrat ne peuvent que prendre acte de la mise en place de cette REP. Si un avenant/modification est généralement conclu à cet effet, il n'est pas obligatoire.

⁵ [Article 256 du code général des impôts.](#)

⁶ [Article 1609 quinquies du code général des impôts](#) : « le montant de la contribution, s'ajoute au prix acquitté par le client ».

⁷ [Article L.2333-92 du code général des collectivités territoriales](#) : « La taxe est due par l'exploitant de l'installation au 1^{er} janvier de l'année d'imposition ».

⁸ [Article L.541-10-1 du code de l'environnement](#) : « 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, ménages et assimilés ainsi produits ».

2. Celles, la plupart d'entre elles, qui constituent un élément du coût de revient du produit (c'est-à-dire intégrées dans le prix).

Dans cette deuxième catégorie, les écocontributions des filières REP sont, quant à elles, intégrées dans le prix unitaire hors taxe du produit. L'entreprise n'a donc pas à rendre visible l'écocontribution dont elle est redevable auprès de son éco-organisme lorsqu'elle remet son offre de prix lors d'une consultation.

A la survenance d'une telle écocontribution en cours d'exécution d'un marché, les opérateurs économiques et les acheteurs publics concernés peuvent se rapprocher pour conclure un avenant modifiant les prix du marché afin de tenir compte de la survenance de cette nouvelle écocontribution, dans les conditions rappelées au point 1.3.1 du présent Guide (p. 17 et suivantes).

Il est important de noter que la filière REP PMCB (Produits et matériaux de construction du bâtiment), dite REP Bâtiment, ou encore la REP Emballage de la restauration sont dans cette catégorie. Pour consulter toutes les filières concernées : [lien](#).

1.2. CARACTÉRISTIQUES DU PRIX

1.2.1. LE PRIX DU MARCHÉ EST DÉTERMINÉ OU DÉTERMINABLE

[L'article L2112-6 du code](#) précise que : « *le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définis par le marché dans les conditions prévues par voie réglementaire* ».

Le prix doit être soit déterminé, soit déterminable.

Le prix ou les conditions précises de sa détermination doivent figurer dans le contrat, sous peine de nullité (il peut être calculé précisément par l'application des clauses contractuelles).

Dans certains types de prestations de services, les modalités de rémunération du titulaire peuvent être fondées uniquement sur un pourcentage du résultat obtenu par celui-ci. Un tel prix n'est pas déterminé, mais il est déterminable si le pourcentage est connu.

Pour les conventions de recherche d'économies, un prix en pourcentage des économies susceptibles d'être obtenues n'est pas un prix déterminé, mais il est déterminable si le pourcentage est connu. Pour ces prestations de services, le prestataire doit être rémunéré pour la seule réalisation de l'audit et l'acheteur peut bénéficier de la totalité des économies obtenues en application de cet audit lorsque cela est expressément prévu par le contrat.

1.2.2. LE PRIX INITIAL DU MARCHÉ EST EN PRINCIPE DÉFINITIF MAIS PEUT ÊTRE PROVISOIRE DANS CERTAINS CAS PARTICULIERS

Les marchés publics sont généralement⁹ conclus à prix initial définitif, mais certains d'entre eux peuvent par nature être conclus sur la base d'un prix provisoire. Le prix ne deviendra définitif qu'au cours de l'exécution du marché, par la voie d'un avenant, lorsque les

⁹ Les EPIC de l'Etat et les personnes morales de droit privé (entreprises ou associations) soumises au code de la commande publique sont libres de conclure des marchés à prix initiaux définitifs et provisoires.

paramètres précis de détermination du prix définitif et de ses éventuelles conditions de variation seront connus.

Pour l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, le recours aux prix provisoires n'est possible que dans les hypothèses exceptionnelles mentionnées aux articles [R. 2112-17](#), [R. 2112-18](#), [R. 2312-13](#) et [R. 2312-14](#) du code :

- lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse (ou résultant d'une situation d'urgence de crise pour les seuls marchés de défense ou de sécurité), 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 (articles [R. 2112-17 1°](#) et [R. 2312-13 1](#) du code) ;
- 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 (articles [R. 2112-17 2](#) et [R. 2312-13 2](#) du code) ;
- 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 [R. 2112-17 3](#) et [R. 2312-13 3](#) du code) ;
- 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, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs (articles [R. 2112-17 4](#) et [R. 2312-13 4](#) du code) ;
- lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché à prix définitif (articles [R. 2112-17 5](#) et [R. 2312-13 5](#) du code) ;
- pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article [L. 2412-1](#) du code, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément aux dispositions du titre III du livre IV du code relatif à la maîtrise d'œuvre privée (article [R. 2112-18](#) et [R. 2312-14](#) du code) ;
- lorsque, dans le cas d'un marché de défense ou de sécurité, les résultats de la mise en concurrence d'une partie du marché que le titulaire a prévu de confier à un sous-contractant ne sont pas encore connus au moment de la conclusion du marché (article [R. 2312-13 6](#) du code).

L'impossibilité de fixer le prix du marché doit résulter de la nature spécifique de l'objet du marché ou des aléas qui sont susceptibles d'affecter sa réalisation. Pour des services, il peut s'agir d'études dont les résultats, imprévisibles, conditionnent les suites ainsi que la poursuite de la prestation, et qui n'entrent ni dans le champ classique des marchés à phases tels que prévus par le CCAG PI ni dans celui des marchés à tranches.

Conformément aux articles [R. 2112-16](#) et [R. 2312-14](#) du code, les clauses des marchés conclus à prix provisoires précisent :

- les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé ;
- l'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé ;
- les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;

- les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

Le recours à des prix provisoires est exceptionnel.

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 objectives dans lesquelles il pourra être amené à déterminer le prix définitif. 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 capable de maîtriser la situation.

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 acheteurs, qui souhaitent passer 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.

1.2.2.1. Prix provisoires dans les marchés autres que de défense et de sécurité

Prix provisoires dans les marchés de maîtrise d'œuvre

Les marchés à prix provisoires les plus couramment utilisés sont les marchés de maîtrise d'œuvre de l'ex-loi MOP (désormais codifiée au livre IV du code hormis son article 1^{er}), 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 (article [R. 2432-6](#) du code).

Dans le cadre des opérations soumises au livre IV de la deuxième partie du code, et à l'exception des missions commandées par les organismes HLM et les SEM (sociétés d'économies mixtes) immobilières, les modalités de rémunération du maître d'œuvre sont encadrées notamment par les articles [L. 2432-1](#), [L. 2432-2](#) et [R. 2432-1 à R. 2432-7](#) du code.

Lorsque le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du marché, celui-ci est d'abord conclu à prix provisoire sur la base de la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître d'ouvrage (article [R. 2432-7](#) du code). Le forfait de la rémunération du maître d'œuvre est ensuite ajusté par voie d'avenant, dès que le coût prévisionnel des travaux est connu.

L'article [R. 2432-6](#) du code prévoit que « *la rémunération forfaitaire du maître d'œuvre décomposée par éléments de mission tient compte des éléments suivants :*

1° L'étendue de la mission, appréciée notamment au regard du nombre et du volume des prestations demandées, de l'ampleur des moyens à mettre en œuvre, de l'éventuel allotissement des marchés publics de travaux, des délais impartis et, lorsqu'ils sont souscrits, des engagements pris par le maître d'œuvre de respecter le coût prévisionnel des travaux ;

2° Le degré de complexité de cette mission, apprécié notamment au regard du type et de la technicité de l'ouvrage, de son insertion dans l'environnement, des exigences et contraintes du programme ;

3° Le coût prévisionnel des travaux basé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux établie par le maître d'œuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive des travaux, établie lors des études d'avant-projet définitif ».

L'article 10.2.1 du CCAG-MOE précise que : « Lorsque le marché est passé à prix provisoires, les modalités de fixation des prix de règlement et du montant de la rémunération définitive du maître d'œuvre sont définies dans les documents particuliers du marché » avec le commentaire suivant : « Pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article [L. 2412-1](#) du code, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément aux dispositions du titre III du livre IV de la deuxième partie de ce même code. Dans ce cadre, le passage à la rémunération définitive s'opère par une clause de réexamen en application de l'article [R. 2194-1](#) du code. »

Il ne peut pas être dérogé à cette clause dans la mesure où elle est une traduction contractuelle d'obligations issues du code.¹⁰

Le marché de maîtrise d'œuvre doit prévoir les modalités de fixation de ce coût prévisionnel des travaux assorti d'un seuil de tolérance, sur lequel s'engage le maître d'œuvre, ainsi que les conséquences des engagements souscrits :

- reprise des études sans rémunération complémentaire si la consultation des opérateurs économiques ne permet pas de rentrer dans le coût prévisionnel des travaux ([article R. 2432-3](#)) ;
- réduction de la rémunération du maître d'œuvre si le coût final à l'issue du chantier excède le montant arrêté lors de la signature du marché de travaux ([article R. 2432-4](#)).

Une clause contractuelle prévoyant l'application d'une pénalité liée au dépassement du seuil de tolérance en phase d'assistance pour la passation des contrats de travaux dite « ACT »¹¹, qui constitue une mesure coercitive, ne peut être regardée comme une clause d'incitation à de meilleurs résultats¹².

Enfin, des précisions sur le paiement du solde lors du décompte général et définitif sont apportées à l'article 11.8 du CCAG-MOE.

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre soumis au livre IV de la deuxième partie du code, l'article [R. 2432-7](#) prévoit que le marché est conclu à prix provisoire si le coût prévisionnel des travaux n'est pas connu au moment de la passation du marché de maîtrise d'œuvre et que les documents de la consultation doivent prévoir une clause de réexamen, au sens de l'[article R. 2194-1](#), afin de définir précisément les modalités de passage du prix provisoire au prix définitif.

¹⁰ Fiche technique de la DAJ intitulée : [Les prix dans le CCAG-MOE](#)

¹¹ Phase ayant pour objet d'assister l'acheteur lors de la mise en concurrence pour le choix de l'opérateur économique qui assurera la réalisation des travaux.

¹² [CAA Lyon, 26 avril 2018, Ville de Lyon, n°16LY00136](#).

Aux termes de [l'article R. 2194-1](#), cette clause doit *indiquer « le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. »*

Le montant du prix définitif doit également être fixé conformément aux [articles R. 2432-2 à R. 2432-5](#) du code relatifs aux engagements du maître d'œuvre.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche technique de la DAJ intitulée « Engagements du maître d'œuvre et modalités de contrôle »](#).

Les documents de la consultation devront venir compléter l'article 10.2.1 du CCAG pour se conformer aux obligations de [l'article R. 2112-16](#) du code.

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre non soumis au livre IV de la deuxième partie du code, lorsque le marché est conclu à prix provisoire, l'article [R. 2112-16](#) du code prévoit que les clauses du marché précisent :

« 1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé ;

2° L'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé ;

3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;

4° 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 aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche technique de la DAJ intitulée « [Les prix dans le CCAG-MOE](#) ».

Prix provisoires 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 13 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 13 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).

Cas d'ordres de service prescrivant des prestations supplémentaires ou modificatives

[La loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises](#) (loi « PACTE ») a introduit un [article L. 2194-3](#) dans le code, réaffirmant l'interdiction des ordres de service à zéro euro pour les demandes de réalisation de travaux complémentaires qui ne résultent pas d'une obligation contractuelle couverte par le prix convenu. Dès lors qu'elles ont une incidence financière, les prestations supplémentaires ou modificatives non incluses dans le marché initial indispensables au bon achèvement de l'ouvrage et ayant une incidence sur les coûts supportés par le titulaire, ces prestations doivent faire l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération.

Les CCAG reprennent contractuellement ce principe en l'étendant à tous les types de marchés (articles 23 CCAG-PI, 25 CCAG-TIC, 13 CCAG-Travaux, 14 CCAG-MOE, 23 CCAG-FCS et 23 CCAG-MI).

En l'absence de valorisation financière d'un ordre de service prescrivant des prestations supplémentaires ou modificatives, le titulaire peut refuser d'exécuter l'ordre de service concerné. Cependant, si les ordres de service sans valorisation financière sont interdits lorsqu'ils prescrivent des travaux supplémentaires ou modificatifs, ils peuvent être émis pour certains travaux de reprise.

Pour une mise en œuvre efficace de ce principe, l'ensemble des CCAG prévoient désormais, sur le modèle du CCAG-Travaux, que les prestations supplémentaires ou modificatives ayant une incidence financière sont demandées par l'acheteur au moyen d'un ordre de service mentionnant provisoirement les prix nouveaux retenus, après consultation du titulaire.

Ces prix provisoires décidés par l'acheteur sont alors utilisés pour le règlement des acomptes dans l'attente de la fixation des prix définitifs.

Pour la détermination des prix nouveaux retenus pour le règlement des travaux supplémentaires ou modificatifs (article 13.4 du CCAG-Travaux), une validation préalable du maître d'ouvrage est exigée pour les ordres de service émis par le maître d'œuvre entraînant une modification du marché en termes de délai d'exécution, de durée ou de montant (article 3.8.1 alinéa 2 du CCAG-Travaux). La justification de cette validation est jointe à l'ordre de service notifié par le maître d'œuvre. A défaut, le titulaire n'est pas tenu de l'exécuter.

Cas de la modification sur la provenance des matériaux

Il peut également y avoir des prix provisoires dans les marchés de travaux puisque, 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 (article 21.2 du CCAG-Travaux). 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 13 du CCAG-Travaux, le maître d'œuvre notifiant par ordre de service les prix provisoires dans les quinze jours qui suivent l'autorisation donnée.

1.2.2.2. Prix provisoires dans les marchés de défense ou de sécurité

Six cas exceptionnels permettent de fixer des prix provisoires dans des marchés de défense ou de sécurité ([article R. 2312-13 du code](#)). Ils sont rappelés ici pour mémoire :

- 1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse ou résultant d'une situation d'urgence de crise, 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 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 l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché à prix définitif ;

6° Lorsque les résultats de la mise en concurrence d'une partie du marché que le titulaire a prévu de confier à un sous-contractant ne sont pas encore connus au moment de la conclusion du marché.

En outre, en vertu de [l'article R. 2312-14](#) du code, qui renvoie à [l'article R. 2112-18](#), pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article [L. 2412-1](#), les marchés de maîtrise d'œuvre de défense ou de sécurité sont passés à prix provisoires conformément aux dispositions du titre III du livre IV du code relatif à la maîtrise d'œuvre privée.

1.3 LE PRIX DÉFINITIF CONTRACTUALISÉ ET, LE CAS ÉCHEANT, SES CLAUSES DE RÉVISION NE PEUVENT, EN PRINCIPE, ÊTRE MODIFIÉS

Le prix initial indiqué dans le marché et sur la base duquel il est conclu, ne peut plus, en principe, être modifié en cours d'exécution. La forme du prix adoptée par le marché et le régime des prix (éventuelles formules de variation de prix prévues par le contrat) jouent en effet un rôle déterminant dans l'établissement des offres et dans la concurrence entre opérateurs économiques. Ils doivent donc être connus des candidats potentiels, dès la mise en concurrence.

Cependant, ce principe n'est pas absolu et connaît des exceptions prévues par le code.

Peut-on modifier la forme et les modalités de modifications du prix ?

Si une modification du prix ou de ses modalités d'évolution constituent une modification substantielle du contrat dès lors qu'elle modifie les conditions de la mise en concurrence initiale, une telle modification est possible dans les hypothèses et dans les conditions prévues par le code (clause de réexamen, circonstances imprévisibles, modifications de faible montant...), ainsi que dans le respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

Par ailleurs, une formule de variation des prix peut être modifiée par avenant lorsqu'une **erreur matérielle évidente**, telle que les parties ne peuvent s'en prévaloir de bonne foi, rend inapplicable cette formule. Même si le Conseil d'État accueille de façon très restrictive les

demandes tendant à la rectification du prix¹³, lorsque la modification d'un prix est évidente et s'impose sans discussion, il l'a admis par exemple pour :

- un prix de 22€ au lieu de 220€ figurant dans une offre¹⁴ ;
- un prix indiqué TTC sur la fiche individuelle de prix alors qu'il ne prenait pas en compte la TVA en réalité¹⁵ ;
- une erreur grossière d'estimation de la part du maître d'œuvre dans le dossier de consultation¹⁶ ;
- un prix de démolition dans un bordereau de prix unitaires différent de celui figurant dans autres documents du marché¹⁷ ;
- une formule prévoyant une partie fixe de 10 % et omettant le coefficient 0,9 devant la part variable (somme des coefficients différente de 1) peut être modifiée en cours d'exécution pour introduire ce coefficient¹⁸.

L'erreur matérielle évidente peut également être reconnue lorsque les valeurs pour calculer le coefficient sont inversées, donnant lieu à une révision négative (alors qu'en réalité celle-ci est positive).

En revanche, le Conseil d'Etat a rejeté le cas d'un candidat qui propose de nouveaux coûts en modifiant ainsi le montant de son offre sans procéder uniquement à la rectification d'une erreur purement matérielle, car celui-ci méconnaissait le principe d'intangibilité de l'offre¹⁹. (Cf. Chapitre 5 « Cas où un (ou plusieurs) des prix proposés dans l'offre comporte(nt) une erreur »)

1.3.1 POSSIBILITÉS DE MODIFICATION DU PRIX OU DES CLAUSES FINANCIÈRES PENDANT L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

1 – Les modifications peuvent être :

- soit synallagmatiques et obligées réciproquement les parties l'une envers l'autre. Si le code ne fait pas référence à la notion d'« avenant », les parties à un marché seront généralement incitées à en conclure un afin de matérialiser leur engagement à

¹³ [CE, 26 novembre 1975, Société Entreprise Py, n° 93297](#) « Si le caractère définitif des prix stipulés à un marché s'oppose en principe à toute modification ultérieure par l'une des parties, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit d'une **erreur purement matérielle et d'une nature telle qu'il est impossible à l'autre partie de s'en prévaloir de bonne foi.** »

¹⁴ [CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149](#) « la société a alors indiqué en réponse que ce prix était de 220 euros et non de 22 euros, après l'ajout de la ligne tarifaire omise ; qu'elle a ainsi, comme elle l'indiquait dans sa réponse au département, procédé à la **rectification d'une erreur purement matérielle**, laquelle était d'une nature telle que nul, notamment pas le département, n'aurait pu ensuite s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où l'offre du groupement dont la société était le mandataire aurait été retenue ; que cette rectification pouvait ainsi intervenir sans méconnaître, en l'espèce, le principe interdisant de modifier l'offre »

¹⁵ [CAA Nancy, 30 avril 1992, Société TIBE c/ OPAC de Meurthe et Moselle n° 90NC00357](#) « **l'erreur matérielle ainsi commise était flagrante et ne pouvait être ignorée** »

¹⁶ [CE 18 mai 1989, Société Fougerolle France, n° 81896](#) « le devis quantitatif établi en l'espèce par le maître d'œuvre, lequel était chargé d'une mission complète d'ingénierie, était **entaché d'une grossière sous-estimation** de la plupart des catégories d'ouvrages »

¹⁷ [CAA Marseille, 18 mai 2015, Société Gregori Provence n° 13MA01355](#) « l'indication dans le bordereau de prix unitaires du prix de 2 500 euros le m³ pour la démolition d'ouvrages de maçonnerie est **imputable à une erreur purement matérielle** »

¹⁸ L'erreur est assez flagrante pour que l'intention des parties ne soit pas mal interprétée ([Rép. min. n° 49419 : JOAN Q, 1^{er} avril 2014, p. 3034](#)).

¹⁹ [CE, 16 janv. 2012, n° 353629](#)

procéder aux modifications envisagées en cours d'exécution, sauf dans le cas où celles-ci auraient été prévues dans le contrat initial notamment à travers de clauses de réexamen ;

- soit unilatérales lorsque le marché est passé par une personne morale de droit public ou est un contrat administratif. L'administration a toujours pour les contrats administratifs la possibilité d'user de son pouvoir de modification unilatérale. Cette faculté, dégagée par la jurisprudence²⁰, a été codifiée à [l'article L. 2194-2 du code](#), lequel prévoit que lorsque l'administration procède à une telle modification **le titulaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat**²¹.

Ce pouvoir, détenu par l'acheteur même sans stipulation contractuelle et qu'il ne peut exercer qu'en cas de motif d'intérêt général, ne peut toutefois modifier substantiellement le contrat initial (article [L. 6 4°](#) du code). Ces limites ont été fixées afin d'assurer le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats qui interdisent, notamment, la remise en cause des conditions de mise en concurrence initiale.

2- La modification du contrat en cours d'exécution, qu'elle soit apportée par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, n'est qu'une faculté pour les parties²².

En effet, sauf stipulation contractuelle en ce sens, **il n'existe pas de droit pour le titulaire à la modification du contrat**, même si les conditions autorisant une modification sont remplies, a fortiori pour maintenir ou rétablir l'équilibre économique initial du contrat²³.

L'acheteur doit donner son accord pour toute modification contractuelle en cours d'exécution du marché.

Selon les dispositions des articles [L. 2194-1](#) et [L. 2394-1](#) du code, l'acheteur **peut**, en cours d'exécution, régulièrement modifier son marché initial sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché. Cette condition n'affecte pas le prix ; et n'est donc pas traitée dans ce guide ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faibles montants.

²⁰ [CE, Sect., 11 mars 1910, Cie générale française des tramways, n° 16178](#) ; [CE, 2 février 1983, Union des transports publics, n° 34027](#).

²¹ [Article L. 6, 4°](#) du code : « L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat »

²² Point 18 de l'avis du Conseil d'État en date du 15 septembre 2022 relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

²³ Sauf dans l'hypothèse d'un contrat administratif dans lequel l'autorité contractante a unilatéralement imposé une modification affectant substantiellement l'équilibre économique du contrat au détriment du titulaire ([Article L. 6, 4°](#) du code).

Ces modifications, quel que soit leur fondement, qui peuvent avoir une incidence sur le prix doivent intervenir dans le respect des conditions précisées aux articles [R. 2194-1](#) à [R. 2194-9](#) du code, auxquels l'article [R. 2394-1](#) renvoie intégralement pour les marchés de défense ou de sécurité, mais ne sauraient, en tout état de cause, « changer la nature globale du contrat » (article [L. 2194-1](#) du code) quand bien même elle serait inférieure aux seuils de [l'article R. 2194-8 du code](#).

Cette disposition interdit toute modification d'une certaine ampleur qui changerait l'objet du marché, étendrait substantiellement le périmètre géographique ou technique des prestations prévues au marché, changerait profondément les modalités d'exécution des prestations ou le niveau de qualité attendu, prolongerait de manière disproportionnée la durée d'exécution du contrat, bouleverserait les modalités initiales d'application des sanctions contractuelles ou bien modifieraient la nature même du contrat.

1.3.1.1 Lorsque les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen

En vertu de [l'article R. 2194-1](#) du code, « le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. »

Les modifications d'un marché, quels que soient leurs montants, sont dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'elles ont été prévues dans le contrat initial sous la forme de clauses de réexamen.

L'acheteur doit informer les candidats dans les documents de la consultation de la faculté du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution du contrat.

L'acheteur pourrait ainsi prévoir une éventuelle modification de la clause de variation de prix en cas de survenance de certains événements qui pourraient altérer, en cours d'exécution, l'équilibre financier du marché. Les conditions de la mise en œuvre de la clause et les modalités de modification du prix doivent néanmoins être précisées dans le contrat initial car elles constituent des éléments susceptibles d'influer sur les offres des candidats et par conséquent sur les conditions initiales de mise en concurrence.

La liberté laissée à l'acheteur dans le choix du caractère impératif ou non du déclenchement d'une clause de réexamen vaut pour les modalités concrètes d'application de cette clause.

Deux hypothèses peuvent être distinguées :

- la clause de réexamen est rédigée de telle manière que la survenance d'un événement précis entraîne une modification dont la teneur a été prévue dans le contrat initial. Tel est en général le cas pour une clause de révision des prix dont la formule de révision est déterminée par le contrat initial. Dans un tel cas, l'acheteur peut mettre en œuvre la clause de réexamen de façon unilatérale puisque l'étendue de la modification a été acceptée par le titulaire lors de la signature du contrat. Cette décision unilatérale peut être matérialisée par l'envoi d'un courrier. **Une telle solution, qui présente l'avantage de la prévisibilité pour les parties, doit être privilégiée ;**
- la clause de réexamen est rédigée de telle manière qu'elle s'apparente à une « **clause de rendez-vous** ». Ainsi, il est seulement prévu que la survenance d'un événement

précis conduira les parties à renégocier les termes du contrat, dans certaines limites prédéterminées par le contrat.

Dans ce cas de figure, l'acheteur doit prévoir dans le contrat initial les modalités de mise en œuvre de cette négociation. Si les parties s'accordent sur la modification du marché, il sera nécessaire de matérialiser cet accord de volonté dans un avenant. Par ailleurs, le contrat devra prévoir les conséquences sur sa poursuite en cas d'un éventuel désaccord persistant entre les parties.

Une telle option est adaptée lorsque la teneur des modifications ne peut être initialement prévue par exemple en cas de changement des références figurant au bordereau des prix unitaires (BPU). En effet, dans un tel cas, s'il est possible de déterminer, dès la conclusion du contrat, les événements pouvant nécessiter un changement de référence, il est, en revanche, plus délicat de se prononcer sur les nouvelles références applicables avant que cette situation survienne (cas des fournitures informatiques, notamment).

Il convient enfin de bien distinguer la clause de réexamen et le dispositif de détermination du prix définitif dans le cadre des marchés conclus à prix provisoire hors cas de la rémunération du maître d'œuvre en application des articles [R. 2112-15 à R. 2112-18](#) du code pour les marchés de droit commun et [R. 2312-13 à R. 2312-14](#) pour les marchés de défense ou de sécurité.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche technique de la DAJ intitulée « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) »

1.3.1.2. Lorsque des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et qu'un changement de titulaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques

En application des articles [R. 2194-2 à R. 2194-4](#) du code, l'acheteur peut inclure, dans un marché existant, des travaux, services ou fournitures supplémentaires, qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre du contrat.

Selon [l'article R. 2194-3](#) du code, lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, les modifications effectuées ne doivent pas entraîner une augmentation du montant du contrat supérieure à 50 % du montant initial. Si plusieurs modifications successives sont réalisées, cette limite s'applique à chaque modification.

Pour le calcul de ce montant, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix (article [R. 2194-4](#) du code). Ainsi, lorsque l'application de la clause de variation des prix a conduit à une augmentation du montant du marché initial de 4%, la valeur de la modification est calculée à partir du prix intégrant cette variation²⁴.

²⁴ [QE n° 21408, JO Sénat Q 16 juin 2016, p. 2692.](#)

De façon générale, les prestations supplémentaires ou modificatives commandées par ordre de service doivent faire l'objet d'une **juste rémunération du titulaire**²⁵, et ce dès leur début d'exécution.

[La loi n°2019-468 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises](#) dite loi « PACTE » a introduit dans le code l'[article L. 2194-3](#) qui précise notamment que « *les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire.* »

Que disent les CCAG ?

Le montant contractuel des travaux est le montant des travaux résultant des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié par les avenants intervenus et qui peut être modifié pour tenir compte des droits à supplément de prix ou à indemnité au titre de travaux supplémentaires (article 14.1 du CCAG-Travaux).

Les articles [R. 2194-2 à R. 2194-4 du code](#) sont complétés par l'article 14 du CCAG-Travaux relatif à l'augmentation du montant des travaux pour tous les marchés qui y font référence et n'y dérogent pas sur ce point.

Les prestations supplémentaires ou modificatives, notifiées au titulaire par ordre de service, visées à l'article 13 du CCAG-Travaux sont les prestations pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix. Ce dispositif permet de rémunérer le titulaire sur la base de prix provisoires, en attendant que soient fixés les prix nouveaux définitifs, tacitement ou par avenant.

Trente jours au moins avant que le montant des travaux exécutés atteigne le montant contractuel, le titulaire doit prévenir le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre. A défaut, il est tenu d'arrêter les travaux à la date où le montant des travaux exécutés atteint le montant contractuel car les travaux exécutés au-delà de ce montant ne peuvent être payés. 10 jours au moins avant cette date probable, le maître d'œuvre notifie au titulaire la décision d'arrêter les travaux prise par le maître d'ouvrage. Sinon, le titulaire poursuit les travaux à la date où le montant des travaux exécutés atteint le montant contractuel dans la limite des plafonds fixés à l'article 14.3. Les travaux exécutés au-delà de ces plafonds ne sont pas payés.

Le titulaire a droit d'être indemnisé du préjudice subi du fait de l'augmentation du montant des travaux si, par rapport au montant contractuel, elle est supérieure à :

- à 5 % pour un marché à prix forfaitaires ;
- à 25 % pour un marché sur prix unitaires ;
- à la moyenne des augmentations limites correspondant aux divers modes de rémunération pour un marché dont l'ensemble des prestations est rémunéré suivant une formule mixte.

A cette indemnisation s'ajoute une indemnisation spécifique en cas de changement dans l'importance des diverses natures d'ouvrage, l'article 16 du CCAG-Travaux prévoyant une indemnisation de l'augmentation spécifique en marché de travaux à prix unitaire (sauf accords-cadres à bons de commande).

²⁵ [CE, 17 février 1978, Compagnie française d'entreprises, n°99436.](#)

Pour autant, en cas de d'augmentation du montant des travaux, l'article 14 du CCAG-Travaux prévoit que le titulaire doit réaliser les ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation du montant des travaux par rapport au montant contractuel. Cependant afin de protéger les opérateurs économiques qui ne pourraient supporter une telle augmentation, un refus d'exécuter un ordre de service correspondant à un changement dans les besoins ou les conditions d'utilisation auxquels l'ouvrage doit satisfaire est possible, s'ils établissent que le montant cumulé de ces travaux prescrits par ordre de service depuis la notification du marché ou depuis celle du dernier avenant intervenu, y compris l'ordre de service dont l'exécution est contestée, excède 10% du montant contractuel des travaux (article 14.2.2). Ce refus doit être notifié par écrit au maître d'ouvrage, avec les justifications nécessaires, dans un délai de quinze jours suivant la notification de l'ordre de service prescrivant les travaux.

1.3.1.3. Lors de la survenance de circonstances imprévisibles

1. Sur le fondement de l'article [R. 2194-5](#) du code, des **circonstances imprévisibles**, à savoir « des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir »²⁶, qui ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat²⁷, peuvent justifier la signature d'un avenant afin de modifier le périmètre des prestations ou adapter les conditions d'exécution du marché²⁸.

Il s'agit d'évènements ainsi que leurs conséquences financières qui ne pouvaient pas être raisonnablement prévues par les parties au moment de contracter.

La portée de cet article ne soulève pas de difficultés particulières lorsque la modification envisagée concerne les spécifications techniques et les conditions d'exécution, par exemple lorsqu'elle vise à substituer un produit ou un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher, à modifier les quantités ou le périmètre des prestations à fournir ou à aménager les conditions et délais de réalisation des prestations pour pallier les difficultés provoquées par cette situation.²⁹

Par ailleurs, dans son [avis du 15 septembre 2022](#), le Conseil d'Etat considère qu'une modification d'un contrat de la commande publique peut ne porter que sur les seules clauses financières du marché (dite modification « sèche » du prix ou des tarifs) tel que le prix, les tarifs, les conditions d'évolution des prix ou les autres clauses financières, sans que cette modification soit liée à une modification des caractéristiques et des conditions d'exécution des prestations, lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur

²⁶ Ce sont des « circonstances extérieures » qu'un acheteur, « bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci. » [Considérant 109 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014](#) sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

²⁷ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

²⁸ Point 21 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

²⁹ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

diligent ne pouvait pas prévoir, dans le but de compenser les surcoûts imprévisibles supportés par le titulaire³⁰.

Cette modification « sèche » des clauses financières peut notamment consister à modifier les prix d'un contrat, qu'ils soient forfaitaires ou unitaires, ou modifier les clauses de réexamen et notamment de révision des prix convenues initialement au contrat si leur application ne suffit pas à maintenir l'équilibre économique du contrat, ou intégrer une telle clause si elle n'était pas prévue initialement³¹.

Ces modifications ne sont possibles que si elles sont indispensables pour faire face aux circonstances imprévisibles et doivent permettre la poursuite de l'exécution du contrat.

Les parties ne doivent pas avoir contribué, en tout ou partie, à la survenance de l'évènement ou à l'aggravation de ses conséquences.

Une modification pour circonstances imprévisibles peut être envisagée par les parties sur le fondement de l'article [R. 2194-5](#) du code, alors même qu'elle serait substantielle au sens de l'article [R. 2194-7](#), lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- la modification doit être justifiée par des circonstances imprévisibles dans leur principe ou leur ampleur lors de la passation du marché dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties³² ;
- la modification doit être limitée à ce qui est nécessaire et proportionnée dans son principe, dans son montant et dans sa durée pour faire face aux circonstances imprévisibles³³;
- le montant de chaque modification ne peut excéder 50 % de la valeur du montant du contrat initial pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs³⁴.

Si plusieurs modifications successives qui relèvent de circonstances imprévisibles distinctes sont réalisées, cette limite de 50% a vocation à s'appliquer au montant de chaque modification individuellement.

Lorsqu'elles sont liées à une même circonstance imprévisible, alors elles se cumulent et le respect du seuil de 50% s'apprécie toutes modifications confondues.

Les mêmes circonstances imprévisibles ne peuvent donc donner lieu à plusieurs modifications du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans le but de dépasser ce plafond.

En effet, comme le rappelle [l'article R. 2194-3](#) du code, « *les modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence* ».

Ainsi, il ne serait pas régulier d'envisager une scission artificielle des modifications devenues nécessaires en recourant à plusieurs modifications au lieu d'une seule, afin de contourner cette limite de 50 % du montant initial du contrat.

³⁰ Points 4 à 6 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

³¹ Point 19 [de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

³² Point 9 [de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

³³ Point 20 [de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

³⁴ Points 10, 15 & 20 [de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

Dans ces conditions, chaque circonstance imprévisible, quelles que soient son importance, sa durée et son évolution, ne peut donner lieu à modifications du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence que jusqu'à 50 % du montant initial de celui-ci.

Ainsi, une première modification correspondant à un fait générateur donné pourrait aboutir à une augmentation du montant initial du contrat de 45 %, puis, trois mois plus tard, les circonstances s'améliorant, un nouvel avenant pour le même fait générateur pourrait revoir cette augmentation à la baisse.

Cet avenant impliquerait alors une augmentation du montant initial de seulement 30 %. Les circonstances évoluant de nouveau défavorablement, un troisième avenant pour le même fait générateur pourrait intervenir et impliquer une augmentation cumulée du montant initial de 48 %.

Pour les accords-cadres, le montant maximum initial convenu par les parties dans le contrat doit être regardé comme le montant du contrat initial au sens et pour l'application de l'article [R. 2194-3](#) du code auquel renvoie [l'article R. 2194-5](#).

Pour le calcul de ce montant, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix (cf. renvoi de l'article [R. 2194-5](#) à l'article [R. 2194-4](#) du code).

Que disent les CCAG ?

Les CCAG prévoient que :

- en cas de survenance de circonstances imprévisibles, les parties doivent se rapprocher pour convenir des dispositions à prendre durant la suspension totale ou partielle du marché, pour la reprise des prestations et pour s'accorder sur les modalités de répartition des surcoûts liés aux circonstances imprévisibles (Articles 24 CCAG-PI, 26 CCAG-TIC, 53.3 CCAG-Travaux, 25.2 CCAG-MOE, 24 CCAG-FCS et 24 CCAG-MI) ;
- une clause de réexamen applicable lorsque des circonstances imprévisibles affectent significativement les conditions d'exécution du marché sans pour autant faire obstacle à la poursuite des prestations, afin que les parties examinent les conséquences, notamment financières, de ces circonstances (Articles 25 CCAG-PI, 27 CCAG-TIC, 54 CCAG-Travaux, 26 CCAG-MOE, 25 CCAG-FCS et 25 CCAG-MI).

Le cas échéant, les parties conviennent donc, par avenant, des modalités de prise en charge, totale ou partielle, des surcoûts directement induits par cette circonstance sur la base de justificatifs fournis par le titulaire.

Il est tenu compte, notamment des surcoûts liés aux modifications d'exécution des prestations et des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution du marché.

Le montant de la compensation est négocié entre les parties dans la limite de ce qui est nécessaire pour permettre au titulaire de poursuivre l'exécution du contrat dans le respect de l'égalité de traitement devant les charges publiques, de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics³⁵ et du principe général interdisant aux personnes publiques de consentir des libéralités³⁶.

³⁵ [Article L. 3](#) du code

³⁶ Point 11 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

En revanche, elle ne peut avoir pour effet d'assurer au titulaire la couverture des risques dont il a tenu ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales³⁷.

L'acheteur devra donc vérifier la réalité et la sincérité des justificatifs apportés par le titulaire pour éviter de payer des sommes sans lien avec les circonstances imprévisibles ou dont la réalité ne serait pas objectivement justifiée pour attester de l'existence et de l'étendue des surcoûts supportés.³⁸

Pour évaluer la compensation contractuelle correspondant aux surcoûts anormaux dus aux circonstances imprévisibles, le titulaire peut détailler la structure de ses prix dans une comptabilité analytique.

L'article [R. 2194-10](#) du code impose à l'acheteur qui a procédé à une modification pour circonstances imprévisibles, de publier un avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée.

2. Même si dans le code, il est fait mention « de circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » et non plus la notion de « **sujétions techniques imprévues** » du code des marchés publics de 2006, cette théorie, qui est une construction jurisprudentielle³⁹, fait l'objet d'une contractualisation dans les CCAG comme le CCAG-Travaux, qui s'y réfère de façon indirecte à l'article 9.1.1 :

« 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 et prestations qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux et prestations, que ces sujétions résultent notamment :

- 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. (...)*

En cas de modification imprévisible de la législation ou réglementation applicables en cours d'exécution du marché ayant un impact sur les coûts, les parties conviennent de se rencontrer pour évaluer l'impact financier de cette modification et le cas échéant formaliser par voie d'avenant la modification rendue nécessaire. »

Le CCAG-Travaux s'y réfère également à l'article 14.2.1 « *Sous réserve de l'application des stipulations de l'article 14.4, le titulaire est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation du montant des travaux, par rapport au montant contractuel. Cette augmentation peut résulter de **sujétions techniques imprévues** ou d'insuffisance des quantités prévues dans le marché ou encore de toute cause de dépassement autre que celles qui sont énoncées à l'article 14.2.2. »*

³⁷ Point 9 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

³⁸ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

³⁹ [CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445](#) Les sujétions imprévues sont définies comme des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties.

La [circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique indique qu'il n'y a pas « de difficultés particulières lorsque la modification envisagée concerne les **spécifications techniques** et les conditions d'exécution, par exemple lorsqu'elle vise à substituer un produit ou un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher, à modifier les quantités ou le périmètre des prestations à fournir ou à aménager les conditions et délais de réalisation des prestations pour pallier les difficultés provoquées par cette situation. »

Cette modification doit toutefois se faire dans les conditions prévues par le code.

En outre, la circonstance imprévisible peut, le cas échéant, provoquer un bouleversement temporaire de l'économie du contrat de nature à ouvrir droit, à défaut de modifications du contrat visant à compenser ou résorber ces pertes anormales, à une indemnité d'imprévision pour le titulaire (cf. Théorie de l'imprévision 1.3.2.1).

1.3.1.4. Lorsque les modifications envisagées ne sont pas substantielles

Conformément aux dispositions de [l'article R. 2194-7](#) du code, un marché peut faire l'objet, en cours d'exécution, d'adaptations nécessaires, quel qu'en soit le montant, à condition qu'elles ne soient pas substantielles.

La modification d'un contrat en cours d'exécution doit notamment être considérée comme substantielle et doit par conséquent être qualifiée de nouveau contrat soumis aux règles du droit de la commande publique, lorsque :

- elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (1° de [l'article R. 2194-7](#) du code) ;
- elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du contrat initial (2° de [l'article R. 2194-7](#) du code) ;
- elle modifie considérablement l'objet du contrat (3° de l'article [R. 2194-7](#) du code) ;
- elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article [R. 2194-6](#) du code (4° de l'article [R. 2194-7](#) du code).

La prohibition des modifications substantielles du contrat s'applique quelle que soit la nature de l'acte introduisant des conditions nouvelles sauf en cas de modification entrant dans le champ des [articles R. 2194-1 à R. 2194-6 du code](#).

L'appréciation de la validité des modifications envisagées doit s'effectuer au cas par cas, en fonction des circonstances de fait propres à chaque espèce.

L'acheteur doit procéder à une évaluation quantitative de l'évolution induite ainsi qu'à une analyse de la portée des modifications qu'il introduit dans le contrat initial.

Ainsi, un avenant est susceptible de changer considérablement l'objet du marché, constituant ainsi un nouveau marché qui doit être soumis aux règles de la commande publique, dès lors qu'il introduit des prestations nouvelles ou non prévues dans le marché

d'origine et dissociables des prestations initiales⁴⁰ ou modifie dans une proportion importante la nature des prestations⁴¹.

A l'inverse, une modification limitée de l'objet du contrat ne sera pas nécessairement jugée substantielle, à condition de ne pas modifier la « nature globale » du marché public (Article [L. 2194-1](#) du code) et de n'entrer dans aucune des autres hypothèses de modification substantielle de l'article [R. 2194-7](#) du code.

Une modification sèche des conditions financières du contrat qui respecterait par ailleurs les conditions et limites prévues aux [articles R. 2191-1 et suivants du code](#), ne pourrait être regardée comme changeant la nature globale du contrat que dans deux hypothèses :

- d'une part, lorsqu'elle a pour effet de transformer un contrat de concession en marché public, en faisant disparaître tout risque réel lié à l'exploitation qui pèse sur son titulaire de sorte que le contrat doit être requalifié en marché public⁴² ;
- d'autre part, lorsqu'elle transfère, à l'inverse, au titulaire un risque non prévu dans le contrat initial, de sorte que le contrat doit être requalifié en contrat de concession.

Les modifications qui ne sont « pas substantielles » sont celles, quel que soit leur montant, qui n'introduisent pas des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou le choix d'une offre autre que celle retenue, qui ne modifient pas l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial et qui ne modifient pas non plus considérablement l'objet du marché (article [R. 2194-7](#) du code).

Les modifications non substantielles du contrat mises en œuvre sur le fondement des dispositions de [l'article R. 2194-7](#) du code ne comportent pas de limite en montant, mais ne sauraient permettre aux parties de modifier l'objet du contrat ou de faire évoluer en faveur de l'entrepreneur, d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial, son équilibre économique tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des prestations, les prix ou les tarifs.⁴³

Exemple : Par une [décision du 20 décembre 2017](#), Société Area Impianti⁴⁴ rendue en application du code des marchés publics de 2001 mais dont le raisonnement est toujours d'actualité, le Conseil d'Etat a précisé qu'une modification des règles de détermination du prix initial du contrat n'est pas nécessairement illégale, indépendamment de circonstances exceptionnelles telles qu'évoquées ci-dessus. Cependant, si le Conseil d'Etat a admis une modification des règles de détermination du prix initial, cette solution était justifiée par des circonstances particulières : la modification est intervenue en fin d'exécution du marché

⁴⁰ CE, 30 janvier 1995, Société Viafrance, n° 151099 ; CE, 28 juillet 1995, Préfet de la région Ile-de-France c/ société de gérance Jeanne d'Arc, n°143438.

⁴¹ CE, Sect. Fin., avis, 8 juin 2000, n° 364803.

⁴² Si les conditions d'une modification rendue nécessaire par une circonstance imprévisible ou d'une modification de faible montant ne sont pas remplies, une telle modification sera regardée comme une modification substantielle puisqu'elle aura irrémédiablement pour conséquence d'introduire dans le contrat de nouvelles conditions affectant la présentation et la sélection des offres ou de modifier son équilibre économique en faveur du titulaire au sens de l'article R. 2194-7 du code.

⁴³ Points 2 & 15 [de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

⁴⁴ [CE, 20 décembre 2017, Société Area Impianti, n° 408562](#) Il s'agit d'un cas d'espèce particulier dans lequel la modification d'un prix révisable en un prix ferme en faveur de l'acheteur a été accepté par le Conseil d'Etat en fin d'exécution du marché.

(l'essentiel des prestations avaient donc déjà été payées), et dans un sens favorable à l'acheteur.

1.3.1.5. Lorsque le montant des modifications envisagées est de faible montant

Selon l'article [R. 2194-8](#) du code, est autorisée la modification qui :

- n'excède pas 10 % du montant du contrat initial s'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services ou 15 % s'agissant des marchés publics de travaux ;
- et, en outre, ne dépasse pas les seuils européens.

Si ces conditions sont remplies, les parties peuvent conclure librement un avenant qui pourrait ainsi porter sur tous leurs engagements (prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché).

Dans [son avis du 15 septembre 2022](#), le Conseil d'Etat indique que les parties peuvent librement négocier⁴⁵, sur ce fondement, une modification « sèche » de la durée, des prix ou tarifs ou des clauses d'évolution du prix initialement prévues au contrat de nature à compenser toute perte subie par le titulaire, à la seule condition de respecter les seuils prévus et la nécessité de respecter les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics⁴⁶ et d'interdiction des libéralités.

Pour le calcul de la modification envisagée, l'acheteur devra tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix (cf. renvoi de [l'article R. 2194-8](#) à [l'article R. 2194-4](#) du code).

Lorsque plusieurs modifications successives de faible montant des clauses financières sont effectuées, l'acheteur doit prendre en compte le montant cumulé de l'ensemble des modifications successives quel qu'en soit le fait générateur ([article R. 2194-9 du code](#))⁴⁷.

La condition relative au non-dépassement des seuils européens s'apprécie au regard de la seule augmentation résultant de la modification, et non du nouveau montant du contrat une fois modifié. La circonstance que, du fait de la modification, le montant du contrat excède le seuil européen n'a donc pas de conséquence juridique.

Au-delà de ces seuils de 10 ou 15 %, ou si l'augmentation est d'un montant supérieur aux seuils européens, la modification ne pourra pas être qualifiée de faible montant.

Afin d'anticiper ce risque, l'acheteur devra s'assurer que la modification envisagée n'entre pas dans l'une des hypothèses auxquelles la définition de la modification substantielle renvoie ([article R. 2194-7 du code](#)).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter les fiches techniques de la DAJ sur « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) » et les « [Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision](#) ».

⁴⁵ Point 5 [de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

⁴⁶ [Article L3](#) du code & Point 14 de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022

⁴⁷ Point 2 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)

1.3.1.6. Cas de la disparition ou de l'obsolescence de produits ou services

Lorsqu'en cours de marché, un produit disparaît ou un produit initialement proposé, technologiquement dépassé - ou inutilisable car non conforme aux nouvelles normes de sécurité – doit être remplacé par un nouveau produit équivalent, un avenant est conclu ou en application d'une clause contractuelle de changement de référence est remis. Ces nouvelles références sont intégrées dans les documents du marché avec le prix qui leur est associé.

L'introduction des nouvelles références et de leur prix est, par exemple, utilisée dans le domaine informatique (qui connaît l'obsolescence rapide de leurs produits) ou dans le domaine médical (nouveau vaccin ou nouvelle technologie).

1.3.2. CAS D'INDEMNISATION DU TITULAIRE DU MARCHÉ

1.3.2.1. Cas de la théorie de l'imprévision

Au début du 20^{ème} siècle, le juge administratif a développé la théorie de l'imprévision sur le fondement de la continuité du service public.⁴⁸ Elle impose au titulaire d'assurer la continuité de l'exécution du contrat, même en cas de bouleversement temporaire de son économie du fait d'événements imprévisibles.

Le second fondement de la théorie de l'imprévision est l'équité puisqu'elle a vocation à protéger le titulaire, tenu d'assurer l'exécution du contrat⁴⁹ même si celle-ci devient plus difficile et plus onéreuse pour lui, en lui ouvrant un droit à indemnisation au titre des « charges extracontractuelles ».⁵⁰

Si le titulaire reste tenu d'exécuter les prestations pour lesquelles il s'est engagé⁵¹, il a corrélativement le droit d'être indemnisé, y compris après la fin du contrat⁵² et même si celui-ci a été résilié⁵³.

Cette théorie ancienne a été codifiée au 3^o de l'article [L. 6](#) du code.⁵⁴

Plusieurs conditions cumulatives doivent être remplies :

- l'événement doit être **extérieur** aux parties ;
- l'événement doit être **imprévisible**. Il peut s'agir de phénomènes naturels, de circonstances économiques exceptionnelles⁵⁵ ou de l'intervention des pouvoirs publics, par exemple le législateur ;

⁴⁸ CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928.

⁴⁹ Point 17 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁵⁰ [CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, n° 419155](#).

⁵¹ 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](#).

⁵² CE, 27 juillet 1951, Commune de Montagnac, p. 439 ; CE Sect., 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées, n° 91471.

⁵³ CE, 10 février 2010, Société Prest'Action, n° 301116.

⁵⁴ « Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité » & Point 16 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁵⁵ CE, 30 mars 1916, préc.

- l'événement doit **bouleverser temporairement**⁵⁶ **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, la jurisprudence administrative a jugé qu'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 marché.⁵⁷

Il convient de se référer aux clauses du contrat et à l'intention des parties pour déterminer le seuil au-delà duquel son équilibre peut être considéré comme bouleversé.

La [circulaire interministérielle du 20 novembre 1974](#) 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^{ème} du montant initial hors taxes du marché, pour pouvoir considérer que l'économie du marché a été bouleversée.

Ce seuil de 1/15^{ème} a un caractère indicatif qui ne s'impose pas au juge. Ce dernier se prononce au cas par cas, en fonction des circonstances de chaque espèce.

L'équilibre du contrat tel qu'envisagé par les parties lors de sa conclusion est apprécié sur l'ensemble de la durée du contrat et demeure le même durant toute cette durée.

Le bouleversement de son équilibre, pour sa part, est apprécié au regard du montant global du marché par période d'imprévision, de sorte qu'une indemnité d'imprévision peut être versée, même si l'équilibre du contrat n'est pas bouleversé sur toute sa durée.

Le droit à indemnisation au titre de la théorie de l'imprévision

L'indemnisation de l'opérateur économique au titre de l'imprévision est toujours soumise à l'exigence du bouleversement de l'économie du marché, qu'il soit conclu à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire.⁵⁸

L'indemnité d'imprévision se limite à réparer le préjudice constitué par le déficit d'exploitation⁵⁹ supporté par le titulaire en lien direct et certain avec l'évènement imprévisible.

Le titulaire ne peut invoquer un simple manque à gagner⁶⁰ ou même une disparition totale de son bénéfice⁶¹.

La période de référence à indemniser correspond à la période pendant laquelle le prix-limite, qui correspond au niveau des charges contractuelles envisagé par les parties lors de la conclusion du contrat, est dépassé.

Le recours à la théorie de l'imprévision peut être adapté, dans des périodes d'instabilité économique et conjoncturelle, pour indemniser le titulaire qui fait face à des évènements

⁵⁶ Point 17 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁵⁷ [CE, 30 novembre 1990, Société Coignet Entreprise, n° 53636](#).

⁵⁸ Point 26 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁵⁹ Point 17 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁶⁰ CE, 25 novembre 1921, Compagnie générale des automobiles postales, Rec. p. 980.

⁶¹ CE, 4 octobre 1961, Entreprise Charlet, Rec. p. 539.

imprévisibles ayant des conséquences importantes sur les prix, notamment dans le cas des marchés ayant des durées d'exécution longues.

Dans un contexte de hausse des prix et de pénurie de matériaux, tous les leviers offerts par le droit de la commande publique doivent être mobilisés afin de permettre la poursuite du contrat dans les conditions les plus favorables à une bonne exécution.

Dans l'hypothèse, par exemple, où l'augmentation du prix des matières premières ou des composants indispensables à l'exécution des prestations entraînerait un bouleversement temporaire de l'économie du contrat⁶², si les parties peuvent conclure à une modification des prix par voie d'avenant, il est également possible pour le titulaire de solliciter une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision, à condition de démontrer que cette augmentation était imprévisible, soit dans sa survenance, soit dans son ampleur.

Dans la mesure où les prix des matières premières sont par nature soumis à des fluctuations cycliques, une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision ne sera possible que s'il est démontré que la hausse des matières premières concernées était imprévisible dans son ampleur et qu'elle a provoqué un déficit d'exploitation.

Une [fiche technique sur marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières de la DAJ](#) présente les leviers juridiques permettant de minimiser l'impact de la situation sur les contrats en cours et les points de vigilance dans la rédaction des futurs marchés.

Elle rappelle notamment les pratiques à adopter pour prévenir ces difficultés dans les marchés qui sont passés dans ce contexte de tension et de volatilité sur les prix et les délais de livraison de certaines matières premières et fournitures.

L'indemnité d'imprévision peut être convenue par les parties aussi bien comme alternative à la modification du contrat qu'en complément d'une modification si cette dernière n'a pas suffi à compenser le préjudice d'imprévision restant à la charge du titulaire⁶³.

Dans [son avis du 15 septembre 2022](#), le Conseil d'Etat précise que les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité⁶⁴, afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée. Celle-ci ne peut être que temporaire et la convention doit précisément la fixer.

La [circulaire du 29 septembre 2022](#) indique que lorsque le cocontractant de la personne publique est confronté à des pertes anormales provoquées par des circonstances imprévisibles, les parties peuvent aussi choisir, plutôt que de modifier le contrat, de conclure une convention d'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision codifiée au 3^e de [l'article L. 6](#) du code.⁶⁵

La convention d'indemnisation, qui permet de maintenir un certain équilibre contractuel en indemnisant l'opérateur économique qui, malgré la situation tout à fait exceptionnelle à

⁶² CE, 30 mars 1916, préc.

⁶³ Point 18 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁶⁴ CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, n° 97613.

⁶⁵ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.

laquelle il est confronté, poursuit la prestation initialement prévue, n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du marché ou du contrat de concession ni les obligations contractuelles réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante, qu'elle vise précisément à préserver⁶⁶.

Il est recommandé de prévoir dans l'accord indemnitaire une **clause de rendez-vous** pour permettre aux parties de signer ultérieurement un document en exécution de l'accord qui fixerait le montant définitif et global de l'indemnité d'imprévision à l'issue du contrat et faisant les comptes entre les parties en cas de plus ou moins-value.

Dans [son avis du 15 septembre 2022](#), le Conseil d'Etat précise que l'indemnité d'imprévision n'a pas à figurer dans le décompte général et définitif (DGD) dans la mesure où elle a pour objet de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire et ne peut ainsi être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché⁶⁷.

Le Conseil d'Etat a estimé que la théorie de l'imprévision relève d'un régime juridique autonome des règles de modification du contrat et permet une indemnisation qui n'est pas limitée par le seuil de 50 % par modification prévu à [l'article R. 2194-3](#) du code pour les marchés publics lorsqu'ils sont passés par des pouvoirs adjudicateurs⁶⁸.

Dans le cadre d'une demande d'indemnisation, il appartient au titulaire d'apporter tous les justificatifs nécessaires, et notamment la preuve que l'achat des matériaux concernés était bien postérieur à la période durant laquelle le prix de ces derniers a augmenté de façon imprévisible.

L'indemnité d'imprévision n'a donc pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, à la différence des indemnités allouées à l'entrepreneur au titre des sujétions imprévues⁶⁹. Par ailleurs, l'indemnité accordée ne peut couvrir qu'une partie du déficit subi par le titulaire.

Ce dernier doit en effet prendre à sa charge le coût de l'aléa économique « normal » inhérent à tout contrat⁷⁰.

Le juge administratif met généralement à la charge de la personne publique 90% du montant de cette charge extracontractuelle.

La part de la charge extracontractuelle laissée définitivement à la charge du titulaire à la fin du contrat peut évoluer.

Il ne peut donc être convenu à l'avance que cette part sera identique à celle retenue au stade de l'évaluation et du paiement de l'indemnité provisionnelle d'imprévision.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision ne peut être que temporaire.

Si les circonstances bouleversent définitivement le contrat, les parties se trouvent alors en présence d'un cas de force majeure administrative rendant son exécution impossible et

⁶⁶ Point 16 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁶⁷ Points 27 & 28 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

⁶⁸ Point 23 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#) « Aucun seuil ne limitant les modifications aux contrats conclus par les autres autorités contractantes soumises au code de la commande publique et n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur. »

⁶⁹ CE, 31 juillet 2009, Société Campenon Bernard et autres, n° 300729.

⁷⁰ CE, 30 mars 1916, préc. et CE, 21 octobre 2019, préc.

permettant au titulaire de solliciter la résiliation du contrat devenu manifestement inéquitable.⁷¹

Le recours plus fréquent à des clauses de réexamen ou de révision de prix (dont la formule est adaptée dans ses modalités), lesquelles devraient permettre de traduire au moins partiellement de telles évolutions, serait à même de réduire les cas de la survenance de tels bouleversements, d'autant que la réunion des conditions à remplir fixées notamment par la jurisprudence n'est pas aisée.

Même si le contrat prévoit un mécanisme de révision des prix, le droit du titulaire à une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision peut être reconnu lorsque, après application de la clause de révision, l'économie du contrat demeure bouleversée.

Néanmoins, l'acheteur doit toujours examiner avec attention les demandes des titulaires se prévalant de la théorie de l'imprévision.

Une analyse méthodique des dossiers remis par un titulaire permettra à l'acheteur de tirer des enseignements, lesquels lui permettront de modifier ses pratiques contractuelles, notamment en termes de contenu et de mise en œuvre des clauses de réexamen ou de variations des 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 de révision des prix pourra probablement être ramenée au trimestre ou au mois, et suivre ainsi plus fidèlement l'évolution réelle des coûts supportés par les titulaires.

Le recours à la théorie de l'imprévision restera rare en pratique avec la possibilité pour l'acheteur d'appliquer le mécanisme de modification du marché en cas de « circonstances imprévues » codifié à l'article [R. 2194-5](#) du code.

L'indemnité d'imprévision peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire.⁷²

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter les fiches techniques de la DAJ intitulées « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) » et « [Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision](#) »

1.3.2.2. Cas d'une diminution du montant contractuel dans un marché de travaux

Le montant contractuel des travaux peut également subir une diminution. Cela peut résulter notamment d'une modification de l'importance de la nature des ouvrages. Dans cette hypothèse, le montant forfaitaire ou la projection de montant unitaire en marchés à prix unitaires n'est pas atteint. L'offre de prix sur la base de laquelle le titulaire a reçu notification du marché peut alors ne plus correspondre à la réalité du marché ainsi modifié. Par exemple, dans le cadre d'un marché à prix unitaires, c'est le détail quantitatif et estimatif du marché (DQE) qui permet au titulaire de fixer son prix unitaire et on parle alors du mécanisme des

⁷¹ CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Rec. p. 1050.

⁷² Point 18 [de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#).

économies d'échelle. Cependant, une réduction de la quantité estimative peut ainsi réduire la rémunération unitaire du titulaire qui n'atteint pas les économies d'échelle projetées.

Par conséquent, en cas de diminution du montant contractuel, et afin de respecter l'équilibre financier du marché, l'article 16 du CCAG Travaux prévoit certains mécanismes d'indemnités.

Dans le cadre d'un marché de travaux à prix unitaires, si la diminution des quantités d'une ligne du bordereau des prix unitaires (BPU), résultant d'un ordre de service (OS) ou de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait du titulaire, est de plus d'un quart par rapport aux quantités portées à cette même ligne dans le Détail Quantitatif Estimatif (DQE) du marché, le titulaire a droit à une indemnité sauf à ce que :

- cette ligne représente moins de 5% du montant du marché dans le DQE et dans le décompte final ;
- ou si cette ligne n'a pas eu de quantité explicitement définie dans le DQE et que le montant total des travaux de cette ligne n'excède pas 5% du montant du marché.

Dans le cadre d'un marché de travaux à prix forfaitaires, lorsque des changements sont notifiés par ordre de service (OS) du maître d'œuvre dans la consistance des travaux, le prix nouveau fixé suivant les modalités prévues à l'article 13 tient compte des charges supplémentaires éventuellement supportées par le titulaire du fait de ces changements, à l'exclusion du préjudice indemnisé, s'il y a lieu.

En outre, sauf dans le cas des accords-cadres à bons de commande comportant un minimum, si la diminution est supérieure à 5 % du montant contractuel en marché forfaitaire ou 20 % en marché à prix unitaires, le titulaire a droit à une indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de cette diminution (articles 15.1 et 15.2 CCAG Travaux).

Pour les accords-cadres mono-attributaires à bons de commande avec un minimum, le titulaire a droit à une indemnité égale à la marge nette qu'il aurait réalisée sur les prestations qui restaient à exécuter. Il a droit également à être indemnisé des frais et investissement éventuellement engagés pour l'accord-cadre et strictement nécessaires à son exécution et qui n'auraient pas déjà été amortis dans le montant des prestations payées (article 15.2 CCAG Travaux).

A l'inverse, pour les accords-cadres pluri-attributaires à bons de commande avec un minimum, les titulaires n'ont droit à aucune indemnité, sauf disposition contractuelle spécifique.

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

Les prix des prestations d'un marché sont soit unitaires, soit forfaitaires ([article R. 2112-6 du code](#)). Un même marché peut néanmoins combiner ces deux formes de prix.

Si le choix entre prix unitaire et prix forfaitaire est à la discrétion de l'acheteur, il doit être déterminé, au plus tard, avant le lancement de la consultation. La forme du prix retenue ne peut plus être modifiée par la suite, hors cas permettant la modification des contrats en cours (Chapitre 1)⁷³.

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 accords-cadres de fournitures courantes ou de services courants à bons de commande comme par exemple pour les fournitures de bureau. Il l'est aussi dans les marchés de travaux, quand l'acheteur ne connaît pas, à l'avance, les quantités à mettre en œuvre.

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 réellement livrées ou exécutées.

Cette forme de prix est recommandée lorsque l'acheteur est en mesure de définir avec précision la consistance des prestations (volume, nature et modalités) en contenu et en quantité comme dans les marchés industriels, certains marchés de travaux ou lorsque les prestations forment un ensemble cohérent et non sécable, comme par exemple dans les marchés de nettoyage prévoyant des prestations identiques sur différents sites.

Le prix forfaitaire n'est pas adapté aux prestations ou ouvrages dont la réalisation présente des aléas techniques importants.

Les candidats à un marché à prix forfaitaire doivent évaluer l'étendue des obligations qu'ils devront honorer. En conséquence, les documents de la consultation doivent être suffisamment précis pour que les opérateurs économiques puissent évaluer correctement la prestation à réaliser. En effet, le titulaire s'engage à effectuer une prestation pour le forfait proposé, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Ainsi, l'acheteur ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre et le titulaire ne peut obtenir un supplément de prix, au motif que

⁷³ Point 19 de l'[avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#) « Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante. »

les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévues initialement.

Il est donc déconseillé d'adopter cette forme de prix lorsqu'un doute ou un aléa potentiel existe et pourrait conduire à des quantités réalisées très différentes de celles prévues.

Peut-on reconduire un marché à prix forfaitaire ?

Oui, le marché à prix forfaitaire peut être reconductible comme pour tous les types de marchés, dès lors que les conditions mentionnées à l'article [R. 2112-4](#) du code sont réunies :

- les caractéristiques du marché sont inchangées ;
- la mise en concurrence a été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises.

Comme pour toute reconduction, et sauf mention explicite dans les clauses contractuelles, c'est donc le marché à l'identique qui est reconduit, c'est à dire avec le même prix forfaitaire éventuellement révisé et les mêmes clauses de variation des prix, si elles existent.

La décomposition du prix global et forfaitaire

En complément de l'acte d'engagement (AE) qui mentionne le montant total du marché et qui correspond dans un marché à prix forfaitaire « au prix du marché », l'acheteur peut demander au candidat de remplir un cadre de **décomposition du prix global et forfaitaire** (DPGF), qu'il joindra dans le dossier de la consultation.

La DPGF est un descriptif de la prestation à réaliser envisagée par la décomposition de la formation de son prix. Le candidat fournit ainsi le détail du prix forfaitaire à l'appui du montant figurant dans son offre, qui doit bien entendu être le même.

La DPGF fait partie de l'offre technique et financière du marché et constitue la décomposition de l'offre financière de l'opérateur économique. Elle sera étudiée dans le cadre de l'analyse des offres (cf. Chapitre 5) puisqu'elle permet à l'acheteur de s'assurer de la cohérence de l'offre proposée au regard des prescriptions des documents de la consultation.

La DPGF, très utilisée dans les marchés de travaux ou de services, permet de faire apparaître les différents postes liés aux travaux ou aux prestations concernées. Pour une meilleure organisation du chantier, les acheteurs peuvent intégrer à la DPGF les frais d'installation de chantier et d'hygiène et de sécurité.

La DPGF peut figurer en annexe de l'acte d'engagement (formulaire ATTR1).

Il est recommandé d'utiliser systématiquement le formulaire ATTR1 qui reprend en principe le montant total de l'offre financière (acte d'engagement anciens DC3 & DC8) ou sa structure, afin d'avoir une terminologie commune, partagée par tous les acheteurs et les opérateurs économiques.

Toutefois, il est préférable de ne pas rendre contractuelle la totalité de cette pièce qui comporte des quantités, par principe, non contractuelle, sauf mention expresse contraire du marché, ou s'il est prévu que les prix indiqués dans la DPGF pourront être utilisés en cas de commande supplémentaire.

Les autres éléments de la DPGF ne doivent pas devenir contractuels du fait d'une simple mention par les documents du marché, notamment 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 forfaitaire, qui n'en serait donc plus un.

Si les prestations nouvelles ne figurent pas dans la DPGF, la procédure des prix nouveaux⁷⁴ et, éventuellement, des prix provisoires sera appliquée (Cf. Chapitre 1 Prix provisoires).

Que disent les CCAG ?

Les six CCAG indiquent que « l'acte d'engagement et ses éventuelles annexes financières » prévalent sur « l'offre technique du titulaire » dans l'ordre de priorité des pièces contractuelles. (Article 4.1)

En outre, les CCAG-Travaux et Maîtrise d'œuvre prévoient parmi leurs pièces contractuelles « les éléments de décomposition de l'offre financière du titulaire [/maître d'œuvre] ».

L'article 13.3 du CCAG Travaux prévoit que « dans le cas de travaux réglés sur prix forfaitaires, lorsque des changements sont ordonnés par le maître d'œuvre dans la consistance des travaux, le prix nouveau est réputé tenir compte des charges supplémentaires éventuellement supportées par le titulaire du fait de ces changements, à l'exclusion du préjudice indemnisé, s'il y a lieu, par application de l'article 14.3 ou de l'article 15.1. »

De manière exceptionnelle, il pourra être utile de déroger à l'article 4.1 des CCAG, pour que le prix forfaitaire conserve son caractère global, indépendant des quantités.

Il est nécessaire, lorsque l'acheteur demande une décomposition de l'offre financière lors de la remise de l'offre et souhaite lui donner valeur contractuelle, de le prévoir expressément dans le CCAP.

Comment fixer la rémunération forfaitaire d'un maître d'œuvre ?

Afin de s'adapter à tous les marchés de maîtrise d'œuvre (MOE) susceptibles d'y faire référence, le CCAG-MOE prévoit la possibilité de fixer des prix forfaitaires ou unitaires. Toutefois, pour les marchés soumis au livre IV de la deuxième partie du code, la rémunération du maître d'œuvre doit obligatoirement être forfaitaire conformément à l'article [L. 2432-1](#) du code.

L'article [R. 2432-6](#) du code dispose que la rémunération forfaitaire du maître d'œuvre décomposée par éléments de mission tient compte de trois paramètres :

- l'étendue de la mission ;
- le degré de complexité de cette mission ;
- le coût prévisionnel des travaux.

⁷⁴ Dans un [arrêt du 9 juin 2017, Société Colas et au département de Mayotte n° 396851](#), le Conseil d'Etat a rappelé que « les prix nouveaux mentionnés par ces stipulations ne sont applicables que pour les travaux ou ouvrages qui n'étaient pas prévus par le contrat et qui sont réalisés par l'entrepreneur en application d'un ordre de service ; que, par suite, en jugeant que des prix nouveaux pouvaient être appliqués à des travaux prévus par le marché, à seule fin de tenir compte des conditions réelles de leur réalisation».

L'étendue et la complexité de la mission doivent notamment tenir compte de la durée estimée de la mission de MOE⁷⁵ (avec un renvoi en cas d'allongement de la durée) et de la mise en œuvre d'innovation comme le BIM⁷⁶.

La rémunération initiale du maître d'œuvre étant calculée, notamment, sur la base du coût prévisionnel des travaux, qui par nature peut être évolutif, il n'est pas possible de la fixer définitivement dès la conclusion du marché de maîtrise d'œuvre. Elle est donc provisoire (cf. Chapitre 1 Prix provisoires).

Mais il ne saurait pour autant être envisagé d'intéresser le maître d'œuvre à l'augmentation de la masse des travaux. C'est pourquoi, l'article précité du code prévoit la fixation du forfait de rémunération définitive de la maîtrise d'œuvre sur la base de l'estimation prévisionnel des travaux arrêté, soit au stade de l'avant-projet sommaire, soit au stade de l'avant-projet définitif. Il s'agit du coût prévisionnel définitif des travaux.

Le marché de maîtrise d'œuvre doit prévoir les modalités de fixation de ce coût prévisionnel des travaux assorti d'un **seuil de tolérance**, sur lequel s'engage le maître d'œuvre, ainsi que les conséquences des engagements souscrits : reprise des études sans rémunération complémentaire si la consultation des opérateurs économiques ne permet pas de rentrer dans le coût prévisionnel des travaux, d'une part, et réduction de la rémunération du maître d'œuvre si le coût final à l'issue du chantier excède le montant arrêté lors de la signature des marchés de travaux, d'autre part (articles [R. 2432-3](#) et [R 2432-4](#) du code).

En outre, le contrat peut prévoir des clauses incitatives à de meilleurs résultats quantitatifs ou qualitatifs (cf. Chapitre 4 et l'article 17 du CCAG MOE).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche technique intitulée « [Les prix dans le CCAG-MOE](#) » ainsi que le [Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre](#) de la MIQCP (Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques).

2.3. COMBINAISON DES DEUX FORMES DE PRIX (UNITAIRE/FORFAITAIRE) DANS UN MÊME MARCHÉ

En fonction de l'objet du marché et de la nature des prestations à effectuer, il peut être nécessaire de combiner les deux formes de prix, au sein d'un même marché⁷⁷.

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).

⁷⁵ Article 15.3.5 du CCAG MOE « En cas de prolongation de la durée du chantier ayant pour conséquence une augmentation de plus de 10% par rapport à celle prévue dans les documents particuliers du marché ou, à défaut, par rapport à celle résultant initialement des marchés de travaux, les parties se rapprochent afin, d'une part, d'examiner les causes de ce retard, et, d'autre part, de déterminer si ce retard ouvre droit à rémunération complémentaire. »

⁷⁶ [BIM et maquette numérique GUIDE DE RECOMMANDATIONS À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE](#) de la MIQCP (Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques)

⁷⁷ Il est possible d'inclure dans un marché unique des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations. Les deux catégories de prestations doivent, toutefois, être clairement distinguées ([CE, 29 octobre 2010, SMAROV, n° 340212](#))

Exemples :

Dans un marché d'entretien d'équipements techniques, la maintenance préventive est forfaitaire et la maintenance corrective (les prestations de dépannage) est traitée sur la base de prix unitaires.

Dans un marché de travaux, les fondations sont payées sur la base de prix unitaires et la superstructure fait l'objet d'un 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. Si 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.

FOCUS : L'acheteur pourra, par exemple, **pour un marché de prestations intellectuelles du type prestations de communication**, indiquer le prix d'une campagne, d'un dépliant mais aussi des taux jours en incluant des postes de gestion de projet afin d'évaluer les prix des prestations des candidats, mais aussi de leur laisser de la souplesse.

S'il n'y a que des taux jours, certains candidats pourraient être tentés de les baisser et d'augmenter le nombre de jours prévus, ce qui fausse toute comparaison.

Il est possible de faire apparaître pour une demande précise, comme une campagne de communication, la décomposition du prix dans un tableau par exemple (Cf. ci-après), en laissant la possibilité au candidat de renseigner les fonctions qu'il compte mobiliser, et à quelle hauteur, pour concevoir la campagne de communication.

Ces fonctions (postes) peuvent être libres ou imposées par l'acheteur. Il faut simplement que cela figure au bordereau des prix unitaires (BPU).

Ainsi, on peut, par exemple, mobiliser 3 jours de conseil, 5 jours de création, 2 jours de mise en page/corrections et 4 jours de suivi de projet.

Il est recommandé de faire apparaître au BPU les tarifs des fonctions principales nécessaires au marché.

Ces fonctions peuvent notamment être le conseil, la création, l'exécution, la rédaction ou encore le suivi de projet.

Il est recommandé de demander le temps prévu par fonction en relation avec les livrables.

Cela permet d'évaluer l'engagement de travail du candidat.

Celui qui, par exemple, pose 2 jours de création proposera un prix plus attractif que celui qui en pose 5, mais le livrable pourra peut-être être moins approfondi.

Réalisation d'une campagne de communication
Proposition de deux concepts rédactionnels et graphiques

| Désignation de la prestation (reprendre intitulé exact BPU) | Quantité en jours | Prix unitaire en euros HT | Prix total en euros HT |
|--|-------------------|------------------------------|---------------------------|
| Conseil stratégique | | | |
| Création et direction artistique | | | |
| Exécution et mise en page | | | |
| Suivi et coordination du projet | | | |
| Autres fonctions | | | |
| ... | | | |
| ... | | | |
| Total | | | |

3. LE CHOIX ENTRE PRIX FERME OU PRIX RÉVISABLE

Le prix révisable est le plus respectueux des intérêts des deux parties contractantes : 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 des prix contractuelle.

Dans la pratique, peuvent jouer d'autres logiques (budgétaires, par exemple) ou des contraintes particulières (pas d'indice /index représentatif de la prestation).

Un prix est soit ferme (et le cas échéant actualisable), soit révisable, pour toute la durée du marché (articles [R. 2112-8](#) à [R. 2112-14 du code](#)). Ces modalités sont exclusives l'une de l'autre pour un même prix. Seul un prix ferme peut être actualisable : le prix actualisable ne peut pas être révisé, et le prix révisable ne peut pas être actualisé.

La forme du prix peut être modifiée, en cours d'exécution du marché, dans les conditions rappelées par le Conseil dans son [avis du 15 septembre 2022](#)⁷⁸ (Cf. Chapitre 1 cas permettant la modification des contrats en cours).

Pour répondre à la consultation, et établir leur prix, les candidats tiendront compte de la forme de variation du prix, de sa formule (choix des indices ou index adaptés), de la périodicité pour la révision des prix ainsi que des autres clauses de réexamen fixées, par l'acheteur dans le CCAP. Il est recommandé de fixer le rythme de révision des prix en fonction de la fréquence prévisible des fluctuations des coûts ou des prix de l'activité économique concernée.

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

Dès lors qu'un marché d'une durée d'un an reconductible X fois X années comprend des stipulations claires précisant que les prix sont fermes pour la première année, il pourra être fait application des stipulations relatives à l'actualisation, si un délai de plus de trois mois s'est déroulée entre le moment où le candidat a formalisé ses prix et le début d'exécution des prestations, aux conditions économiques, de trois mois, antérieures au début d'exécution des prestations.

Dès lors que ce marché comprend également des stipulations précisant que les prix sont révisables pour chaque reconduction, il pourra être fait application des stipulations de calcul de variation de prix (référence, formule ou combinaison des deux) écrites au marché.

Un tel dispositif qui ne conduit pas à actualiser des prix révisables, mais à actualiser des prix fermes puis à réviser des prix révisables n'est pas prohibé par le code.

FOCUS : Dans la filière alimentaire, la fluctuation des prix pouvant être très fréquente et très importante, les marchés doivent être conclus à prix révisables. Il convient d'adopter une périodicité adaptée pour chaque catégorie de produits. (Cf. [la fiche de la DAJ sur l'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires](#) et tableau 3.1)

⁷⁸ Point 19 de l'[avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#) « Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante. »

FOCUS : Pour les secteurs d'activité dans lesquels les charges salariales représentent la majorité des coûts de production tels que l'ingénierie, la maintenance informatique, la sécurité, le nettoyage, le conseil, la formation, le contrôle, l'inspection et la certification... et compte tenu des négociations annuelles obligatoires sur les salaires, il est recommandé de retenir une fréquence de la clause de révision des prix qui ne dépasse pas un an.

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

Dans certains cas, il peut y avoir plusieurs formules de variation des prix dans un même marché. Il est en particulier recommandé de prévoir plusieurs formules de prix dans les documents de marchés allotis en prestations de nature différentes (cf. notamment les différents corps d'état dans les marchés de travaux) afin d'éviter d'appliquer une formule de révision inadaptée à la structure et à l'évolution des coûts des activités concernées.

L'ajustement d'un prix constitue une des modalités de révision des prix.

Les [articles R. 2112-8 à R. 2112-14 du code](#) relatifs à la variation des prix s'appliquent à tous les acheteurs, soit à tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soumis au code.

Si [l'article R. 2112-7 du code](#) précise que l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, les établissements publics et leurs groupement ne peuvent pas, sauf exceptions, conclure de marché à prix provisoires, cette disposition n'a pas pour objet d'exclure les autres acheteurs du champ d'application de la sous-section 2 sur les prix définitifs.

Ainsi, les EPIC de l'Etat, les personnes publiques sui generis et toutes les personnes morales de droit privé soumises au code de la commande publique sont tenus, en application de [l'article R. 2112-13 du code](#), de conclure leurs marchés à prix révisables lorsque les parties contractantes sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations⁷⁹.

Il en est de même pour l'obligation, établie par [l'article R. 2112-14 du code](#), de prévoir une clause de révision des prix dans les marchés d'une durée de plus de trois mois nécessitant le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux.

Ne doivent pas être un facteur de choix de la forme du prix :

- **la maîtrise du budget** : même si dans la pratique, les considérations budgétaires et l'incertitude du montant de règlement qui peut résulter de l'application d'une clause de variation des prix peuvent conduire certains acheteurs à préférer le prix ferme garantissant la connaissance certaine du prix de règlement, le budget dont dispose l'acheteur ne doit pas être un des facteurs de choix entre prix ferme et prix révisable.

- **la recherche de la simplicité des opérations de règlement, les capacités réduites (effectif, moyens de calcul...) de l'acheteur (et de l'opérateur économique) ainsi que la suppression de l'incertitude budgétaire** (pourra-t-on payer une hausse dont le budget n'est pas

⁷⁹ Cette obligation générale a été rappelée par le ministre de l'économie dans [sa réponse à la question écrite n° 40503 de Mme la députée Valérie Bazin-Malgras \(JO AN 26/10/2021, p. 7835](#)

provisionné ?) : ces considérations ne devraient pas amener à recourir au prix ferme, lorsque la logique économique conduit à privilégier le prix révisable. La prise en compte de l'ensemble de ces facteurs est essentielle pour l'acheteur qui ne doit pas se contenter de calquer purement et simplement ce qu'il a fait dans le cadre de précédents contrats.

3.1. COMMENT CHOISIR ENTRE PRIX FERME ET PRIX RÉVISABLE ?

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 les parties contractantes à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations » (article [R. 2112-9](#) et [R. 2312-10 du code](#)).

Dans les autres cas, il est recommandé de prévoir une révision du prix.

Parmi les principaux éléments qui doivent être systématiquement examinés pour déterminer s'il convient de retenir un prix révisable figurent :

- la nature même des prestations achetées,
- la durée d'exécution du marché,
- l'existence (ou l'inexistence) de références suffisantes pour constituer une formule de variation des prix.

1. La nature même des prestations achetées

Si les prestations sont courantes, non spécifiques à un acheteur, 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), elles sont peu susceptibles de faire l'objet de hausses importantes et brutales, qui ne pourraient pas être raisonnablement anticipées par les parties contractantes. Cela concerne un grand nombre de marchés.

Les coûts de main d'œuvre sont généralement moins susceptibles de variations brutales que ceux de certaines matières premières, par exemple, bien que la probabilité de ces hausses soit très forte.

Le fait que certains segments d'achat ne soient pas habituellement soumis à de fortes fluctuations des prix ou des coûts ne prémunit pas contre de tels événements qui, lorsqu'ils surviennent, peuvent aussi bien mettre les opérateurs économiques titulaires en difficulté que conduire les acheteurs à payer plus cher.

Si les prestations ne sont pas courantes, l'acheteur doit s'interroger sur l'évolution prévisible des postes (coût de main d'œuvre, matériel, énergie, matériaux, frais divers, transport, déchets...) qui composent la prestation. En cas de doute, l'acheteur 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, même il y a plusieurs années, doit conduire l'acheteur à envisager une révision des prix. Dans ce cas, la question principale tient donc à la détermination de ce qu'est une « part importante ».

Si la jurisprudence ne fournit pas d'indication précise sur ce point, il semble difficile de parler d'une part importante en dessous de 10 % du prix total du marché. **Toutefois, il est recommandé, même en-dessous de ce pourcentage, de prévoir une clause de révision des prix dans le marché.**

Il est également recommandé de prévoir des prix révisables pour les marchés répondant à des besoins continus ou réguliers et conclus pour une ou plusieurs années, tels que les accords-cadres à bons de commandes ou à marchés subséquents.

2. La durée d'exécution du marché

Un marché d'une durée d'exécution courte ne présente pas, en termes de variation des prix, le même risque économique qu'un marché pluriannuel.

Une longue durée d'exécution sera donc, souvent, un facteur justifiant le recours au prix révisable, sans que la révision des prix ne puisse être exclue pour un marché d'une durée d'exécution plus courte, étant rappelé que celle-ci peut être obligatoire notamment en vertu des dispositions de [l'article R. 2112-14 du code](#) (durée d'exécution supérieure à trois mois pour les marchés portant sur des prestations fortement affectées par les fluctuations de cours mondiaux).

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, pour un marché reconductible, en cas de dérive manifeste des conditions économiques (prix ferme qui s'avère inadapté, formule paramétrique ne traduisant pas correctement les coûts supportés par l'opérateur économique, indice ou index de référence inadapté ...), la dénonciation est possible à échéance régulière, ce qui n'est pas le cas pour le marché non reconductible.

3. L'existence (ou l'inexistence) de références suffisantes pour constituer une formule de variation des prix

Les indices (ou index), nationaux ou internationaux, auxquels peuvent se référer les acheteurs pour réviser ou actualiser les prix de leurs contrats 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 ou un index statistique peut s'avérer inadapté pour l'élaboration d'une formule représentative.

Or, 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 contractantes dans une situation difficilement maîtrisable, voire dangereuse pour la bonne exécution du marché.

Pas de copier-coller pour les clauses de variation des prix

Il est vivement déconseillé de recopier les clauses relatives aux prix d'anciens contrats, sans avoir auparavant soigneusement examiné :

- leur régularité (évolution de la réglementation ou de la jurisprudence) ;
- leur compatibilité avec les clauses du nouveau marché (durée du marché et forme du prix, notamment) ;
- les documents de la consultation ;
- leur bonne adéquation à l'objet même du contrat ;
- l'existence des index/indices correspondants ;
- la pondération des principaux éléments constitutifs de la prestation, objet du marché, laquelle peut avoir changé.

Il faut donc revoir à chaque marché le choix des formules de variation des prix, composées d'index/indices adaptés et en cas de révision prévoyant une périodicité ad hoc.

Dans tous les cas où le code l'impose, l'acheteur doit impérativement veiller à prévoir les conditions d'actualisation des prix fermes ou les modalités de révision des prix. A défaut, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du titulaire si des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat de ce fait. En outre, la méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation⁸⁰.

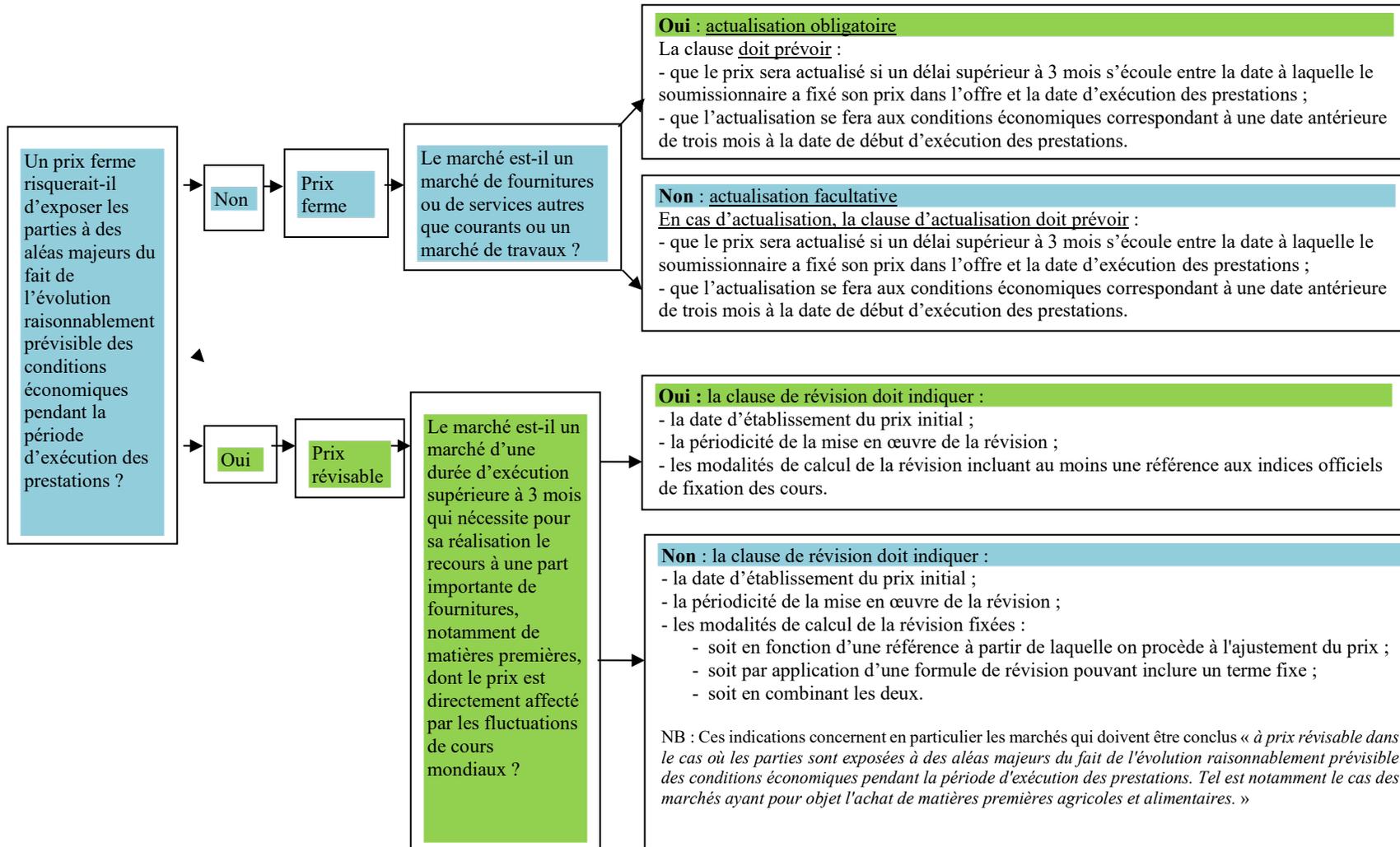
En cas d'omission par l'acheteur de l'insertion d'une clause de variation des prix, il sera possible de modifier le marché en cours d'exécution pour se conformer à ces obligations dans les conditions fixées par les textes et les CCAG, notamment :

- en raison de circonstances imprévisibles pour lesquelles le Conseil d'Etat a ouvert droit, sous réserve du respect de certaines conditions, aux modifications des conditions financières en cours d'exécution dans son [avis du 15 septembre 2022](#) ;
- par référence au CCAG-Travaux pour le choix de l'index par défaut en cas d'actualisation des prix ;
- par référence au CCAG-MOE pour une révision par défaut.

Toute introduction ou modification d'une clause de variation des prix doit, par principe, être regardée comme irrégulière dès lors qu'elle porte atteinte aux conditions de mise en concurrence initiale, sauf cas permettant la modification des contrats en cours. (Cf. Chapitre 1 Cas permettant la modification des contrats en cours)

⁸⁰ [CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803](#)

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 en tant que titulaire (sauf pénalités, intérêts moratoires...). Le recours au prix ferme simplifie la rédaction du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) pour l'acheteur et lui donne une visibilité sur la charge financière des prestations, puisque le prix initial correspondra au prix de règlement. Il simplifie les paiements, puisqu'aucun calcul en application d'une formule de révision des prix n'est nécessaire. Il offre donc l'avantage d'une gestion simplifiée du marché sauf en cas d'actualisation obligatoire.

L'opérateur économique sait exactement selon quelles conditions il sera payé : c'est à lui d'optimiser ses choix, pour que ce prix soit suffisamment rémunérateur.

Lorsque l'acheteur prévoit, de manière inappropriée, des prix fermes dans son marché, outre le risque de n'obtenir que peu d'offres, 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 dégradation de la qualité des prestations et d'une demande du titulaire visant à renégocier les prix ou d'obtenir une indemnité d'imprévision.

Enfin, si l'acheteur prévoit des prix fermes dans son marché, alors qu'il avait l'obligation de faire usage d'une clause de variation, il engage sa responsabilité contractuelle si des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat. En outre, la méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation⁸¹.

Est-il possible de prévoir un prix ferme dans les accords-cadres à bons de commande ?

Il est possible de prévoir un prix ferme (obligatoirement actualisable pour les marchés de fournitures ou services autres que courants ainsi que pour les marchés de travaux) dans un accord-cadre à bons de commande, sauf s'il porte sur des prestations exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution du contrat (notamment dans le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires).

En pratique, pour les accords-cadres à bons de commande et en cas de reconductions multiples qui peuvent considérablement rallonger la durée, il est recommandé, afin de maintenir l'équilibre économique initial du marché, de prévoir systématiquement une clause de révision des prix.

Il n'est donc pas recommandé pour les accords-cadres pluri annuels d'adopter un prix ferme.

⁸¹ [CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803](#)

3.2.2. Le prix ferme peut être actualisé

Tout prix ferme n'est pas nécessairement actualisable, mais seul un prix ferme est actualisable.

3.2.2.1. Définition de l'actualisation des prix

L'actualisation est un mode de variation des 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 titulaire 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 actualisé.

L'actualisation compense un décalage (qui n'est pas toujours un retard) entre la date de fixation du prix et le début d'exécution, alors que la révision des prix compense les variations économiques des prix tout au long de l'exécution du marché.

L'actualisation ne peut donc être effectuée qu'une seule fois pour un marché considéré (excepté pour les marchés à tranches) si la date de début d'exécution dépasse de trois mois la date de fixation du prix par le candidat.

3.2.2.2. Quand faut-il prévoir une clause d'actualisation des prix ?

La clause d'actualisation est obligatoire pour les marchés de fournitures et services autres que courants ainsi que pour les marchés de travaux ([article R. 2112-10 du code](#)).

Cette obligation existe, même si l'acheteur pense ne pas devoir la mettre en œuvre. En effet, si un retard est pris et que la date de commencement d'exécution des prestations est postérieure de plus de trois mois à celle de la fixation du prix par le candidat, **l'actualisation est de droit**.

L'actualisation est facultative pour les fournitures et services courants, c'est-à-dire les prestations pour lesquelles l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché. Il revient à l'acheteur donc de décider s'il prévoit ou non la possibilité d'une actualisation dans son marché. Cette décision doit être prise **avant le lancement de la consultation**.

Que faire lorsque la clause d'actualisation obligatoire ne figure pas dans le marché ?

Lorsque l'acheteur omet d'insérer, dans son marché, une clause d'actualisation des prix, pourtant obligatoire, trois situations sont envisageables :

- **Cas où le marché est un marché de travaux qui fait référence au CCAG-Travaux :**

Lors de l'exécution, lorsqu'aucune actualisation n'est prévue dans le CCAP alors qu'elle est rendue obligatoire par la réglementation en vigueur, l'article 9.4.3 prévoit que, par défaut, le coefficient d'actualisation est fixé par avenant à partir de l'index BT ou TP, diffusé par l'INSEE, correspondant à la nature des travaux qui font l'objet du marché, selon la formule suivante :

Prix actualisé = prix initial x (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) ;

Ainsi, en cas d'oubli de l'acheteur sur l'indice (ou index) à prendre en compte, celui-ci pourra introduire par avenant l'index BT ou TP correspondant strictement aux travaux objets du marché.

Bien qu'il porte sur les modalités de détermination du prix, l'avenant ainsi prévu par le CCAG-Travaux ne porte pas atteinte aux conditions de mise en concurrence initiales, dès lors qu'il a pour objet une modification pouvant être regardée comme une clause de réexamen « claire, précise et sans équivoque » au sens de [l'article R. 2194-1 du code](#).

- Cas où le marché est un marché de maîtrise d'œuvre qui fait référence au CCAG-MOE :

Lors de l'exécution, lorsqu'aucune actualisation n'est prévue dans le CCAP alors qu'elle est rendue obligatoire par la réglementation en vigueur, l'article 10.1.2 prévoit une actualisation par défaut sur la base de l'index ING en précisant que :

« Lorsque les prix sont fermes, ils sont actualisés dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur à la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre.

Cette date correspond à la date de remise de l'offre par le maître d'œuvre.

Lorsque la procédure de passation a donné lieu à une négociation ou un dialogue compétitif, la date à prendre en compte est la date de remise de l'offre finale par le maître d'œuvre.

Les prix de chaque tranche optionnelle sont actualisés dans les mêmes conditions.

L'actualisation se fait 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. Ils sont définis dans les documents particuliers du marché.

A défaut, l'actualisation se fait sur la base de l'index ING.

La formule mise en œuvre est la suivante : Prix actualisé = 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).

Les coefficients d'actualisation sont arrondis au millième supérieur. »

Cette formule d'actualisation correspond aux modalités d'actualisation imposées par [l'article R. 2112-11 du code](#).

Il n'est donc pas possible de déroger à cette formule qui est la traduction d'une obligation réglementaire.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche technique de la DAJ intitulée « [Les prix dans le CCAG-MOE](#) ».

- Autres cas : pour les marchés de travaux qui ne font pas référence au CCAG-Travaux ou dérogent à l'article précité, pour les marchés de maîtrise d'œuvre qui ne font pas référence au CCAG-MOE ou dérogent à l'article précité, comme pour les autres types de marchés, aucun avenant introduisant une clause d'actualisation des prix ne pourra être conclu entre les parties contractantes dès lors que cet avenant sera regardé comme introduisant une modification substantielle au sens de [l'article R. 2194-7 du code](#), sauf en cas de circonstances

imprévisibles⁸² ou u une modification de faible montant au sens de [l'article R. 2194-8 du code](#) (Cf. Chapitre 1 cas permettant la modification des contrats en cours).

Lors de la mise en concurrence d'un marché de travaux ou de fournitures ou services non courants, les opérateurs économiques qui auraient repéré, en phase de consultation, que l'obligation d'actualisation n'est pas concrétisée par une clause adaptée dans le marché sont invitées à informer aussitôt l'acheteur en vue de la mise en conformité de la clause.

Si des marchés ont été conclus sans respecter l'obligation d'actualisation des prix et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

En outre, la méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation.

3.2.2.3. Condition de mise en œuvre de l'actualisation des prix

Lorsque l'actualisation des prix 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 des prestations est **supérieur à trois mois**.

[L'article R. 2112-11 du code](#) prévoit que « lorsqu'un marché est conclu à prix ferme en application de [l'article R. 2112-10](#), ses clauses précisent :

1° Que ce 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 ;

2° 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. »

Les CCAG prévoient que la date de fixation du prix dans l'offre servant de référence, pour le calcul de l'actualisation du prix, correspond à la date de remise de l'offre par le titulaire.

En cas de procédure mettant en œuvre une négociation ou de dialogue compétitif, donnant lieu à la remise de plusieurs offres, la date à prendre en compte est la date de remise de l'offre finale par le titulaire. (Articles 10.1.2 et 10.2.4 CCAG-PI, 10.1.2 et 10.2.4 CCAG-TIC, 9.4 CCAG-Travaux, 10.1 CCAG MOE, 10.1.2 et 10.2.4 CCAG-FCS, 11.1.2 et 11.2.4 CCAG-MI).

En fonction des stipulations contractuelles, la période de préparation sera ou non prise en compte pour déclencher l'actualisation des prix.

- **En cas d'allotissement** (cas général en commande publique), cette date ne saurait être celle résultant d'un ordre de service (OS) 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 sauf par exemple le cas des lots géographiques qui démarreraient concomitamment.

Lorsqu'il y a eu un ordre de service, l'actualisation des prix doit être calculée en fonction du calendrier d'exécution des prestations de chacun des lots et de leur début d'exécution réel,

⁸² Point 19 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#) « Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante. »

qui figure dans l'ordre de service, s'il est unique, ou dans chaque ordre de service (pour chacun des lots) prescrivant le début d'exécution.

Le commentaire sous l'article 9.4 du CCAG-Travaux prévoit que « lorsque les travaux sont allotis, l'acheteur doit tenir compte du calendrier d'exécution fixé pour l'intervention de chacun des corps de métiers, dans le cadre d'une opération, pour la mise en œuvre de l'actualisation de chacun des marchés correspondants. »

Lorsque plusieurs opérateurs économiques interviennent dans une même opération de travaux, afin que l'actualisation des prix soit fondée sur la date effective de démarrage des travaux pour chaque opérateur économique, la pratique consistant à émettre un unique ordre de service fixant une même date de démarrage des prestations pour l'ensemble des intervenants est à proscrire.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche technique de la DAJ intitulée : « [Les ordres de service dans le CCAG-Travaux](#) »).

- **En cas de marchés à tranches**, il convient de procéder à l'actualisation au moment où la prestation est réalisée.

Quand l'actualisation des prix est prévue dans un marché à tranches, les tranches optionnelles sont, de fait, actualisables, si elles sont affermies au moins trois mois après la date à laquelle le prix a été fixé.

C'est le prix ferme de chaque tranche optionnelle qui est actualisable à la date de début d'exécution de chacune des tranches.

Dans la mesure où les offres ont très souvent une durée de validité supérieure à trois mois, l'actualisation a une forte probabilité d'être mise en œuvre.

Lorsque le marché recouvre des prestations de nature différente dont les montants sont bien identifiés, il est nécessaire de prévoir plusieurs formules d'actualisation des prix dans un même marché ou a minima plusieurs index.

3.2.2.4. Calcul de l'actualisation des prix

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 recommandé d'y faire figurer une partie, puisqu'il s'agit d'une simple « mise à jour » des prix.

Le choix de la ou des références :

Ce choix relève de la libre appréciation de l'acheteur, sous réserve qu'il soit en relation directe avec l'objet du marché dans les conditions prévues par les [articles L. 112-1 à L.112-3 du code monétaire et financier](#).

Ces références sont généralement des indices ou des index (sur ces termes, voir le paragraphe sur les indices/index).

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 dans le CCAP, notamment pour faciliter le jugement des offres comme rappelé dans le CCAG Travaux. (Cf. ci-dessus)

Comment déterminer la valeur finale des références ?

[L'article R. 2112-11 2 du code](#) prévoit que l'actualisation des prix « 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 trois mois**.

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

Exemple :

La date de fixation du prix est le 18 janvier 2023.

Si une clause d'actualisation des prix est prévue par le marché, le prix ferme est actualisé à compter du 19 avril 2023.

Le mois d'établissement des prix est le mois de janvier 2023.

Le début d'exécution des prestations est fixé au 22 juin 2023.

La valeur finale à prendre en compte est celle correspondant à une date antérieure de trois mois au mois de juin soit le mois de mars 2023.

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_a : Prix actualisé

P_0 : Prix initial du contrat

I_0 : Valeur de l'index de référence au mois d'établissement des prix (janvier 2023)

I_{m-3} : Valeur de l'index de référence trois mois avant la date de début d'exécution des travaux (valeur de mars 2023).

3.3. LE PRIX RÉVISABLE

3.3.1. Définition de la révision des prix

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 contractantes.

Le prix révisable se distingue du prix actualisable en ce que l'actualisation qui compense un décalage entre la date de fixation du prix et le début d'exécution, n'est susceptible d'intervenir qu'une seule fois, sauf pour les marchés à tranches (une actualisation pour

chaque tranche), alors que la révision des prix qui compense les variations des prix intervient périodiquement pendant toute l'exécution du marché.

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

3.3.2. Quand faut-il prévoir une clause de révision des prix ?

Révision obligatoire :

[L'article R. 2112-13 du code](#) prévoit que les marchés doivent obligatoirement être conclus à prix révisibles lorsque les prestations sur lesquelles ils portent sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des contrats.

FOCUS : C'est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de denrées alimentaires, mais aussi l'achat d'énergies lorsque les usages de la profession ne prévoient pas des prix fermes (certains contrats de fourniture de gaz et d'électricité)⁸³.

Cette obligation n'est pas reprise pour les marchés de défense ou de sécurité.

La clause de révision des prix doit impérativement fixer la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision des prix ainsi que la périodicité de la révision des prix ([Article R. 2112-13](#) alinéa 3).

Le rythme de la révision des prix doit être fixé en fonction du rythme prévisible des fluctuations des prix de l'activité économique concernée, et tenir compte de la fréquence de publication des valeurs des index composant la formule de révision des prix.

En outre, selon les articles [R. 2112-14](#) et [R. 2312-12 du code](#), 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.

L'acheteur doit s'interroger pour chacun de ses marchés, pour savoir si telle fourniture ou matière première, dont le prix est soumis à d'importantes fluctuations, intervient de manière importante dans la formation du prix de la prestation, objet du marché.

FOCUS : C'est le cas notamment pour de nombreux marchés de travaux, et même obligatoire dans le cas des marchés (et sous-traités) de transports de marchandise⁸⁴.

Les marchés de transport de marchandise sont en effet soumis au respect des dispositions des [articles L. 3222-1](#) et suivants du code des transports. Les I des [articles L. 3222-1](#) et [L. 3222-2 du code](#) des transports, dont les dispositions sont d'ordre public conformément à [l'article L. 3222-9 du même code](#), précisent les modalités de prise en compte des charges de

⁸³ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

⁸⁴ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

carburant à retenir pour l'établissement du prix de l'opération de transport de marchandises en distinguant deux cas de figure :

- « lorsque le contrat de transport mentionne les charges de carburant retenues pour l'établissement du prix de l'opération de transport, le prix de transport initialement convenu est révisé de plein droit pour couvrir la variation des charges liée à la variation du coût du carburant entre la date du contrat et la date de réalisation de l'opération de transport. La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour la réalisation de l'opération de transport » ;
- « à défaut de stipulations contractuelles identifiant les charges de carburant dans les conditions définies au I de [l'article L. 3222-1](#), celles-ci sont déterminées, au jour de la commande de transport, par référence au prix du gazole publié par le Comité national routier et à la part des charges de carburant dans le prix du transport, telle qu'établie dans les indices synthétiques du Comité national routier.

Le prix du transport initialement convenu est révisé de plein droit en appliquant aux charges de carburant la variation de l'indice gazole publié par le Comité national routier sur la période allant de la date de la commande de l'opération de transport à sa date de réalisation. La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par le titulaire pour la réalisation de l'opération de transport ».

L'acheteur doit déterminer le seuil à partir duquel au vu du contexte économique, 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.

Révision facultative :

L'acheteur doit être encouragé à insérer une clause de révision des prix, même dans des marchés qui n'entrent pas dans le champ de la révision obligatoire.

Une clause de révision des prix permet de suivre au plus près l'évolution réelle des variations économiques qui surviennent lors de l'exécution du marché a fortiori si celui-ci est de longue durée et peut garantir l'équilibre initial du contrat.

Même pour les marchés de services dont la composante principale est le coût de main d'œuvre d'une durée de plus d'un an, mieux vaut prévoir une clause de révision des prix plutôt que de voir celle-ci provisionnée par anticipation approximativement dans le prix initial des candidats au moment de la remise des offres.

Dans un même marché, il peut y voir plusieurs formules selon les activités différentes dont les montants sont bien identifiés. Les formules peuvent comporter plusieurs index.

Que disent les CCAG ?

L'article 10.1.1 du CCAG-MOE consacre le principe de révision des prix pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'une durée supérieure à trois mois.

Les autres CCAG renvoient aux documents particuliers du marché le soin de fixer la formule de révision des prix.

Que faire lorsque la clause de révision des prix obligatoire ne figure pas dans le marché ?

Lorsque l'acheteur omet d'insérer, dans son marché, une clause de révision des prix, pourtant obligatoire :

- **si le marché fait référence au CCAG MOE**

L'article 10.1.1 du CCAG-MOE prévoit une formule de révision des prix supplétive qui comprend une partie fixe et une partie variable, fondée sur l'index ING diffusé par l'INSEE et couramment utilisé pour ce type de marchés.

Dans la mesure où cette formule par défaut ne s'applique que dans le silence du marché, une clause du CCAP prévoyant une formule différente ne constitue pas une dérogation au sens de [l'article R. 2112-3 du code](#) et de l'article 1^{er} du CCAG.

Elle prend en compte l'évolution des indices/index par rapport au mois « m0 », qui correspond à la date d'établissement du prix initial, c'est-à-dire la date de remise de l'offre par le maître d'œuvre.

Dans l'hypothèse où la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre a donné lieu à la remise de plusieurs offres successives, dans le cadre d'une négociation ou d'un dialogue compétitif, le CCAG précise que la date à prendre en compte est la date de remise de l'offre finale.

Afin de compléter cette formule de révision des prix par défaut, le marché doit prévoir la date à laquelle les prix sont révisés et la périodicité de la mise en œuvre de la révision des prix. (Article 10.2.2)

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche technique de la DAJ intitulée « [Les prix dans le CCAG-MOE](#) » ;

- **si le marché fait référence aux dispositions des articles L. 3222-1 et suivants du code des transports**

Pour les des contrats de transports de marchandise, la révision s'applique même si elle n'a pas été prévue par le marché. (Cf. ci-dessus)

Autres cas : Dans les autres cas, aucun avenant introduisant une clause de révision ne pourra être conclu entre les parties contractantes sauf en cas de circonstances imprévisibles⁸⁵ et de modification de faible montant au sens de [l'article R. 2194-8 du code](#) (cf. Chapitre 1 cas permettant la modification des contrats en cours).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche technique de la DAJ intitulée « [Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision](#) »

3.3.3 Rédiger une clause de révision des prix

3.3.3.1. Qui rédige la clause de révision des prix ?

C'est à l'acheteur 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

⁸⁵ Point 19 de [l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#) « Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante. »

en compte de ces variations. La clause de révision des prix doit figurer dans les clauses particulières du marché ; elle est généralement inscrite dans le CCAP.

La clause de révision des prix est un élément essentiel pour l'élaboration de l'offre des candidats. Ces derniers vont fixer leur prix en fonction de l'existence d'une telle clause et de son contenu. La formule de révision 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.

Il n'est pas souhaitable de laisser aux candidats la liberté de proposer leur propre formule de révision des prix. Cependant, dans des cas exceptionnels, lorsque l'acheteur 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 (cf. Chapitre 5.4). L'acheteur devra cependant dans ce cas toujours prévoir une formule qui s'appliquera par défaut, si la proposition de formule du candidat 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 (cf. Chapitre 5).

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

3.3.3.2. Contenu de la clause de révision des prix

Chaque CCAG prévoit les conditions d'application de la clause de révision des prix, mais le CCAP est nécessaire pour le compléter avec la formule de révision adaptée et, le cas échéant, pour modifier certains éléments et donc déroger au CCAG.

Les éventuelles dérogations doivent être justifiées par les spécificités du marché. En effet, la multiplication d'adaptations qui ne seraient pas liées aux contraintes particulières de l'exécution du marché risquerait de rompre l'équilibre institué par les CCAG et pourrait ainsi affecter la bonne exécution du marché, mais également de limiter l'accès de certains opérateurs économiques au marché, comme les TPE/PME. Il ne doit y être dérogé qu'avec prudence et dans un souci de maintien de l'équilibre économique du contrat.⁸⁶

Si le marché s'y réfère, les CCAG précisent que la valeur initiale du ou des indices ou index à prendre en compte est celle correspondant à la date de remise de l'offre par le titulaire et que lorsque la procédure de passation a donné lieu à une négociation ou un dialogue compétitif, la date à prendre en compte est la date de remise de l'offre finale par le titulaire (articles 10.1.2 et 10.2.4 CCAG-PI, 10.1.2 et 10.2.4 CCAG-TIC, 9.4 CCAG-Travaux, 10.1 CCAG MOE, 10.1.2 et 10.2.4 CCAG-FCS, 11.1.2 et 11.2.4 CCAG-MI).

Si le marché ne se réfère pas à un CCAG, la date d'établissement du prix initial doit figurer dans les documents particuliers du marché, afin de permettre d'établir la valeur initiale des indices, index ou références à prendre en compte pour la révision des prix.

⁸⁶ [Fiche DAJ « Publication du guide d'utilisation des CCAG »](#)

3.3.3.3. Modalités de calcul de révision des prix

Trois modalités de calcul de la révision des prix sont offertes à l'acheteur :

- l'ajustement en fonction d'une référence ;
- l'application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation ou ;
- une combinaison des deux modalités ci-dessus.

- 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 (cf. Indices/index 3.4), le barème du titulaire ou une mercuriale de prix.

⇒ **Barème du titulaire**

L'ajustement peut se faire par référence au barème du titulaire, notamment lorsqu'aucun indice n'est représentatif.

Le choix de cette référence suppose, cependant, que l'acheteur prenne certaines précautions. Cette clause place en effet l'acheteur dans une situation de dépendance totale envers le titulaire, puisque ce dernier fixe librement son prix, alors que la référence retenue pour une révision des prix à répercuter sur le prix d'un contrat ne devrait pas être laissée à la discrétion du seul titulaire.

En cas d'utilisation d'un barème, l'acheteur doit veiller aux points suivants :

Le barème en vigueur au moment du dépôt de l'offre doit être :

- joint à l'offre et contractualisé ;
- celui appliqué à l'ensemble de la clientèle du titulaire (pas de barème spécifique en fonction du client à prouver par tous moyens) ;
- daté et numéroté.

Le marché doit prévoir :

- le cas échéant précisément dans quelles conditions sont appliqués les prix dégressifs, en fonction des quantités commandées ;
- selon quelles modalités les nouveaux barèmes seront envoyés et applicables (par exemple, uniquement après préavis) ;
- les conditions dans lesquelles l'acheteur peut bénéficier d'un barème plus intéressant, par exemple, en cas de promotions temporaires ;
- une clause butoir ou une clause de sauvegarde, voire les deux, afin de contenir l'évolution du prix ou de pouvoir résilier le marché, la fixation du barème relevant exclusivement du titulaire (cf. la partie « Comment contenir les effets de la révision des prix ? » ci-après).

L'acheteur doit demander, 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.

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.

⇒ **Mercuriale** (principalement dans le domaine alimentaire)

La mercuriale recense le cours des produits sur un marché. Elle n'est a priori pas influençable par un seul opérateur économique 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, qui peut être différent du marché national.

Le titulaire doit produire, à l'appui de ses demandes de paiement, des exemplaires 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.

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 celle du jour de livraison.

FOCUS : 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 des prix repose sur le jeu d'une formule intégrant plusieurs variables, qui doivent représenter les coûts des principaux éléments constitutifs 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 dans les documents de la consultation.

- Combinaison des deux précédentes modalités

Bien que rarement mise en œuvre, la possibilité de combiner les deux modalités est prévue par les articles [R. 2112-13](#) et [R. 2312-11 du code](#).

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

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

3.3.3.4. Facteurs de choix entre référence unique ou formule paramétrique

Quand recourir à la révision des prix en fonction d'une référence unique ?

La révision des prix en fonction d'une référence présente un avantage indéniable de simplicité pour l'acheteur. 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 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 des prix 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.

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

La formule de révision des prix peut se présenter ainsi :

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

P_r : Prix révisé

P_0 : Prix initial du marché

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

I_0 : Valeur de la référence du mois de remise des offres

Par exemple : Modalités de révision des prix recommandées pour les produits d'épicerie et les boissons

Formule générique : $P_r = P_0 \times (I_n / I_0)$

Avec :

P_r : Prix révisé

P_0 : Prix HT en cours d'application (ou prix HT initial de l'offre)

I_n : Dernier indice définitif connu au moment du calcul de la révision des prix

I_0 : Dernier indice définitif connu au moment de la précédente révision des prix (ou de l'offre initiale pour la 1^{ère} révision des prix).

Modalités de révision des prix recommandées par familles de produits : frais et réfrigérés, surgelés

Formule générique : $P_r = P_0 \times (I_n / I_0)$

Avec :

P_r : Prix révisé

P_0 : Prix HT en cours d'application (ou prix HT initial de l'offre)

I_n : Moyenne des prix moyens ou indices sur la période de révision des prix

I_0 : Dernier prix moyen ou indice définitif connu au moment de la précédente révision des prix (ou de l'offre initiale pour la 1^{ère} révision des prix).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche de la DAJ sur l'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires](#)

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

Dans ce cas et, dans la mesure où il n'y a pas de part fixe correspondant aux coûts fixes des opérateurs économiques nécessaires à la réalisation du besoin, la variation ne prend en compte que l'évolution des prix des éléments variables.

Cette formule est adaptée lorsqu'il s'agit d'achats de matières premières, de denrées pour lesquels les charges fixes des opérateurs économiques sont négligeables.

Dans le cadre de la révision des prix, si, pour réaliser les besoins de l'acheteur, le titulaire se doit d'intégrer, dans la réalisation des prestations, des charges fixes (qui ne varient pas en fonction du niveau de production des opérateurs économiques), un coefficient relatif à ces charges pourra alors être intégré (cf. Terme fixe 3.3.3.7).

Existe-t-il une formule paramétrique représentative des évolutions des prix du marché ?

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 à réaliser.

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 comme par exemple les marchés de travaux publics.

L'acheteur doit donc la créer en combinant plusieurs indices (ou index) existants. Cela suppose que l'acheteur ait une connaissance précise des différents indices et index existants afin de créer sa propre formule.

La mise en œuvre d'une formule paramétrique est complexe. Trop souvent en pratique, les acheteurs copient une formule paramétrique déjà utilisée, sans vérifier sa bonne correspondance aux prestations du marché, ce qui peut conduire à mettre les deux parties contractantes dans une situation difficilement maîtrisable, voire dangereuse pour la bonne exécution du marché.

La formule paramétrique se compose de plusieurs indices (ou index) correspondants aux principaux éléments du coût de la prestation (produits et matériaux, salaires, énergie...). L'acheteur leur affecte, ensuite, une pondération traduisant leur poids dans l'exécution de la prestation. Sur le plan économique, une formule de variation des 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 :

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

Dans cette formule, 10% du prix est invariable, ce qui a pour effet de déconnecter une partie des prix du marché de la réalité économique, en particulier pour les marchés qui ont une durée longue et en cas de survenance des circonstances imprévisibles.

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 :

P_r est le prix révisé

P_0 est le prix initial indiqué dans l'acte d'engagement et réputé établi sur la base des conditions économiques du « mois zéro »

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

I_0 : Valeur de la référence du mois de remise des offres

$a, b, c...$ sont les coefficients à appliquer aux indices (ou index) 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 (ou index) retenus en fonction de la nature des prestations du marché.

Au dénominateur, figurent les valeurs des indices (ou index) correspondant aux paramètres pour le mois zéro et au numérateur figurent les valeurs de ces mêmes indices (ou index) afférentes au mois de révision des prix.

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

Il arrive également que, dans un même marché, certaines prestations courantes soient révisées par simple ajustement, alors que d'autres nécessitent le recours à d'autres indices (ou index).

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 (ou index). 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 pourra élaborer une formule qui comporte, à la fois, des indices de prix et des indices de coûts ou des index, auxquels sont affectés des coefficients représentant leur poids respectif. Par exemple : achat de véhicules de la gamme standard modifiés pour un usage particulier.

Conseils pour composer sa formule paramétrique

L'acheteur doit :

- décomposer les éléments de la prestation et les hiérarchiser ;
- prendre en compte les éléments les plus importants et abandonner les éléments accessoires (inférieurs à 10%) ;
- rechercher les indices (ou index) correspondants ;
- déterminer la pondération à affecter à chaque indice (ou index) en fonction de l'importance de chaque prestation à réaliser ;
- s'interroger sur la nécessité d'une partie fixe et sur son poids.

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 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 des prix, 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 des prix comme l'énergie fossile ou certaines matières premières ou agricoles (cuivre, acier, nickel, coton...). Hormis ces cas, il convient d'éviter de retenir les pondérations faibles.

[L'article L. 112-2 et suivants du code monétaire et financier](#) interdit à l'acheteur 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 contractantes sauf cas dérogatoires prévus au [11° de l'article L. 112-3 du même code](#).

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

Les règles de calcul qui seront appliquées, telles que les arrondis, sont prévues par les différents CCAG mais elles pourront utilement être rappelées dans le CCAP.

Les six CCAG précisent que les coefficients de variation sont arrondis au millième supérieur. (Articles 10.1.2 et 10.2.3 CCAG-PI, CCAG-TIC et CCAG-FCS, 10.5 CCAG-Travaux, 10.1.2/ CCAG MOE, 11.1.2 et 11.2.3 CCAG-MI)

Selon [l'article L. 111-1 du code monétaire et financier](#), la monnaie de paiement est l'euro, lequel est divisé en cent centimes.

Par conséquent, les montants en euros ne peuvent s'exprimer qu'avec deux chiffres après la virgule. Le prix ainsi révisé sera donc arrêté à deux décimales.

Ainsi d'une manière générale et sauf stipulations contraires prévues dans le marché, la règle d'arrondi pour obtenir un montant exprimé avec deux chiffres après la virgule correspond à l'arrondi arithmétique qui consiste :

- 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).

Dans tous les cas, l'arrondi arithmétique se borne à regarder le chiffre qui suit le dernier chiffre retenu, quel que soit le nombre de décimales.

Il n'existe pas de règles d'arrondi spécifiques aux comptes publics. Ces derniers appliquent les règles d'arrondi prévues au marché même si le marché prévoit des règles d'arrondi différentes de l'arrondi arithmétique.

En fonction des dispositions contractuelles, l'arrondi pourra se faire sur les calculs intermédiaires et finaux ou seulement sur le calcul final.

Si aucun CCAG n'est visé par le marché ou que le marché y déroge sur ce point, c'est le CCAP qui devra préciser les modalités applicables concernant les arrondis. A défaut, aucune règle particulière ne s'imposera juridiquement.

3.3.3.6. Quel rythme de révision prévoir ?

La périodicité retenue sera différente selon chaque activité économique. Il est nécessaire qu'elle soit adaptée et cohérente en fonction des prestations à réaliser.

Le rythme des révisions des prix doit notamment tenir compte :

- de la volatilité des prix des prestations du marché ;
- de la fréquence de publication des valeurs des index retenus ;
- de la disponibilité des dates de valeur des indices/index retenus.

Dans un contexte où les prix évoluent très rapidement et où les opérateurs économiques ne disposent de peu de visibilité, l'acheteur doit prévoir un rythme de révision des prix rapide et adapté. Des révisions des prix trop espacées conduiraient à ne pas tenir compte des fluctuations réelles des prix entre deux révisions.

L'acheteur 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 contractantes. Ainsi, en fonction des prestations, la périodicité adaptée pourra être hebdomadaire, mensuelle, trimestrielle, semestrielle ou annuelle.

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

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

Que disent les CCAG ?

Les six CCAG prévoient que :

« 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 » (article 10.2.2 du CCAG-FCS **pour les marchés de fournitures courantes et services**, du CCAG-PI **pour les marchés de prestations intellectuelles** et du CCAG-TIC **pour les marchés de techniques de l'information et de la communication** ainsi que de l'article 11.2.2 du CCAG-MI **pour les marchés publics industriels**).

Ainsi lorsque ces conditions sont réunies, la périodicité de révision des prix prévue par le CCAP ne peut être supérieure à 3 mois.

Pour les CCAG FCS, PI, TIC et MI, en cas de prix révisibles, la périodicité de la révision des prix doit être fixée par les documents particuliers du marché.

En ce qui concerne les marchés de travaux qui font référence au CCAG-Travaux et n'y dérogent pas sur ce point, l'article 12.2 e) prévoit que les **acomptes mensuels** versés au titulaire comportent l'effet de la révision des prix. L'article 12.1.1 prévoit **qu'avant la fin de chaque mois**, le titulaire remet sa demande de **paiement mensuelle** au maître d'œuvre, sous la forme d'un projet de décompte. Ce projet de décompte établit le montant total des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution du marché depuis sa notification. Ce montant est établi à partir des prix initiaux du marché, mais sans actualisation ni révision des prix et hors TVA. L'article 12.1.7 précise que le titulaire joint notamment au projet de **décompte mensuel** le calcul, avec justifications à l'appui, les coefficients d'actualisation ou de révision des prix s'il ne l'a pas déjà fourni.

Le rythme de la révision des prix suit, souvent, le paiement des acomptes.

Il en est de même **pour les marchés de maîtrise d'œuvre** qui font référence au CCAG-MOE et n'y dérogent pas sur ce point : l'article 11.5 prévoit que la remise d'une demande de paiement **intervient au début de chaque mois** pour les prestations effectuées le mois précédent. Le maître d'œuvre transmet alors au maître d'ouvrage une demande de **paiement mensuelle** établissant le montant total, arrêté à la fin du mois précédent, des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution du marché depuis le début de celui-ci.

FOCUS : Concernant le secteur alimentaire

| Fréquence | Produits concernés | Date optimale de révision |
|--------------|---|---------------------------|
| Hebdomadaire | Fruits et légumes frais Produits de la mer frais | Mercredi pour jeudi |

| | | |
|---------------|---|---|
| Mensuelle | Autres produits frais (viandes fraîches, volailles, œufs coquilles, etc.) | Le 20 de chaque mois pour le mois suivant |
| Trimestrielle | Produits laitiers et ovo-produits Produits type « corps gras » (huiles, etc.) Café Produits surgelés Produits d'épicerie (hors corps gras et produits de campagne) Boissons Pain frais Produits de campagne (comportant, notamment, une part importante de fruits et légumes saisonniers ex. : compotes, fruits au sirop, salades de fruits) Fruits et légumes de 4 ^{ème} et 5 ^{ème} gammes | Janvier pour février Avril pour mai Juillet/août pour Septembre Novembre pour décembre |

3.3.3.7. Comment contenir les effets de la révision des prix ?

La révision des prix produit ses effets à la hausse comme à la baisse.

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

La clause de révision des prix constitue un engagement contractuel et aucune des parties contractantes ne peut y renoncer ou en empêcher unilatéralement la mise en œuvre.

Si cette clause s'avère finalement inadaptée, ni l'acheteur, ni le titulaire ne peuvent faire valoir en cours d'exécution du marché qu'elle ne traduit pas exactement les évolutions de prix des prestations sauf hypothèse de « circonstances imprévisibles »⁸⁷ et de modifications de faible montant.

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

La clause butoir

Elle est obligatoirement contractuelle. Elle empêche l'évolution du prix au-delà du butoir prévu, sans que le titulaire puisse s'y opposer. Elle peut reposer sur un indice (ou un index)

⁸⁷ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

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.

La clause butoir s'applique aussi bien à la baisse qu'à la hausse.

Elle ne devrait trouver à s'appliquer que dans les marchés mettant en œuvre une révision des prix sous la forme d'un ajustement sur le barème public du titulaire.

Lors de la modification du barème, l'acheteur 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 doit pas être prévue lorsque la formule de révision des prix est constituée d'indices (ou index) déjà représentatifs de l'évolution du prix ou du coût de la prestation et que ces indices (ou index) sont fiables (lorsqu'ils sont notamment produits par l'INSEE ou les RNM⁸⁸).

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, mais elle pourra rendre plus difficile le maintien de l'équilibre économique du contrat et potentiellement altérer la bonne exécution des prestations.

Une clause butoir ne doit avoir qu'un effet limité :

- en importance, car l'écart entre l'évolution « contractuelle » et la limitation basée sur le butoir ne doit être que de quelques % et ;
- 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.

Exemple 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 prorata temporis des barèmes successifs du titulaire ;
- le calcul de la variation à la hausse ou à la baisse des valeurs moyennes prorata temporis ainsi obtenues par rapport au prix initial du titulaire (Po) est à comparer à l'évolution concomitante de l'indice pris en référence. Il y a lieu, de ce fait, de calculer

⁸⁸ Ces indicateurs sont les cotations officielles produites par le Réseau des Nouvelles des Marchés (RNM), un réseau public associant les services régionaux de l'information statistique et économiques dans les directions régionales de l'agriculture, de l'alimentation et de la forêt et l'établissement public FranceAgriMer. Ces cotations ne couvrent pas l'ensemble des denrées alimentaires.

la variation de l'indice de référence (I) de la même période par rapport à la valeur de l'indice initial (I₀) ;

- la comparaison de la variation de la valeur pondérée prorata 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 prorata 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 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 des prix devient trop important.

L'emploi des clauses butoir et de sauvegarde est à écarter pour les prestations citées aux articles [R. 2112-13](#) 2° et [R. 2112-14](#) du code.

FOCUS : Pour les achats de denrées alimentaires, il est fortement déconseillé de limiter les effets de la révision des prix par une clause de sauvegarde ou une clause butoir.

Celles-ci sont, en effet, le plus souvent inadaptées aux marchés de fourniture de produits alimentaires du fait de la variabilité des prix des produits et ne permettent pas une exécution équitable du marché entre les parties contractantes.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche de la DAJ sur l'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires](#)

La clause de sauvegarde

La clause de sauvegarde permet à l'acheteur de résilier, sans indemnité, la partie non exécutée des prestations, lorsque le prix révisé dépasse la sauvegarde prévue. Son application peut permettre d'éviter de continuer à exécuter un contrat qui n'est économiquement plus adapté aux conditions en vigueur.

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 l'acheteur 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 connues lors de la mise en concurrence et prévues dans le marché, notamment, la période de préavis.

L'acheteur 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 contractantes, de procéder à une nouvelle mise en concurrence qui permettra d'établir le juste prix du marché.

Il convient d'utiliser la clause de sauvegarde avec prudence et d'éviter qu'elle n'entraîne une résiliation automatique du marché (la résiliation doit rester une faculté).

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 les documents contractuels 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.

Une clause de sauvegarde qui fait référence à une hausse moyenne du tarif permet au titulaire 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 catalogue⁸⁹ : 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.

FOCUS : S'agissant des marchés d'achats de denrées alimentaires, il est déconseillé de faire coexister des clauses butoirs ou de sauvegarde avec les clauses de variation des prix compte tenu de la variabilité intrinsèque aux prix des denrées alimentaires incluses dans la prestation : le recours à des clauses butoirs ou de sauvegarde risque de neutraliser les variations des prix, tant à la baisse qu'à la hausse, ne permettant pas une exécution équitable du marché entre les parties contractantes, et obérant l'atteinte des objectifs des lois EGAlim.

De manière plus générale, de sorte à ce que les clauses de révision de prix reflètent fidèlement les variations des coûts réellement subies, il est préconisé d'éviter, sauf exception, de stipuler des clauses butoirs ou de sauvegarde.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche de la DAJ sur l'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires](#).

Terme fixe (ou partie fixe) dans une formule paramétrique

Une formule de révision ne comporte pas nécessairement de partie fixe (sauf pour les marchés de défense ou de sécurité [article R. 2312-11 2 du code](#)). Cependant, l'acheteur peut l'imposer.

Il n'est malgré tout pas recommandé d'inscrire systématiquement une partie fixe dans les clauses de variation des prix, qui, si elles sont fidèles aux évolutions réelles des prix, doivent être mise en œuvre sans correctif.

Le terme fixe permet d'amortir une partie des fluctuations des prix du marché lorsque son exécution nécessite l'utilisation de fournitures affectées par les variations de cours mondiaux et d'opérer un partage équitable entre l'acheteur et le titulaire des risques de dérive de ces cours, puisque le calcul de la révision des prix ne s'effectue pas sur la totalité des composantes du prix. Il a un effet de lissage des prix à la hausse, comme à la baisse.

⁸⁹ [TA Cergy-Pontoise, 3 décembre 2015, 1509913](#) a admis une contractualisation du catalogue à condition qu'il précise la nature et l'étendue des prestations attendues dans le cadre de ce catalogue.

Le régime juridique de la partie fixe a notablement évolué depuis le début des années 1980, années caractérisées par une forte inflation, qui donnait ainsi un effet déflationniste à la partie fixe, et incitait à son utilisation fréquente.

Le [décret n° 79-992 du 23 novembre 1979](#) fixait la valeur minimale du terme fixe à 12,5 % pour l'Etat. Il était même recommandé de prévoir un pourcentage supérieur dans le cas, notamment, où de forts gains de productivité étaient constatés à l'occasion de commandes répétitives.

L'article [18 du Code des marchés publics 2006](#) a rendu facultative l'inclusion de ce terme fixe dans les formules de révision des prix.

L'article [R. 2112-13 du code](#) confirme le caractère facultatif de ce terme fixe qui, en revanche, demeure obligatoire pour les marchés de défense ou de sécurité.

Economiquement, le terme fixe peut se justifier principalement par trois éléments :

- il permet de prendre en compte les frais fixes peu influencés par les variations économiques mais les frais fixes comme la marge représentent rarement plus de 15 % du prix ;
- il représente une partie des gains de productivité qui ne pourraient être rétrocédés à l'acheteur autrement, mais en cas de révision négative, la partie fixe freinerait cette baisse ;
- il traduit l'avantage qu'a un titulaire à bénéficier d'un marché par rapport à un autre candidat qui doit remettre en cause ses conditions à chaque consultation.

Le défaut de représentativité de certains indices (ou index) ne justifie pas son recours.

C'est pourquoi, des mécanismes pour contenir les effets de la révision des prix tels que cités précédemment s'y substituent le cas échéant.

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 reste juridiquement possible.

Il est nettement plus utilisé lorsque la révision des prix est basée sur la formule représentative de l'évolution du coût de la prestation ou lors d'une combinaison entre les deux précédentes méthodes.

FOCUS : S'agissant des marchés de services de restauration collective ou de nettoyage ainsi que, de manière générale, tous les services dans lesquels les salaires représentent une très forte proportion des coûts de production, il est fortement déconseillé d'utiliser des formules de variation des prix incluant une partie fixe, cette dernière n'étant pas justifiée dans un secteur où l'accroissement des gains de productivité du titulaire est marginal.

Protection financière contre les risques de variation des 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.

Cette méthode empêche cependant de bénéficier des baisses éventuelles et est pénalisante en termes de stock et de bonne gestion de la trésorerie de l'acheteur et/ou de gardiennage à la charge du titulaire, comme c'est le cas des marchés de travaux. 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 de marché ou les documents de la consultation. Lorsque cette protection financière est mise en œuvre, la part des matières premières concernées s'ajoute, dans la formule de révision des prix, à la partie fixe.

Néanmoins, le coût supplémentaire de la protection financière sera, très probablement, répercuté sur le prix du marché.

Clause de variation des prix à seuil de déclenchement

La complexité de la mise en œuvre de la clause de révision des 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 le titulaire que pour l'acheteur, en adoptant un seuil de déclenchement de la clause de révision des 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. Le marché doit alors prévoir les conditions de mise en œuvre de cette formule. Par exemple, le marché peut prévoir une clause selon laquelle le jeu de la formule ne se déclenchera que dans la mesure où la variation par rapport au prix initial est égale ou supérieure à 2 %. Le calcul de l'effet de la formule de variation des prix 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.

La clause de « prix promotionnel »

Cette clause peut permettre qu'en cours d'exécution, 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, en 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 ne s'applique qu'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 accord-cadre à bons de commande**, 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 à ne prévoir l'application du tarif (dégressif) que lorsque le seuil (contractuel) est 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 recourir à un avenant.

Pour les accords-cadres à marchés subséquents, cette pratique peut se révéler difficile à mettre en œuvre et doit être prévue au stade de l'accord-cadre.

Elle est très susceptible de rendre subjective l'appréciation du critère financier d'attribution.

3.3.3.8. Comment mettre en œuvre la clause de révision des prix ?

Les clauses de révision des prix sont mises en œuvre, conformément aux dispositions contractuelles, et sans que l'une des parties contractantes ait à en demander l'application, sauf stipulation contraire expresse. Les modalités de mise en œuvre de cette clause doivent donc être précisément déterminées dans les documents particuliers du marché, même si celui-ci fait référence à un CCAG.

Les CCAG prévoient que les demandes de paiement remises par le titulaire mentionnent « le détail des calculs, avec justifications à l'appui, des coefficients d'actualisation ou de révision des prix ». Cette clause s'applique pendant toute la durée d'exécution du marché, y compris durant sa prolongation par voie de modification/d'avenant. Elle intervient périodiquement dans les conditions fixées par le marché.

Si le marché ne se réfère pas aux CCAG ou y déroge sur ce point, le CCAP mentionnera, notamment, si le titulaire doit, lors de sa demande de paiement, calculer la révision des prix applicable et fournir à l'acheteur les informations (notamment la valeur des indices ou index) nécessaires au contrôle du calcul.

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 R. 2191-27](#) et [R. 2391-20](#) du code ; article 9.4.4 du CCAG-Travaux). Ceci afin de garantir à l'acheteur que le retard du titulaire ne fera pas profiter ce dernier d'une augmentation du prix des prestations. Le CCAP doit préciser comment sera fixée la valeur finale de la référence utilisée.

De plus, et si le marché s'y réfère, les **CCAG-PI, MI, TIC et FCS**, prévoient des stipulations permettant de déterminer la date à prendre en compte pour ce calcul :

- le jour de la livraison ou de la fin d'exécution de la prestation, si celles-ci sont effectuées dans le délai prévu par l'acheteur ou ;
- si l'acheteur n'a pas fixé de délai à la date limite prévue par l'acheteur pour la livraison ou la fin d'exécution de la prestation, lorsque le délai prévu est dépassé. (Article 10.2.1 du CCAG-PI, article 11.2.1 du CCAG-MI, article 10.2.1 du CCAG-TIC et article 10.2.1 du CCAG-FCS)

Pour les marchés de fournitures courantes ou de services qui font référence au CCAG FCS et n'y dérogent pas sur ce point, l'article 11.3.2 prévoit que la demande de paiement transmise par le titulaire est datée et mentionne les références du marché ainsi que, selon le cas :

« – le montant des prestations admises, établi conformément aux stipulations du marché, hors TVA et, le cas échéant, diminué des réfections fixées conformément aux stipulations de l'article 30.3 ;

– la décomposition des prix forfaitaires et le détail des prix unitaires, lorsque l'indication de ces précisions est prévue par les documents particuliers du marché ou que, eu égard aux prescriptions du marché, les prestations ont été effectuées de manière incomplète ou non conforme ;

– lorsqu'un paiement est prévu à l'issue de certaines étapes de l'exécution du marché, le montant correspondant à la période en cause ;

– **le détail des calculs, avec justifications à l'appui, de l'application des coefficients d'actualisation ou de révision des prix ;**

– en cas de groupement conjoint, pour chaque membre du groupement, le montant des prestations effectuées par celui-ci ;

– en cas de sous-traitance, la nature des prestations exécutées par le sous-traitant, leur montant total hors TVA, leur montant toutes taxes comprises ainsi que, le cas échéant, les variations de prix établies hors TVA et toutes taxes comprises ;

– le cas échéant, les indemnités, primes et retenues autres que la retenue de garantie, établies conformément aux stipulations du marché. »

Il existe des clauses analogues dans les autres CCAG (article 12.3.2 CCAG MI et article 11.3.2 CCAG PI, TIC et MOE).

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre, l'article 11.8 du CCAG-MOE indique également que : « lorsque la valeur finale des indices ou index de référence n'est pas connue au moment de l'établissement du décompte général, ce dernier est établi en prenant en compte la dernière valeur de référence connue » (article 11.8.1). Le décompte général et définitif lie définitivement les parties, sauf en ce qui concerne la mention prévue à l'article 11.8.1, les montants des révisions de prix et des intérêts moratoires afférents au solde. Le cas échéant, les révisions de prix sont calculées dans les conditions prévues à l'article 11.8.1. le maître d'ouvrage notifie au maître d'œuvre le montant des révisions des prix au plus tard dix jours après la publication des indices ou index de référence permettant la révision du solde » (article 11.8.6).

En ce qui concerne les marchés de travaux qui font référence au CCAG-Travaux et n'y dérogent pas sur ce point, l'article 12.1.1 du CCAG Travaux précise « qu'avant la fin de chaque mois, le titulaire remet sa demande de paiement mensuelle au maître d'œuvre, sous la forme d'un projet de décompte. Ce projet de décompte établit le montant total des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution du marché depuis sa notification. Ce montant est établi à partir des prix initiaux du marché, **mais sans actualisation ni révision des prix et hors TVA**. Si des prestations supplémentaires ou modificatives ont été exécutées, les prix mentionnés sur l'ordre de service prévu à l'article 13.1 s'appliquent tant que les prix définitifs ne sont pas arrêtés.

Lorsque des réfections ont été fixées par application du présent CCAG, elles s'appliquent chaque projet de décompte mensuel concerné. »

L'article 12.1.7 du CCAG Travaux indique que « le titulaire joint au projet de décompte mensuel les pièces suivantes, s'il ne les a pas déjà fournies :

- les calculs des quantités prises en compte, effectués à partir des éléments contenus dans les constats contradictoires ;

- **le calcul, avec justifications à l'appui, des coefficients d'actualisation ou de révision des prix ;**
- le cas échéant, les pièces justifiant les débours, effectués au titre de l'article 26.4, dont il demande le remboursement ;
- les copies des demandes de paiement des sous-traitants acceptées par le titulaire.

L'article 12.2.1 du CCAG Travaux souligne « *qu'à partir du décompte mensuel, le maître d'œuvre détermine le montant de l'acompte mensuel à régler au titulaire. Le maître d'œuvre dresse à cet effet un état d'acompte mensuel faisant ressortir notamment l'effet de l'actualisation ou de la révision des prix ; les parties contractantes de l'acompte actualisables ou révisables sont majorées ou minorées en appliquant les coefficients prévus.* »

Enfin l'article 12.4.2 du CCAG-Travaux prévoit que, lorsque la valeur finale des indices (ou index) utilisés pour la révision des prix n'est pas connue au moment de l'établissement du décompte général, l'acheteur doit mentionner dans ce décompte leur dernière valeur connue.

Le titulaire n'est pas recevable à demander la révision du prix du marché à défaut de l'avoir demandée et chiffrée dans son projet de décompte final⁹⁰.

3.3.3.9. Qui doit calculer la variation des prix ?

L'application de la clause de variation des prix fait partie intégrante de la formation du prix au moment de la conclusion du marché.

En application des [articles R. 2112-9 à R. 2112-14 du code](#), le marché doit fixer les modalités de la mise en œuvre de l'actualisation ou de la révision des prix. Lorsque les conditions décrites dans le contrat sont réunies, elles sont mises en œuvre selon les prescriptions du contrat.

C'est donc l'acheteur qui fixe ces modalités.

Le contrat doit établir de façon précise la répartition des rôles entre l'acheteur et le titulaire et indiquer à qui revient l'initiative de calculer la variation des prix ; la seule référence au CCAG ne suffit pas. Selon les stipulations contractuelles du marché (celles du CCAG et celles du CCAP), il appartiendra ou non au titulaire de procéder au calcul des révisions des prix⁹¹.

Pour les marchés qui ne font pas référence à un CCAG ou qui y dérogent, 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 différends ou de paiement d'intérêts moratoires.

En tout état de cause, lorsqu'une actualisation ou une révision des prix est prévue au marché, elle constitue un droit du titulaire que l'acheteur est tenu de respecter.

Le comptable public doit appliquer la clause de variation des prix figurant au contrat sans que le titulaire ait à réclamer sa mise en œuvre sauf clause contractuelle contraire.

⁹⁰ [CE, 16 décembre 2015, Ville de Lyon / Société Ruiz, n° 373509.](#)

⁹¹ [Réponse ministérielle 7 juin 2018](#) Question écrite n°03757 - 15e législature Publiée dans le JO Sénat du 07/06/2018 - page 2824

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

Il est recommandé de prévoir des prix révisibles, dès la fin de la première année, voire pendant la première année, pour les marchés répondant à des besoins continus ou réguliers et conclus pour une ou plusieurs années, tels que les accords-cadres à bons de commandes ou à marchés subséquents.

L'acheteur a l'obligation de mentionner, dans les documents de la consultation de l'accord-cadre, la forme du prix et les modalités de sa détermination.

Lors de la passation d'un accord-cadre mono-attributaire ou multi-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).

Pour les accords-cadres mono attributaires ou multi-attributaires, une mention expresse doit obligatoirement être intégrée dans les documents de la consultation pour que les prix soient considérés comme des prix plafond.

Lorsqu'il est demandé des prix indicatifs au stade de l'accord-cadre, ces derniers doivent refléter la réalité économique du marché au moment de la remise de l'offre.

Une telle obligation doit également figurer dans les documents de la consultation.

Auparavant, l'acheteur doit vérifier si l'objet du marché est compatible avec la mise en place d'un prix plafond.

Ainsi, sur des marchés de fourniture sur lesquels il existe une volatilité forte des prix, telle que la fourniture d'énergie, fixer un prix plafond peut s'avérer complexe, voire impossible pour les candidats.

La fixation d'un prix plafond peut entraîner une augmentation artificielle des prix défavorable à l'acheteur.

Cette augmentation des prix peut par ailleurs être variable d'un candidat à un autre (en fonction de l'obligation de couverture de prix associée, qui n'est pas la même pour les différents fournisseurs) et ainsi fausser la comparaison des offres.

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

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la [fiche de la DAJ dédiée à l'accord-cadre](#) ainsi que la note explicative de la DAJ sur les conséquences de [l'arrêt CJUE, 17 juin 2021](#).

3.4. LES 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 l'acheteur dispose d'un indice (unique) représentatif de la prestation, en particulier d'un indice publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques (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.

Pour la bonne mise en œuvre d'une clause de variation des prix, il est indispensable de se référer aux indices (ou index) adaptés à la prestation à réaliser.

3.4.1. Où trouver les indices et index ?

On trouve des index préexistants dans différents secteurs économiques (ingénierie, construction, alimentaire...).

Compte tenu de la complexité et de la diversité des indices (ou index) existants par secteur d'activité, les acheteurs peuvent se renseigner dans le cadre d'un "sourcing", auprès des opérateurs économiques du secteur qui seront à même de leur indiquer les différents indices (ou index) pertinents et à disposition ou en échangeant leurs bonnes pratiques sur les plateformes de communautés d'acheteurs ayant pour objectif de réunir des ressources, d'échanger entre pairs et de diffuser des informations telles que [Rapidd](#) (Communauté des achats durables relative aux achats socialement et écologiquement responsables). Ainsi, l'acheteur pourra choisir quels sont les indices (ou index) adaptés à insérer dans le CCAP.

Certains indices et index sont publiés par l'INSEE, ainsi que par le ministère chargé de l'écologie. D'autres sont publiés par des organisations ou des organismes professionnels.

Il convient de préférer les indices et index publiés par les administrations⁹², qui présentent une garantie d'impartialité et de représentativité plus grande.

Aide à la recherche depuis la page d'accueil du site de l'INSEE : cliquer sur l'onglet

- "Services" dans le bandeau en haut puis sur
- "Consulter les indices et séries chronologiques" et sur
- "Recherche d'indices et de séries chronologiques" enfin
- soit aller dans "Recherche par identifiant ou par mot-clé" pour indiquer dans "Recherche libre" l'identifiant
- soit faire une recherche par filtres sans mettre le mot Indice.

Pour consulter les indices et séries chronologiques de l'INSEE : <https://www.insee.fr/fr/information/2411675>.

FOCUS : Concernant le secteur alimentaire, il est recommandé de se référer pour la fourniture de denrées alimentaires, au référentiel France Agrimer avec les cotations RNM ainsi qu'à un ou plusieurs indices de matière première INSEE pour la fourniture de matériels lorsque la référence existe.

Les effets de la formule de variation des prix dépendent de la pertinence de ces indices par rapport au marché. Ces effets pourront avoir une évolution très différente de celle attendue et conduire les deux parties contractantes dans une situation difficilement maîtrisable, voire dangereuse pour la bonne exécution du marché en cas de références inadaptées.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche de la DAJ sur l'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires](#)

⁹² [Voir l'exemple du Ministère des armées](#)

FOCUS : Dans le secteur de la construction, il existe une série de 37 index BT pour les travaux de bâtiment et 23 index TP pour les travaux publics⁹³. Ils constituent des références pour les marchés de travaux, du fait de leur représentativité et de leur pérennité.

Les index Bâtiment, Travaux Publics et divers de la construction sont des indices composites de coûts de différentes activités ou sous-activité du secteur de la construction. Au nombre de 78, ils sont calculés comme une somme pondérée d'indices très détaillés représentatifs des différents postes de dépenses des professionnels (travail, énergie, matériaux, services, transports, déchets). Ils sont destinés à l'actualisation et à la révision des prix des marchés de construction. Ils servent notamment à indexer les marchés publics et les contrats de construction de maison individuelle.

Les index BT-TP sont diffusés mensuellement sur le site de l'INSEE et au Journal officiel.

Ils étaient jusqu'à présent publiés avec un délai de 80 jours environ après la fin du mois considéré (M + 80), sans révision ultérieure. Depuis le printemps 2022, ils sont publiés **avec une réduction des délais de publication à 45 jours** après la fin du mois considéré (M + 45) grâce à une évolution de la méthodologie.

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**.

Ils ne doivent donc ne pas être utilisés pour actualiser ou réviser les prix d'un marché.

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

L'acheteur doit préciser dans le CCAP chaque indice (ou index) qu'il prend comme référence, 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.

Les indices et index de références doivent être en relation directe avec l'objet du contrat ([article L. 112-2 du code monétaire et financier](#)).

Ils 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, notamment en fondant son choix sur son intitulé littéraire.

Par exemple, lorsque l'ouvrage comporte une proportion importante d'un produit ou d'un service 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 variation 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.

Les indices et les index sont généralement présentés sur une base 100 pour une année N.

⁹³ Les index Bâtiment, travaux publics et divers de la construction sont des indices composites de coûts de différentes activités ou sous-activité du secteur de la construction.

Leur valeur est, ensuite, calculée à partir de cette base 100. Ainsi, par exemple, pour les marchés d'ingénierie, l'index ING correspond à une base 100 au mois de janvier 2010.

Les indices et index sont habituellement publiés mensuellement ou trimestriellement, parfois semestriellement. Le CCAP doit donc prévoir quelle valeur de l'indice (ou index) choisi sera prise en compte pour le calcul de la révision des prix.

3.4.3. A quels indices (ou index) se référer : indice (ou index) réel, publié ou connu ?

Les indices (ou index) publiés et les indices (ou index) connus ne sont pas les indices (ou index) réels.

Les indices (ou index) utilisés doivent **toujours correspondre à la période réelle d'exécution des prestations**, car c'est le seul moyen de suivre le plus fidèlement possible l'évolution des prix conforme à celle subie par le titulaire, tout particulièrement lorsque les évolutions sont fortes sur des périodes courtes.

Par exemple la formule $Cr : 0,15 + 0,85 (Im-4 / Io-4)$ est à bannir : 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.

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 variation 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 de la valeur des indices (ou index) par rapport à la période qu'ils couvrent. Or, si on utilise les derniers indices (ou index) connus, ils peuvent être décalés de deux à trois 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 au titulaire, dans l'autre cas cela est favorable à l'acheteur et dans les deux cas ce n'est pas le reflet de la réalité de l'évolution des prix des prestations. Cela est, en revanche, acceptable si l'acheteur 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 R. 2191-28](#) et [R. 2391-20](#) du code).

Si les parties contractantes ont dû recourir à un indice/index provisoire au moment de la conclusion du marché, le calcul du prix révisé devra être rectifié quelques mois plus tard par avenant en fonction de l'indice/index définitif correspondant.

- **En cas de marchés de travaux et de maîtrise d'œuvre**, cet indice/index définitif sera utilisé pour le calcul du solde lors du décompte général et définitif.

L'article 12.2.1 du CCAG-Travaux prévoit que « si, lors de l'établissement de l'état d'acompte, les index de référence ne sont pas tous connus, cet effet est déterminé provisoirement à l'aide des derniers coefficients calculés et il est fait mention de cette circonstance dans l'état d'acompte. »

- **Pour les autres types marchés**, cet indice/index définitif sera utilisé à l'occasion du calcul du prix de règlement.

L'avenant produira l'effet explicitement prévu à la date d'introduction de la nouvelle série et pourra donc entraîner une modification du calcul antérieur de la révision des prix par la reprise des éléments (indices/index) dès qu'ils seront connus.

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

3.4.4. Comment vérifier la liquidation de la révision annuelle des prix d'un marché au vu des indices (ou index) INSEE ?

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 (ou index) sera certainement publié après la date anniversaire du marché, la révision des prix sera donc provisoire et deviendra définitive lors de la publication de l'indice (ou l'index) correspondant au dernier mois de la première période.

Lorsque les valeurs finales des références utilisées dans les formules de variation des prix (indices ou index) ne sont pas connues à la date où doit intervenir un paiement, c'est la valeur connue qui est utilisée, le paiement « final » intervenant au plus tard trois mois après la publication de la valeur finale ([articles R. 2191-28](#) et [R. 2391-20 du code](#)).

Lorsque la valeur publiée est provisoire, une mention expresse figure sur la ligne correspondante de la valeur (site de l'INSEE), en général sous la forme d'un « P ».

L'utilisation des derniers indices (ou index) connus à la place des indices (ou index) réels afférents à la période d'exécution des prestations hors révision provisoire est contraire aux articles [R. 2191-28](#) et [R. 2391-20](#) du code et fait courir à l'acheteur et au titulaire le risque d'utiliser des indices (ou index) qui ne reflètent pas les conditions réelles d'exécution.

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

Si le contrat prévoit un arrêt de la série utilisée pour l'indexation :

L'arrêt de la série chronologique peut faire l'objet d'une clause du contrat précisant la méthode pour substituer une nouvelle série à une ancienne.

Dans le silence du contrat, s en cas de mention par l'INSEE d'une série poursuivante :

L'en-tête de la série arrêtée ou son onglet « Documentation » fournissent la plupart du temps une nouvelle série poursuivante avec une date et un coefficient de raccordement.

Cette dernière est sur un périmètre identique ou proche.

Il est alors suggéré d'utiliser la nouvelle série et de la multiplier par le coefficient de raccordement pour obtenir des valeurs qui prolongent l'ancienne série.

Ainsi, on doit prendre :

- le prix initial dans le contrat (Pi) ;
- la valeur définitive à la date t de la série poursuivante l'indice initial du contrat (VPt) ;
- le coefficient de raccordement fourni (avec le nombre de décimales fourni) (C) ;
- la valeur à la date initiale définie par le contrat de l'indice initial du contrat (Vi).

Le calcul consiste ensuite à effectuer l'opération suivante : $(Pi \times Vpt \times C) / Vi$ = prix réévalué à la date t.

Dans le silence du contrat, en cas d'absence de mention par l'INSEE d'une série poursuivante :

Au cas où une série chronologique arrêtée n'a pas de série correspondante désignée, ou si elle paraît inadaptée aux deux parties contractantes, celles-ci doivent se mettre d'accord sur une nouvelle série poursuivante, par avenant.

Un coefficient de raccordement pourra être calculé, pour cela il faut prendre :

- la dernière valeur définitive de la série arrêtée (Va) ;
- la valeur définitive de la série poursuivante à la même date (VPd).

Le calcul consiste ensuite à effectuer l'opération suivante : $Va / VPd =$ coefficient de raccordement calculé (C).

Au-delà de la date d'arrêt de l'ancienne série, il faut donc prendre :

- le prix initial dans le contrat (Pi) ;
- la valeur définitive à la date t de la série poursuivant l'indice initial du contrat (VPt) ;
- la dernière valeur définitive de la série arrêtée (Va) ;
- la valeur de l'indice initial du contrat, à la date initiale définie par le contrat (Vi) ;
- la valeur de la série poursuivante, définitive à la date d'arrêt de l'ancienne série (VPd).

Le calcul consiste ensuite à effectuer l'opération suivante : $(Pi \times Vpt \times Va) / (Vi \times VPd) =$ prix réévalué à la date t.

3.4.6. Que peut faire l'acheteur dans le cas de la disparition d'un index INSEE ?

Les principes à mettre en œuvre sont les suivants :

- Il n'est pas nécessaire de rédiger un avenant pour prolonger une ancienne série par une nouvelle série correspondante et un coefficient de raccordement publiés par l'INSEE quand la série correspondante est unique : l'information du comptable suffit.⁹⁴

De même, en cas de changement de base des index, la signature d'un avenant n'est pas nécessaire.

- En revanche, quand plusieurs séries correspondantes sont proposées, le choix de la série correspondante doit faire l'objet d'un avenant, sauf si en raison de l'objet même du marché, l'index nouveau s'impose à l'évidence et dans la mesure où le libellé de l'index (notamment son numéro de référence) n'est pas substantiellement modifié.

- Si l'objet du marché justifie l'utilisation de plus d'un index dans la nouvelle série par rapport à la série ancienne, un avenant est également nécessaire.

Le tableau de correspondance publié par l'INSEE indique la liste des anciens et des nouveaux index.

Il fournit également les coefficients de raccordement nécessaires pour reconstituer les anciennes séries aux fins d'indexation de contrat.

En cas d'avenant, celui-ci produira son effet à la date d'introduction de la nouvelle série et pourra donc avoir un effet rétroactif pour le calcul de la révision de prix, si cet effet est prévu explicitement par l'avenant.

⁹⁴ [CAA Marseille, 25 octobre 2021, n° 20MA00348](#) « L'application par l'acheteur d'un nouvel index de référence INSEE, n'est pas la conséquence d'une modification unilatérale du contrat qui aurait nécessité la conclusion d'un avenant. »

4. CLAUSES DE PÉNALITÉS ET CLAUSES INCITATIVES

4.1. CLAUSES DE PÉNALITÉS

4.1.1. Principe et conditions de mise en œuvre de la clause de pénalités

Même si les clauses de pénalités ne modifient pas le prix en tant que tel, le montant final payé sera affecté à la baisse par leur mise en œuvre.

Ces sanctions pécuniaires contractuelles, dues en raison d'une inexécution (totale ou partielle) et prévues dans le marché initial ou par avenant ultérieur, ont une double finalité : réparatrice et dissuasive.

Dans le silence du contrat, les pénalités sont exclusives. Elles sont en principe libératoires puisque l'acheteur ne peut plus demander d'indemnité supplémentaire au titre des manquements qu'elles couvrent, sauf clauses contractuelles contraires et lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice distinct. En effet, il a, par exemple, été jugé que les troubles subis du fait de la mise à disposition tardive de l'ouvrage sont distincts du préjudice d'indisponibilité normalement réparé par les pénalités auxquelles le maître de l'ouvrage avait renoncé en prolongeant les délais⁹⁵.

Elles sont également forfaitaires puisque leur application n'est pas conditionnée à l'existence d'un préjudice pour l'acheteur occasionné du fait du non-respect d'une disposition du marché⁹⁶ : le simple constat d'une inexécution contractuelle suffit à entraîner le paiement intégral de la pénalité due. Le titulaire ne saurait utilement soutenir, pour échapper totalement ou partiellement à la sanction contractuelle, que l'acheteur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge⁹⁷. De son côté, l'acheteur qui bénéficie de pénalités de retard ne peut demander l'indemnisation des préjudices, de toute nature, causés par ces retards⁹⁸, ni se prévaloir d'un préjudice supérieur au montant de la pénalité pour obtenir une réparation complémentaire du préjudice résultant de la faute sanctionnée par la pénalité⁹⁹.

L'application des pénalités ne dispense pas pour autant le titulaire de l'obligation de réaliser les prestations.

Pour un même manquement, l'application de pénalités n'empêche pas la mise en œuvre d'autres sanctions. Un acheteur peut ainsi, après avoir dans un premier temps appliqué des pénalités de retard, faire exécuter le contrat par un tiers aux frais et risques du titulaire ou même résilier le contrat pour faute en cas de carence persistante de ce dernier¹⁰⁰.

⁹⁵ [CAA Nantes, 20 juin 2003, Société Citra Ouest, n° 99NT00762.](#)

⁹⁶ Le juge administratif ne saurait tenir compte des moyens tirés de ce que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou de ce que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à la charge du titulaire. [CE, 20 juin 2016, Société Eurovia Haute-Normandie, n° 376235.](#)

⁹⁷ [CE, 19 juillet 2017, Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707.](#)

⁹⁸ [CE, 14 avril 1995, Société d'aménagement de la région de Rouen, n° 75330.](#)

⁹⁹ [CE, 15 mai 1987, Hôpital rural de Breil-sur-Roya, n° 41974.](#)

¹⁰⁰ [CE, 18 décembre 2020, Société Treuils et Grues Labor, n° 433386.](#)

Le contrat doit préciser les modalités d'application des pénalités, et notamment les conditions éventuelles de mise en demeure préalable par l'acheteur à l'opérateur économique de se mettre en conformité.

Que disent les CCAG ?

Les CCAG organisent le régime de pénalités applicable aux marchés qui s'y réfèrent (articles [19 du CCAG-Travaux](#), [14 des CCAG-FCS](#), [PI](#) et [TIC](#), [15 du CCAG-MI](#) et [16 du CCAG-MOE](#)), et prévoient :

- des clauses-types de pénalités ;
- l'exonération du paiement de ces mêmes pénalités lorsque leur montant total ne dépasse pas 1 000 € pour l'ensemble du marché ;
- ainsi qu'un plafonnement du montant total des pénalités de retard appliquées au titulaire pendant la durée du marché à 10 % du montant total HT du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande.

Ce plafond, sauf mention contraire explicite, ne concerne pas uniquement les pénalités de retard d'exécution, mais englobe toutes les pénalités sanctionnant un retard, quel qu'il soit. Par exemple, un retard dans la remise de document pourrait être assorti d'une pénalité de retard qui rentrerait dans les 10%.

Le CCAP peut exceptionnellement déroger à ces stipulations générales, mais il est préférable d'adapter dans le CCAP la clause standard du CCAG au marché particulier et à ses conditions d'exécution. Ces dérogations doivent être justifiées par les spécificités du marché, sous peine de rompre l'équilibre du contrat entre les parties, opéré par les CCAG, d'affecter le bon déroulement du marché, mais aussi de limiter l'accès de certains opérateurs économiques au marché, notamment les PME.

Afin d'améliorer le dialogue entre les parties, les CCAG prévoient la mise en œuvre par l'acheteur d'une **procédure contradictoire** lorsque ce dernier envisage d'appliquer des pénalités de retard (articles [14.1.1 CCAG-PI](#), [14.1.1 CCAG-TIC](#), [19.2.4 CCAG-Travaux](#), [16.2.4 CCAG-MOE](#), [14.1.1 CCAG-FCS](#) et [15.1.1 CCAG-MI](#)).

Si les pénalités peuvent constituer un des moyens de garantir la bonne exécution du contrat, de bonnes relations entre les parties restent l'un des meilleurs moyens pour y parvenir.

La meilleure pénalité est celle qu'on n'a pas besoin d'appliquer grâce à un dialogue régulier avec le titulaire, qui garantit que la situation ne se dégradera pas au point de devoir l'appliquer. Les pénalités de retard sont les plus connues, mais au cours des dernières années, il a été constaté une inflation notable du nombre de types de clauses de pénalités pour manquement à d'autres obligations contractuelles, souvent sans lien direct avec un retard, pouvant figurer régulièrement dans un marché, comme des pénalités environnementales, celles relatives à la clause d'insertion sociale ou encore celles liées à l'absence aux réunions de chantier, la non remise d'un document prévu au marché par exemple DOE (dossier des ouvrages exécutés), l'indisponibilité de matériels, etc. Un trop grand nombre de pénalités, outre le montant disproportionné que peut induire leur cumul, alourdit également la gestion du contrat, si bien qu'elles deviennent difficiles à appliquer réellement, ce qui est contreproductif. Des pénalités trop lourdes, notamment par rapport à l'objet du marché, dans leur ampleur, leur diversité et dans leur montant, peuvent conduire certains opérateurs économiques à renoncer à se porter candidats ou à augmenter leur prix pour couvrir le risque encouru.

4.1.1.1. La mise en œuvre des clauses de pénalités

L'application des pénalités de retard résulte de dispositions contractuelles au bénéfice de l'acheteur.

Il n'y a pas d'obligation de les inscrire systématiquement dans un contrat, mais dès lors qu'elles sont prévues, elles peuvent trouver lieu à s'appliquer, sauf circonstances imprévisibles (ci-après).

Les conditions de leur mise en œuvre doivent donc être claires et sans ambiguïté.

Si le calendrier initial est respecté aux termes de l'exécution des prestations, les retards sur les délais partiels ne donnent pas lieu à l'application de pénalités.

Ainsi, pour les marchés faisant référence au CCAG-travaux, l'article [19.2.5](#) précise qu'« en cas de retard sur un délai partiel prévu au marché, si le délai global est respecté, le maître d'ouvrage rembourse au titulaire les pénalités appliquées, à la condition que le retard partiel n'ait pas eu d'impact sur les autres travaux de l'ouvrage ». La mise en œuvre des pénalités doit être liée à des éléments relevant de l'entière responsabilité du titulaire¹⁰¹ ou tenir compte du degré de responsabilité de celui-ci pour en fixer le montant.

Selon la jurisprudence administrative, le montant des pénalités ne peut pas constituer un critère ou un sous-critère de jugement des offres, dès lors qu'un tel critère, « qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre ». En outre, les pénalités n'ont pas de caractère obligatoire (elles n'ont pas à être obligatoirement prévues) et les acheteurs peuvent, dans les limites des clauses du contrat, ne pas appliquer les pénalités de retard¹⁰², sous réserve que cela ne constitue pas une libéralité¹⁰³ et que la remise des pénalités dues par l'opérateur économique soit accordée par la personne ou l'organe habilité (la délibération d'une assemblée délibérante peut par exemple être nécessaire).

Le juge administratif, pouvant moduler le montant des pénalités lorsqu'il est saisi d'une demande de modération des pénalités de retard « si ces pénalités atteignent un **montant**

¹⁰¹ [CE, 1^{er} février 2019, Société Brisset, n°414068](#), « Lorsque le cocontractant n'est que **partiellement responsable** d'un retard dans l'exécution du contrat, les pénalités applicables doivent être calculées seulement d'après le nombre de jours de retard imputables au cocontractant lui-même ».

¹⁰² [CE, 9 novembre 2018, Société Savoie, n° 413533](#). Un tel critère ne permet pas de mesurer la capacité des entreprises à respecter les délais contractuels ni la qualité technique de leur offre. En outre, un tel engagement n'a pas de portée suffisamment tangible puisque l'acheteur n'est pas obligé d'appliquer les pénalités et que le juge peut, s'il est saisi de conclusions en ce sens, réduire ou modérer les pénalités contractuelles.

¹⁰³ [CE, 19 mars 1971, Mergui, n° 79962](#)

manifestement excessif¹⁰⁴ ou dérisoire eu égard au montant du marché »¹⁰⁵ **et notamment compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations**, invite les acheteurs à faire une application raisonnée des pénalités de retard.

Dans les marchés de travaux et de maîtrise d'œuvre, l'acheteur ne peut plus solliciter le recouvrement de pénalités de retard si elles n'ont pas figuré dans le DGD (décompte général définitif) notifié au titulaire.

4.1.1.2. Le régime des pénalités

Les pénalités ne constituent ni des réductions de prix ni la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service qui serait fournie par l'acheteur. Elles sont donc situées hors du domaine d'application de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)¹⁰⁶. En effet, la TVA ne s'applique que si la somme d'argent est la contrepartie d'une prestation¹⁰⁷. Le montant du marché auquel il est fait référence pour le calcul de pénalités se fait donc en principe sur le montant hors taxe du marché. Néanmoins, les clauses particulières du marché peuvent prévoir que l'assiette de calcul des pénalités repose sur des montants toute taxe comprise (TTC) du marché¹⁰⁸.

Le régime des pénalités de retard se substitue aux dommages et intérêts qui pourraient être dus, en raison des retards d'exécution.

¹⁰⁴ [CAA Marseille, 21 mars 2022, SARL Sud Pronet c/OPH du Gard n° 19MA03708](#) Le **caractère excessif** du montant des pénalités est apprécié au regard :

- du montant du marché. (S'agissant de marchés à bons de commande, le **caractère excessif des pénalités** s'apprécie au regard du montant des bons de commande émis ou au regard du montant global (minimal et maximal) du marché -des circonstances d'exécution du marché et des mises en garde adressées par la personne publique à son cocontractant) ;

-pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige de nature à établir que le montant mis à sa charge, s'élevant à la somme totale de 12 798,39 euros, présenterait un caractère manifestement excessif.

¹⁰⁵ [CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930](#) Le juge administratif peut à titre exceptionnel 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, 19 juillet 2017, Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707](#) Le juge administratif ne peut réduire le montant des pénalités à la charge du titulaire sans s'assurer de leur **caractère manifestement excessif** au regard notamment des pratiques observées pour des marchés comparables ou des caractéristiques particulières du marché en litige.

[CE, 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, n° 431903](#) : Le pouvoir de modulation du juge à titre exceptionnel concerne tous les contrats de la commande publique (marchés publics et concessions) et toutes les pénalités contractuelles, donc pas seulement celles sanctionnant un retard du titulaire dans l'exécution de ses obligations.

[CAA Marseille, 5 décembre 2011, SMD, n° 09MA01002](#), Société Méditerranée de démolition :« Le montant des pénalités appliquées s'élevait à la somme de 26 068,78 euros correspondant à 19 jours de retard, soit **environ 60% du montant du marché ; que cette somme est manifestement excessive.** »

¹⁰⁶ [BOI-TVA-BASE du 15 janvier 2014, pt. 70.](#)

[CAA Douai, 4 mai 2016, Société Horizons, n°14DA00503](#) « le montant du marché sur lequel sont calculées les pénalités de retard doit être évalué à partir des prix de base ; ces prix sont fixés hors taxes ; ainsi, la chambre de métiers et de l'artisanat a entaché le montant des pénalités infligées d'une erreur de calcul, en prenant comme assiette le montant du prix du marché exprimé toutes taxes comprises ».

¹⁰⁷ [Article 256 et suivants du code général des impôts.](#)

¹⁰⁸ [CAA Nancy, 9 juin 2016, société Marwo, n° 15NC01477.](#)

4.1.2. En cas de circonstances imprévisibles ayant un impact sur les délais d'exécution

Lors de la survenance de circonstances imprévisibles¹⁰⁹ la non-application des pénalités de retard peut se justifier (chapitre 1 cas permettant la modification des contrats en cours).

Le juge administratif considère notamment que l'imprévisibilité s'apprécie à l'aune de ce qu'une partie au contrat normalement diligente peut prévoir, un événement en lui-même prévisible pouvant avoir des conséquences imprévisibles par leur ampleur.

De même, l'appréciation du caractère irrésistible de l'événement tient compte des moyens dont dispose le titulaire pour l'exécution de ses obligations.

Les acheteurs peuvent utilement prévoir dans leurs marchés des clauses exonérant le titulaire de pénalités de retard et prévoyant la prolongation des délais d'exécution en cas de circonstances échappant à la responsabilité du titulaire et le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels.

Dans ces circonstances exceptionnelles, les acheteurs ont pu être invités par les pouvoirs publics à ne pas appliquer les pénalités contractuelles tant que les titulaires étaient dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions économiques normales.

En cas de situations imprévisibles impactant les délais d'exécution du marché, il est conseillé à l'acheteur « bienveillance » et dialogue avec le titulaire afin de faciliter la poursuite du contrat dans des conditions acceptables.

A ce titre, des clauses de rendez-vous et de réexamen pourront utilement être intégrées par l'acheteur dans les marchés afin de faciliter le dialogue.

FOCUS : Dans le domaine de la distribution des produits alimentaires ou les médicaments, pour pallier l'incapacité du titulaire à fournir un ou plusieurs produits ou denrées, l'acheteur peut contractuellement faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire.

Comme ce mécanisme peut entraîner de graves conséquences pour le titulaire, l'acheteur doit veiller avant sa mise en œuvre à s'assurer qu'aucune solution de substitution de produit ne peut être proposée par le titulaire, plutôt que d'exiger une référence dont la fourniture n'est pas économiquement viable.

Lorsque des produits de substitutions équivalents ou de qualité supérieure ne peuvent pas être proposés par le titulaire dans le cadre d'un achat pour compte par l'acheteur, des pénalités peuvent être dues concernant le produit manquant.

Il est alors préférable que la pénalité s'applique sur la ligne de facturation correspondant à la prestation défaillante et que le montant total des pénalités soit plafonné en fonction d'un pourcentage [maximum 10 % d'écart entre le montant initial et le prix facturé] de la ligne du bon de commande.

FOCUS : Pour les accords-cadres d'achat d'électricité et de gaz, le CCAG-FCS, qui est alors très souvent appliqué, prévoit une pénalité de retard. D'autres pénalités peuvent également être mentionnées comme par exemple en cas de retard dans la mise en œuvre de la bascule,

¹⁰⁹ [Circulaire du 29 septembre 2022](#) relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

de non-respect des obligations de facturation ou encore de non-remise d'offre au stade du marché subséquent.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la [fiche technique intitulée « Les pénalités dans les marchés publics »](#)

4.2. CLAUSES INCITATIVES

Même si les clauses incitatives ne modifient pas le prix en tant que tel, le montant payé sera augmenté de celui de la prime à verser, si les conditions prévues sont réunies.

4.2.1. Principe et conditions de mise en œuvre de la clause incitative

Les clauses incitatives permettent à l'acheteur de répondre à trois objectifs :

- 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 :

- une prime pour réalisation anticipée des prestations (ou d'avance sur le délai contractuel) ;
- une prime pour dépassement de performances ;
- l'introduction d'une clause d'intéressement.

Ces méthodes conduisent à verser au titulaire un prix de règlement supérieur au prix initial, fixé dans le contrat qui sera même éventuellement révisé.

La rédaction d'une clause incitative suppose qu'un objectif de performance (planning, coût, technique et environnemental par exemple) soit défini et quantifié (ou daté).

Il faudra également préciser comment sera mesurée ladite performance et sur quels domaines elle sera appréciée.

L'insertion de clauses incitatives dans les marchés est facultative.

C'est pourquoi elles ne figurent pas dans le code, mais elles sont toujours possibles, et même souhaitables.

Compte tenu de ses incidences financières, l'insertion d'une clause incitative dans les documents de la consultation doit être préalablement bien analysée par l'acheteur.

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

Une clause incitative ne signifie pas toujours un surcoût (qui peut n'être qu'apparent) pour l'acheteur, la livraison anticipée de prestations pouvant également avoir d'autres avantages et notamment une incidence financière positive.

Sur ces questions, [la circulaire n° 2485/CCM du Ministre de l'économie et des finances du 4 mars 1969 relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif](#) reste la référence, dont les principes demeurent pleinement applicables.

Que disent les CCAG ?

Les clauses incitatives des CCAG relatives à la réalisation anticipée des prestations et à la performance financière (Articles [15 CCAG-PI](#), [15 CCAG-TIC](#), [19.4 CCAG-Travaux](#), [17 CCAG-](#)

[MOE, 15 CCAG-FCS](#) et [16 CCAG-MI](#)) ont été clarifiées et harmonisées afin d'en faciliter la mise en œuvre.

Ainsi par exemple [l'article 17 du CCAG MOE](#) précise que :

«17.1. Si les documents particuliers du marché prévoient le versement de primes, ils en précisent les conditions d'attribution ainsi que les modalités de calcul et de versement.

17.2. Le marché peut prévoir des primes pour réalisation anticipée, soit de l'ensemble des prestations, soit de certaines parties des prestations ou d'ouvrages faisant l'objet de délais particuliers ou de dates limites fixés dans le marché calculés conformément à l'article 3.2. Les samedis, les dimanches et les jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des primes. Le marché peut également prévoir des primes de performance financière intégrées au calcul de la rémunération définitive ou associées au contrôle des engagements du maître d'œuvre, fixées par une clause de réexamen dans les documents particuliers du marché.

17.3. Une fois le montant des primes déterminé, elles sont versées toutes taxes comprises sans que le maître d'œuvre soit tenu de les demander. Le montant des primes n'est pas plafonné.

17.4. Dans le cas d'un groupement d'opérateurs économiques pour lesquels le paiement est effectué sur des comptes séparés, les primes sont réparties entre les membres du groupement conformément aux indications données par le mandataire. »

4.2.2. Types de clauses incitatives

4.2.2.1. Une prime pour réalisation anticipée (ou d'avance sur le délai contractuel)

Il s'agit d'une somme forfaitaire versée au titulaire, 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 au montant du marché et être réservée à des situations spécifiques, car les délais d'exécution ont été, en principe, définis dans les documents de la consultation 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 les documents de la consultation se justifie pour des prestations non courantes, complexes, dont les techniques de fabrication ou d'exécution sont délicates.

L'acheteur définit une performance à atteindre, qui correspond, par exemple, 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, celui-ci peut prévoir également qu'une prime pourra être versée au titulaire si celui-ci améliore les objectifs de performance fixés dans le marché.

4.2.2.3. Une clause d'intéressement

L'objectif de cette clause est d'associer le titulaire aux progrès effectués lors de l'exécution du marché, par rapport à certains objectifs identifiés dans le contrat.

Elle permet d'atténuer les aléas, sans limiter la responsabilité de l'opérateur économique et l'intérêt qu'il trouve à une réduction des coûts.

Elle est souvent utilisée dans le secteur des marchés industriels.

Le nombre d'opérateurs économiques étant en capacité de conclure des marchés comportant de telles clauses est limité.

Seuls des marchés d'un montant relativement important justifient la mobilisation des moyens de contrôle technique et comptable que requièrent la rédaction et l'exécution des marchés assortis d'une telle clause.

Elle est facilitée par la négociation, lorsque celle-ci est possible.

Cette clause est particulièrement adaptée, lorsque l'acheteur demande au titulaire de s'engager par exemple à lui faire réaliser des économies d'énergie¹¹⁰, à réduire son coût global ou ses consommations ou encore à améliorer son profil de consommation (substitution de produits génériques aux produits de marque).

Plus les économies pour l'acheteur seront importantes, plus le titulaire sera récompensé, sa rémunération étant modulée proportionnellement aux résultats obtenus.

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

La formule d'intéressement doit être rédigée avec attention par l'acheteur qui dispose d'une grande liberté dans sa rédaction : 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.

¹¹⁰ A ne pas confondre avec les conventions de recherches d'économies.

5. MÉTHODE D'APPRÉCIATION DU PRIX, LORS DE L'ANALYSE DES OFFRES

Le code pose le principe que c'est l'offre économiquement la plus avantageuse qui doit être retenue (notamment articles [L. 2152-7](#), [R. 2152-7](#) et [R. 2352-5](#) du code).

Ce choix impose une définition préalable et précise des besoins, le recours à des critères d'attribution pertinents et l'utilisation d'une méthode opérationnelle d'analyse, 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, l'acheteur s'appuie :

- soit sur un critère unique, qui peut être le prix, pour les seuls achats de services ou de fournitures standardisés, ou le coût déterminé selon une approche globale, qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie,
- soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché¹¹¹ ou à ses conditions d'exécution, dont obligatoirement le prix ou le coût.

À partir du 21 août 2026, l'acheteur ne pourra plus se fonder sur un critère d'attribution unique fondé sur le prix pour l'attribution des marchés (hors marchés de défense et de sécurité).

Il devra se fonder sur une pluralité de critères, dont au moins l'un d'eux prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ou recourir au critère unique du coût (Article [R. 2152-7](#) du code modifié).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la page Web de la DAJ relative à la publication du décret d'application de [l'article 35 de la loi « Climat et résilience » du 22 août 2022](#).

Pour les marchés de défense ou de sécurité, l'acheteur se fonde :

- soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché, dont notamment, mais pas obligatoirement, le prix ;
- -soit sur le critère unique du prix pour l'achat de services ou de fournitures standardisés ([article R. 2352-5 du code](#)).

5.1. UNE BONNE ÉVALUATION DES BESOINS : UN PRÉALABLE INDISPENSABLE

L'exercice de l'évaluation des besoins est particulièrement important.

¹¹¹ TA Versailles 21 septembre 2020 Société Atelier Jean-Baptiste Chapuis, n°2005666 « Si la société requérante fait valoir qu'une telle méthode de notation des offres a des conséquences disproportionnées [.....] ce niveau d'élimination est clairement en rapport avec l'objet du marché et vise à garantir l'aptitude des prestations à satisfaire la fonction qui leur est assignée, dans les conditions particulières prévues par les documents de la consultation eu égard aux contraintes architecturales et historiques à respecter et à l'objet des prestations qui concerne un des plus grands trésors du patrimoine français. »

Outre ses conséquences budgétaires, cette évaluation des besoins détermine aussi 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.

Elle prend en compte les niveaux de prix connus les plus récents, notamment s'ils sont sujets à d'importantes, ou de brusques ou de fréquentes variations économiques.

Les deniers publics seront bien utilisés si les besoins, correctement définis dans les documents de la consultation, sont satisfaits dans le respect de l'enveloppe financière prévue, en intégrant le coût global et les préoccupations de développement durable.

L'acheteur doit connaître les fourchettes de prix pratiqués par les opérateurs économiques du secteur économique concerné pour fixer une estimation du montant sincère.

Lorsqu'un prix plafond est fixé, il doit être établi de manière réaliste.

Faute de quoi, la procédure ne pourrait être légalement déclarée infructueuse si un plafond trop bas était dépassé, ni par conséquent être suivie de la passation d'un marché négocié.¹¹²

Lorsque cette information doit obligatoirement être communiquée, il est préférable de fournir une estimation du montant plutôt que d'indiquer le montant de l'enveloppe allouée, dans les documents de la consultation et notamment dans l'avis de marché, car il y a un risque important que les candidats alignent leur réponse sur l'estimation.

Si cette information est obligatoire en procédure formalisée, elle ne l'est pas en procédure adaptée.

Le risque peut être de faciliter les ententes entre les candidats et les pratiques anticoncurrentielles collectives, mais cela dépend également de l'objet du marché. L'acheteur doit en tout cas se poser la question de l'opportunité de communiquer cette information.

S'il n'est pas recommandé d'indiquer le montant estimé du marché dans l'avis de marché ou dans les documents de la consultation, la mention de la consistance du marché est une obligation pour l'acheteur, 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.

En alternative, l'acheteur peut également indiquer la masse des prestations envisagées, la volumétrie du précédent marché équivalent ou encore la répartition estimée des commandes dans le temps.

¹¹² CE, 29 décembre 1997, préfet de Seine et Marne, n° 160686 « **Ce coût estimé a été fixé de manière irréaliste**, ainsi que l'établit le préfet de Seine-et-Marne en relevant, notamment, l'existence d'un écart de 70 % entre l'estimation faite par l'office et le montant de l'offre de l'entreprise la moins disante ».

Pour les accords-cadres à bons de commande ou les marchés subséquents, l'acheteur peut s'appuyer sur la base du détail quantitatif estimatif (DQE) pour juger le critère prix.

Un accord-cadre à bons de commande sans montant minimum 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.

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.

Il est à noter que la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum en valeur ou en quantité est supprimée.

Le [décret n°2021-1111 du 23 août 2021](#) transpose en droit interne la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹¹³ qui a jugé en 2021 que la [directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics](#) devait être interprétée comme imposant que, pour la passation d'un accord-cadre, l'avis de marché ou le cahier des charges indique « la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets. »

La CJUE rappelle que l'information relative à la valeur estimée du marché doit être déterminée sur la base de la valeur maximale estimée hors TVA des prestations susceptibles d'être commandées pendant la durée d'exécution de l'accord-cadre.

De plus, elle souligne que l'acheteur est tenu d'indiquer une quantité ou valeur maximale contractuelle des prestations pour la durée de l'accord-cadre, et ce le cas échéant pour chacun de ses lots.

L'acheteur peut déterminer et indiquer une quantité ou valeur maximale contractuelle des prestations pour la durée de l'accord-cadre ainsi que pour chacun de ses lots ou prévoir un maximum annuel ou par période de reconduction.¹¹⁴

Cette obligation d'indiquer un montant maximum dans l'avis de marché ou l'accord-cadre lui-même s'applique à tous les accords-cadres, y compris ceux répondant à un besoin inférieur aux seuils européens¹¹⁵.

FOCUS : concernant les marchés dont certains éléments importants ont des valeurs très volatiles, il est préférable de fixer un maximum en quantité correspondant à un volume maximum de consommation supérieur au volume estimatif de consommation que de fixer un montant maximum en valeur, ce qui, au vu de la forte volatilité de leur prix, pourra s'avérer

¹¹³ [CJUE, 17 juin 2021, Simonsen & Weel A/S c Region Nordjylland og Region Syddanmark, aff. C-23/20](#) « il ne saurait être admis que le pouvoir adjudicateur s'abstienne d'indiquer, dans l'avis de marché, une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre ».

¹¹⁴ La Cour confirme sa jurisprudence [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato du 19 décembre 2018](#) selon laquelle « les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés par la conclusion de l'accord-cadre, énoncés notamment à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24, seraient affectés si le pouvoir adjudicateur originellement partie à l'accord-cadre n'indiquait pas la valeur ou la quantité maximale sur laquelle porte un tel accord »

¹¹⁵ [CE, 28 janvier 2022, Société Collecte valorisation énergie déchets, n° 456418](#)
[CE, 3 février 2022, Société Fore Iles du Nord, n° 457233](#)

particulièrement difficile notamment pour l'achat d'électricité et de gaz, de pétrole, de fioul, de métaux, alimentaire....

Les critères de jugement des offres utilisés pour l'attribution des marchés subséquents et leur pondération sont prévus dès l'accord-cadre et rappelés dans la lettre de consultation de chaque marché subséquent.

S'il est fréquent que l'acheteur reprenne tout ou partie de la note technique résultant de son analyse lors de l'accord-cadre pour les marchés subséquents, cette note ne doit pas prendre en compte la part relevant du critère prix.

Seuls devraient être pris en compte les éléments de la note technique.

Cette reprise de la note technique obtenue par les candidats au stade de l'accord-cadre au moment de l'analyse des marchés subséquents permet aux acheteurs d'attribuer ces derniers dans des délais très courts après la remise des offres de prix¹¹⁶.

Cependant, la validité de cette méthode est conditionnée par l'absence de modification des caractéristiques des prestations lors de la passation du marché subséquent et **seul le prix remis au marché subséquent doit être pris en compte pour l'analyse des offres**.

Ainsi, même si les offres peuvent techniquement évoluer entre la notification de l'accord-cadre et la passation des marchés subséquents, l'acheteur n'est pas tenu de permettre aux titulaires de l'accord-cadre de modifier leur offre technique.

Ce raisonnement est valable dans le cas de prix plafonnés, comme dans le cas de prix indicatifs non plafonnés.

5.2. CHOIX DES CRITÈRES ET DE LA PONDÉRATION

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 lorsqu'il est mis en face de prestations dont la qualité doit être évaluée.

5.2.1. Le prix ou le coût, critère incontournable de jugement des offres pour les marchés autres que de défense ou de sécurité

5.2.1.1. Une liste de critères non exhaustive

L'article [R. 2152-7](#) du code prévoit des critères de jugement des offres, parmi lesquels doivent obligatoirement figurer le prix ou le coût. Cette liste n'est pas exhaustive.

¹¹⁶ [CAA Bordeaux, 2 décembre 2021, Département de la Dordogne, n° 21BX01447](#) « la seule circonstance que la remise en concurrence, au stade de la passation du marché subséquent, s'effectue, de facto, sur le fondement du seul critère du prix, les notes obtenues par chacune des entreprises retenues à l'issue de l'accord-cadre leur étant conservées, **ne contrevient pas en elle-même aux dispositions précitées de l'article R. 2162-10 du code de la commande publique** et n'est pas davantage de nature à conduire au choix d'une offre qui ne serait pas économiquement la plus avantageuse, en l'absence, notamment, de toute variation des caractéristiques des prestations attendues entre l'étape de l'accord-cadre et celle du marché subséquent. »

5.2.1.2 Les critères d'attribution incontournables : le prix ou le coût ?

Le code oblige l'acheteur à retenir le prix ou le coût parmi les critères d'attribution.

En effet, la qualité d'une offre ne se conçoit que par rapport à un prix ou un coût donné (proposé par le candidat).

La bonne gestion des deniers publics suppose nécessairement que l'acheteur procède à l'analyse du rapport qualité/prix des prestations.

Le prix ou le coût est donc un critère incontournable (sur la notion de coût global/coût du cycle de vie cf. 5.6).

Mais sa portée peut être relativisée (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) ; d'autres critères, que le prix, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

De même, lorsque le prix est réglementé (livres, notamment), le critère du prix est neutralisé, du moins sur les éléments de la prestation concernant ce prix réglementé.

Ainsi, un prix réglementé ne peut pas servir à départager des candidats.¹¹⁷

Cependant, l'existence d'un prix réglementé (maximum) peut ne pas faire obstacle à la remise d'un prix différent plus avantageux pour l'acheteur.

La remise par les candidats de leurs prix sous une forme identique et comparable facilite 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 variantes¹¹⁸.

Il est plus difficile de comparer les prix pour les marchés à tranches et les accords-cadres à bon de commande¹¹⁹.

Des méthodes éprouvées existent : un devis type (le plus proche possible de la réalité) ou une ou plusieurs simulations, permettent à l'acheteur de classer les offres sur une base connue et aux candidats de savoir comment leurs offres vont être jugées.

Cette règle de comparaison doit être affichée dans les documents de la consultation.

L'attribution des **marchés fondés sur un accord-cadre s'exécutant par la conclusion de marchés subséquents mono-attributaire** n'est précédée d'aucune procédure particulière. En

¹¹⁷ CE, 7 mai 2013, Ville de Paris, n° 364833.

¹¹⁸ [CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2016, TPCRB, c/ SIAEP de la région d'Ahun n°14BX03211](#) Les offres de base et les variantes doivent être jugées dans un seul classement, la note la plus élevée permettant de connaître l'attributaire du marché public

¹¹⁹ [CE 13 novembre 2020, Commune de Perpignan, n°439525](#), considérant 11 « Cette méthode de notation, qui renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était par elle-même de nature à priver de sa portée ce critère, et, de ce fait, susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère. »

effet, puisqu'il n'y a pas de remise en concurrence, il n'y a pas lieu de procéder à des mesures de publicité ou de mise en concurrence.

L'acheteur demande seulement au titulaire de l'accord-cadre de compléter son offre pour répondre au besoin défini.

Ce complément ne peut toutefois avoir pour effet de modifier l'objet de l'accord-cadre substantiellement ou les caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre.

Lorsque l'accord-cadre à marchés subséquents est multi attributaires, les marchés subséquents sont précédés d'une remise en concurrence, sauf dans l'hypothèse où ils ne peuvent être confiés qu'à un seul opérateur économique, les autres étant dans l'incapacité temporaire de répondre au besoin.

Les offres doivent être proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent.

L'acheteur indique l'objet du marché spécifique pour lequel les offres sont demandées ainsi que le délai pour leur présentation et la pondération des critères d'attribution si celle-ci n'a pas été fixée dans l'accord-cadre.

Il est possible de procéder de la même manière pour un **marché à tranches**. Dans un marché à tranches, l'engagement ferme de l'acheteur est limité à l'exécution de la seule tranche ferme. La probabilité de l'exécution des tranches optionnelles est estimée par l'opérateur économique et influence en conséquence le prix proposé. Mais le choix du titulaire se fait sur la totalité.

Par exemple pour un marché avec une tranche ferme, suivie de tranches optionnelles : soit une offre A qui propose un prix plus faible que B pour la tranche ferme et plus élevé pour les tranches optionnelles.

Comparer le prix global (comprenant la totalité des tranches) suppose que toutes les tranches seront affermées. Mais si un doute pèse sur la réalisation des tranches optionnelles, ou de certaines d'entre elles à forte valeur, l'offre économique la plus avantageuse pourra être l'offre A.

Pour comparer les offres de prix dans un marché à tranches et lorsque l'acheteur peut déterminer la probabilité de réaliser ces tranches, il peut notamment introduire dans sa notation la probabilité d'occurrence de la manière suivante :

- déterminer les probabilités qu'ont les tranches et les bons de commande de se réaliser ;
- noter, critère par critère, les offres sur les différentes tranches ;
- utiliser les probabilités de réalisation obtenue en 1 pour obtenir, critère par critère, une note « probable » ;
- utiliser la pondération sur ces notes « probables » pour obtenir une note globale.

Il est recommandé d'indiquer, uniquement si l'acheteur dispose des informations nécessaires, dans le règlement de consultation, les probabilités de réalisation pressenties (et de 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. En cas de doute sur la validité des informations, la prudence doit conduire l'acheteur à écarter ce mécanisme.

Le marché peut prévoir que, lorsqu'une tranche optionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire bénéficie d'une indemnité d'attente ou de dédit. Il s'agit d'une simple faculté pour l'acheteur¹²⁰. Toutefois, ces indemnités permettent aux opérateurs économiques de proposer des prix plus attractifs.

FOCUS : Le versement d'une indemnité d'attente ou de dédit¹²¹ est utile notamment dans les marchés de travaux pour compenser les coûts fixes, supportés par le titulaire, liés au déploiement du chantier et à l'immobilisation des moyens nécessaires à l'exécution des travaux ([article R. 2113-6 du code](#)).

5.2.1.3. Peut-on retenir le prix ou le coût comme unique critère d'attribution ?

S'il existe un critère unique, ce ne peut être que celui du prix ou du coût.

Néanmoins, le prix ne peut être retenu comme critère unique par l'acheteur qu'à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité pour l'acheteur est insusceptible de variation d'un candidat à l'autre.

Ce sera le cas, par exemple, pour des produits simples et standardisés répondant à des normes qui évitent l'appréciation qualitative par l'acheteur (carburants), tous les produits répondant à la norme.

À partir du 21 août 2026, l'acheteur ne pourra plus se fonder sur un critère d'attribution unique fondé sur le prix pour l'attribution des marchés.

Il devra se fonder sur une pluralité de critères, dont au moins l'un d'eux prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ou recourir au critère unique du coût ([article R. 2152-7](#) du code modifié).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la page Web de la DAJ relative à la publication du décret d'application de [l'article 35 de la loi « Climat et résilience » du 22 août 2022](#).

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 complexes.¹²²

Quant au coût, il peut être utilisé comme critère unique d'attribution s'il est déterminé selon une approche globale¹²³ qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article [R. 2152-9](#) du code (sur la notion de coût global/coût du cycle de vie cf. 5.6).

¹²⁰ [CAA Nantes, 6 juillet 2012, Société TOMASI n°10NT01653](#)

¹²¹ [CAA Marseille, 23 mai 2011, Commune de Cogolin, n°09MA00635](#)

¹²² [CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère, 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.

¹²³ [CE, 10 juin 2020, Ministre des armées contre sociétés Erics et Altaris, n° 431194](#) « Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier **la performance globale des offres au regard de ses besoins**. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision

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

La pondération des critères de sélection est obligatoire en procédure formalisée, sauf lorsqu'elle n'est pas possible pour des raisons objectives, auquel cas les critères sont hiérarchisés par ordre décroissant d'importance (articles [R. 2152-12](#) et [R. 2352-8 du code](#)).

Cette pondération est recommandée en procédure adaptée.

Dans tous les cas où elle existe, l'acheteur doit annoncer la pondération des critères aux candidats lors de la mise en concurrence.

Les critères les plus souvent utilisés sont le prix et la valeur technique, mais d'autres critères peuvent être utiles pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le choix et la pondération des critères de sélection des offres ne doivent pas procéder d'une démarche stéréotypée de la part de l'acheteur : le poids donné à chacun d'eux dépend de la complexité de la prestation à réaliser et de la précision des documents de la consultation, ainsi que d'autres éléments du contexte de l'achat comme par exemple les enjeux propres à l'acheteur...

De manière générale, il faut éviter une pondération trop importante du critère prix.

En cas de pluralité de critères pour les marchés passés selon une procédure formalisée, l'acheteur précise leur pondération. 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.

Certains acheteurs retiennent une approche 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 peuvent être juridiquement valides, dès lors qu'elles aboutissent à une pondération dont l'application permettra la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il est toutefois indispensable de tester la méthode sur plusieurs cas différents afin d'apprécier son influence sur le résultat de l'appréciation.

Quelle que soit la technique de pondération retenue (pourcentage, coefficient, système d'attribution de points, fourchette...), les modalités de choix des offres doivent être

pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, **il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse** ».

suffisamment précises, pour ne pas laisser à l'acheteur un choix arbitraire, incompatible avec les principes d'impartialité¹²⁴ ¹²⁵et de transparence¹²⁶.

Autant, les critères d'attribution doivent être objectifs, précis, et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution tels que définis par l'acheteur, autant l'acheteur dispose d'une liberté presque totale lorsqu'il détermine la pondération de la pluralité de critères retenus.

Les seules limites à cette liberté sont que la pondération des critères, y compris celui du prix (sauf lorsque l'acheteur choisit d'en faire le critère unique dans le respect des conditions du a) du 1^o de l'article [R. 2152-7](#)), ne doit pas avoir d'effet discriminatoire¹²⁷ ni avoir pour effet de vider un critère de toute portée ou d'écarter l'offre manifestement économiquement la plus avantageuse¹²⁸. Les textes et la jurisprudence n'imposent ni un principe de proportionnalité, ni même une interdiction de disproportion entre les pondérations des différents critères d'attribution¹²⁹.

Il appartient donc aux acheteurs de connaître précisément leur besoin et de fixer une pondération de leurs critères d'attribution, en cohérence avec leurs cahiers des charges et en fonction de l'importance qu'ils souhaitent accorder aux différents aspects essentiels des offres qu'ils sollicitent.

Le critère du prix peut être prépondérant pour les produits de consommation courante et pour tous ceux dont les caractéristiques exigées par l'acheteur sont presque standardisées, voire standardisées, c'est-à-dire homogènes en termes de qualité et ne permettant guère aux concurrents de se distinguer en proposant des solutions différentes plus ou moins performantes.

Il peut avoir un poids important si la prestation à rendre (et ses conditions de réalisation) est très précisément définie dans les documents de la consultation.

Son poids dépend également de la nature, de l'objet du marché, du coût du résultat attendu et du besoin de l'acheteur.

¹²⁴ [CE, 27 avril 2021 Ville de Paris, n° 447221](#). « l'acheteur public, qui a pris le risque de se servir d'un cas réel pour le soumettre aux candidats, alors que la candidature d'entreprises du secteur ayant eu à travailler était probable, du moins possible »

¹²⁵ [CE, 25 novembre 2021, Collectivité de Corse c/ Société Corsica Networks, n°454466](#), Publié au recueil Lebon Eu égard au niveau et à la nature des responsabilités confiées à cette personne au sein de la société candidate puis des services de la collectivité adjudicatrice et au caractère très récent de son appartenance à cette société et alors même qu'il n'a pas signé le rapport d'analyse des offres, sa participation à la procédure de sélection des candidatures et des offres pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts le liant à la société candidate et par voie de conséquence **sur l'impartialité de la procédure** suivie par la collectivité adjudicatrice.

¹²⁶ [CAA Douai, 4 février 2020, Société M2A, n°18DA00156](#), « **ces éléments d'appréciation et leur pondération n'ont pas été portés à la connaissance des candidats avant la présentation de leur offre.** En omettant de les mentionner, ainsi que leur pondération, dans les documents de la consultation, le centre hospitalier **a méconnu le principe de transparence** des procédures. Cette irrégularité dans la procédure d'attribution du marché a été susceptible de léser la société M2A. »

¹²⁷ [CE, 10 mai 2006, Société Schiocchet, n° 288435](#).

¹²⁸ [CJCE, 4 décembre 2003, EVN Wienstrom, Aff. C-448/01](#), pts 39 et 43 ; [CE, 10 juin 2020, Ministre des armées contre sociétés Erics et Altaris, n° 431194](#)

¹²⁹ [Conclusions Mireille Le Corre sous la décision CE, 10 juin 2020, n° 431194](#).

Il peut avoir un poids moindre pour des prestations qui connaissent une variété de solutions dont l'acheteur souhaite bénéficier¹³⁰ dès lors que l'acheteur n'a pas verrouillé contractuellement les exigences techniques et performancielles et veille à conserver au critère technique toute son importance.

Il est très difficile d'apprécier, au moment du jugement des offres, l'incidence sur le prix notamment de propositions formulées par les candidats quant au montant et/ou taux de pénalités¹³¹, ainsi qu'à la formule de variation de prix retenue. C'est pourquoi, **il n'est pas possible 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 conséquences de ces éléments. En effet, un critère portant sur les pénalités ne permet pas de mesurer la capacité des entreprises à respecter les délais contractuels ni la qualité technique de leur offre. En outre, un tel engagement n'a pas de portée suffisamment tangible puisque l'acheteur n'est pas obligé d'appliquer les pénalités et que le juge peut, s'il est saisi de conclusions en ce sens, réduire ou modérer les pénalités contractuelles.

Le choix de la pondération des critères par l'acheteur est libre, sous réserve que la pondération soit pertinente et qu'elle ne soit pas discriminatoire.¹³²

Quelle que soit l'importance donnée au critère financier¹³³, tous les postes devant faire l'objet d'une proposition de prix peuvent être pris en compte dans le jugement des offres en proportion de leur importance dans le marché concerné. Pour les marchés comportant une part de commandes émises sur la base d'une multitude de prix, il peut être envisagé de mettre en place une méthode alternative : celle « du panier de commandes-types » ou du « chantier masqué » qui permet de juger les offres sur la base d'une consommation type dans le cadre du projet de marché.¹³⁴

Il est possible de donner à plusieurs critères ou à l'ensemble des critères une pondération identique. C'est notamment en cela que le système de la pondération se distingue de celui de la hiérarchisation, outre la transparence qui est importante.¹³⁵

Il n'existe pas de pondération minimale du critère prix. Il n'y a pas d'obligation de principe de proportionnalité entre les pondérations des différents critères d'attribution, ni d'interdiction de disproportion entre les pondérations de ces critères. Si l'acheteur dispose d'une marge de manœuvre très importante il ne doit pas donner une part trop importante au critère prix au risque de ne pas retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Cela doit être analysé en fonction de l'objet du marché

¹³⁰ Par exemple dans le domaine informatique (qui connaît l'obsolescence rapide de leurs produits), ou dans le domaine médical (nouveaux vaccins) ou pour de nouvelles techniques de construction ou de nouveaux matériaux.

¹³¹ Il est interdit de faire un critère d'attribution portant sur les pénalités depuis la décision [CE, 9 novembre 2018, Société Savoie, n° 413533](#).

¹³² [CE, 10 mai 2006, Société Schiocchet, n° 288435](#).

¹³³ [CE, 20 octobre 2021, Commune du Pradet c/ SAGEP n° 453653](#), « Il ne résulte pas davantage de l'instruction que la méthode de notation du critère technique et sa pondération à 70 % de la note finale aurait pour effet de neutraliser le critère du prix. »

¹³⁴ [CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, n°348711](#).
[CE 16 novembre 2016 société SNEF, n° 401660](#)

¹³⁵ Rép. min. n°21226 : JO Sénat Q. 1^{er} mars 2007.

A l'inverse, sauf dans une hypothèse d'une consultation se rapprochant d'une procédure d'adjudication pour laquelle les spécifications indiquées dans le marché ne laisseraient quasiment aucune marge de manœuvre technique, la pondération du critère du prix à 80% risquerait dans la majorité des cas de neutraliser¹³⁶ celle des autres critères¹³⁷ et le prix deviendrait alors, de facto, l'unique critère de jugement des offres, ce qui serait contraire aux articles [R. 2152-7](#) et [R. 2352-5 du code](#) pour l'achat de services ou de fournitures non standardisés dont la qualité est susceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

La pondération des critères peut jouer sur la légalité de la formule de notation de prix retenue.

Le poids du critère prix ne devrait 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 contribue à la validation de 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 ?

L'acheteur doit adopter une méthode de notation claire et adaptée au marché.

La méthode de notation des critères n'a pas nécessairement à être communiquée dans l'avis de marché ou le règlement de consultation, ni lors d'une procédure formalisée¹³⁸, ni lors d'une procédure adaptée¹³⁹ mais peut l'être si l'acheteur le décide.

¹³⁶ [CAA Bordeaux, 20 Février 2020, SARL les peintures d'Aquitaine, n° 18BX00552](#) : « Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, **ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.** Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation.

¹³⁷ [CE, 24 mai 2017, Ministre de la Défense, n°405787](#) « la méthode de notation retenue par l'AIA de Clermont-Ferrand, conduisant automatiquement, sur le critère du prix, à l'attribution de la note maximale de 20 à l'offre la moins disante et de 0 à l'offre la plus onéreuse, a pour effet, compte tenu de la pondération élevée de ce critère, de **neutraliser les deux autres critères** en éliminant automatiquement l'offre la plus onéreuse, quel que soit l'écart entre son prix et celui des autres offres et alors même qu'elle aurait obtenu les meilleures notes sur les autres critères ; qu'elle peut ainsi avoir pour effet d'éliminer l'offre économiquement la plus avantageuse au profit de l'offre la mieux disante sur le seul critère du prix, et ce quel que soit le nombre de candidats »

¹³⁸ [CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n° 333737](#)

¹³⁹ [CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n°334279.](#)

L'acheteur devra, en principe, privilégier le choix de la méthode de notation avant la date d'ouverture des offres même si dans certaines circonstances (par exemple, l'écart très important des prix unitaires proposés par les candidats)¹⁴⁰ elle pourra être adaptée pour retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

La formule de notation, et le cas échéant, l'analyse seront communicables en cas de contentieux.

Le juge exerce sur le choix de l'offre un contrôle restreint : il vérifie que l'acheteur ne s'est pas trompé de manière grossière dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision (erreur manifeste d'appréciation)¹⁴¹.

En cas d'allotissement, l'analyse des offres se fait lot par lot en prenant en considération le lot analysé par application des critères d'analyse prédéfinis.

Il est possible d'attribuer des notes différentes à un même opérateur économique en fonction du lot analysé. Toutefois, cette différence de notation doit être justifiée par les circonstances particulières du lot analysé.

Par exemple, en cas d'allotissement purement géographique, les notes de la valeur technique ne devraient pas être différentes sauf à ce que la différence de situation géographique impose d'autres besoins.

Le candidat ne peut pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus (article [L. 2151-1 du code](#))¹⁴².

Par conséquent, l'analyse de l'acheteur ne peut pas prendre en compte les autres lots pour analyser et attribuer une meilleure note à un candidat qui présenterait des rabais suivant le nombre de lots qui lui seraient attribués.

5.2.3.2. Quelle méthode de notation du critère prix retenir ?

« La méthode de notation consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard du critère donné. »¹⁴³

L'acheteur ne peut pas prendre en compte une offre reçue hors délai.

Le choix d'une méthode de notation par l'acheteur doit être appropriée et non équivoque¹⁴⁴ pour la passation d'un marché grâce à sa connaissance du niveau de prix des offres et de l'état du secteur économique concerné.

¹⁴⁰ [CE, 13 novembre 2020, Commune de Perpignan Charrel, n°439525.](#)

¹⁴¹ [CE, 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, n°370789](#) : « La méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale ».

¹⁴² A noter, cependant, que le projet de loi relatif à l'industrie verte (article 12 quater), prévoit la possibilité pour les entités adjudicatrices de permettre aux opérateurs économiques, pour les marchés supérieurs à un montant fixé par voie réglementaire, de présenter des offres variables selon nombre de lots susceptibles d'être obtenues.

¹⁴³ [CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, n°348711.](#)

¹⁴⁴ [CE 19 avril 2013, Ville de Marseille, n° 365340](#) « l'incertitude résultant de cette méthode au moment du dépôt des offres, et son adaptation lors de l'analyse des offres étaient de nature à porter atteinte, dès le lancement de la procédure d'appel public à la concurrence, au principe d'égalité des candidats ».

Chacune des offres reçues, qui n'a pas été écartée comme irrégulière, inacceptable, inappropriée ou anormalement basse¹⁴⁵, est analysée, critère par critère de sélection, selon la pondération retenue, puis convertie en note.

Laisser dans le classement, des offres qui auraient dû être considérées comme irrecevables¹⁴⁶ ou anormalement basses, conduirait à fausser le jugement et l'ordre des offres.

Par exemple, une offre qui serait techniquement inappropriée peut finir première du classement grâce à un prix proportionné à ce qu'elle offre, mais ne pas permettre de remplir les obligations des documents de la consultation.

La conformité aux documents de la consultation ne suffit pas à obtenir la note maximale.

La méthode de notation par points (construite sur la base de critères d'appréciation) est une modalité d'évaluation des caractéristiques des offres. Il peut s'agir d'un barème ou, pour le prix, d'une formule mathématique. La méthode de notation consiste à mesurer les mérites d'une offre au regard des critères d'appréciation retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁴⁷. La formule retenue pour la mise en œuvre du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant présenté l'offre la moins disante, ce qui permettra de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse avec les notes des autres critères pondérés. Les montants à prendre en considération pour l'évaluation des offres sont les montants TTC (TVA et toutes autres taxes).

En cas de marché à prix unitaire ou mixte avec des prix unitaires et forfaitaire, l'acheteur veillera à réaliser une simulation raisonnable de ce qu'il est prévu de commander. Pour certains marchés ayant beaucoup de références à noter (cas d'un accord-cadre à bons de commande avec un bordereau des prix unitaires), l'analyse des offres peut se faire sur la base d'un détail quantitatif estimatif (DQE) en reprenant, par exemple, uniquement les références les plus commandées.

La pondération du critère prix par rapport aux autres critères qui eux-mêmes sont notés avec une certaine subjectivité amplifie cette dernière. Ainsi, s'il existe une multitude de méthodes de notation qui peuvent conduire à des résultats différents, certaines accentuent les écarts ou à l'inverse ne sont pas assez discriminantes. Le critère du prix est probablement le plus « objectif mathématiquement » de tous les critères. *Mais une formule de notation du prix peut influencer substantiellement cet aspect théoriquement objectif, et le choix de cette formule et des éléments qui la composent peuvent avoir pour effet de renforcer ou d'affaiblir son impact dans la notation finale (surpondération notamment).*

La méthode de notation retenue n'étant pas neutre, la jurisprudence, tout en consacrant sa libre détermination par l'acheteur, l'encadre afin qu'elle n'aboutisse pas à méconnaître l'un des principes de la commande publique tel que :

- **le principe d'égalité de traitement des candidats** : la même méthode doit être appliquée à l'ensemble des offres ;

¹⁴⁵ [Articles L. 2152-1 à L. 2152-6 du code de la commande publique](#)

¹⁴⁶ Inacceptables, irrégulières ou inappropriées.

¹⁴⁷ [CE, 20 novembre 2020, société Evancia n°427761](#). S'agissant d'un marché public de services de crèche, le Conseil d'Etat a considéré que « la circonstance que le montant du budget consacré à l'alimentation puisse également servir à l'appréciation du critère financier tiré du "prix unitaire à la place" de crèche ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse également être pris en compte pour apprécier la valeur technique des offres dès lors que le prix des repas n'est que l'un des éléments déterminant tant le budget consacré à l'alimentation que le prix unitaire à la place de crèche ».

- **le principe de transparence des procédures** : la méthode ne doit pas priver de leur portée les critères et les sous critères de sélection des offres annoncés dans les documents de la consultation ni altérer ou neutraliser leur pondération. Dans le cas contraire, le juge sanctionnera l'utilisation d'une telle méthode, par l'annulation de la procédure de passation du marché.

A l'origine, le contrôle du juge sur la méthode de notation retenue par l'acheteur permettait de vérifier si elle n'était entachée d'aucune erreur de droit ou si son application ne conduisait pas à une discrimination illégale¹⁴⁸ en s'assurant « que la méthode de notation retenue par l'acheteur ne le conduisait pas à mettre en œuvre des critères ou sous-critères de sélection des offres dont il n'aurait pas informé les candidats au début de la procédure ou qui auraient été sans lien avec l'objet du marché et discriminatoires, ou encore à modifier certains critères ».

Il est, en effet, préférable que l'acheteur ne modifie pas la formule lors de l'analyse des offres et anticipe les difficultés que pourraient poser la méthode de notation retenue afin d'éviter tout risque de rupture d'égalité de traitement entre les candidats.

L'acheteur détermine généralement la méthode de notation avant de lancer la procédure ou, à tout le moins, avant la prise de connaissance des offres reçues, ce qui n'interdit d'ailleurs pas à l'acheteur de la modifier avant réception des offres¹⁴⁹ et au plus tard avant l'ouverture des plis¹⁵⁰. Le Conseil d'État semble implicitement admettre que la méthode de notation puisse être fixée après l'ouverture des plis. Pour apprécier la régularité de la méthode de notation soumise à son examen, le Conseil d'État tient compte d'éléments qui ne sont susceptibles d'être connus qu'au moment où les offres ont été analysées tel que l'écart de prix entre les offres des candidats¹⁵¹

Le juge ne peut modifier la méthode de notation des offres mise en œuvre par l'acheteur : il en vérifie la régularité au regard de la démarche qui a été concrètement mise en œuvre par l'acheteur au vu du marché qu'il a lancé. Il s'agit d'une analyse au cas par cas.

La publicité de la méthode de notation et la connaissance de celle-ci par les candidats au moment de l'élaboration de leur offre ne suffit pas à effacer l'irrégularité dont elle est éventuellement entachée. Cette légalité s'apprécie non seulement au regard de la formule elle-même mais également - plus globalement, c'est-à-dire par rapport à ses effets sur l'ensemble des critères et sous-critères d'attribution retenus ainsi que leur pondération.¹⁵²

Le choix d'une méthode de notation est donc déterminant dans le résultat obtenu et il n'existe pas de méthode « unique » applicable à toutes les consultations. L'expérience montre en effet qu'il n'existe aucune méthode universelle prenant en compte la diversité

¹⁴⁸ [CE, 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, n°370789](#) : « La méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale »

¹⁴⁹ Pt 15 de l'arrêt [CAA Paris, 27 février 2018, Stés Armor Développement et a, n° 16PA02955](#)

¹⁵⁰ [CE 16 novembre 2016 société SNEF, n° 401660](#)

¹⁵¹ [CE 13 novembre 2020, Commune de Perpignan, n°439525](#), considérant 11 « **Cette méthode de notation, qui renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix** alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était par elle-même de **nature à priver de sa portée ce critère**, et, de ce fait, **susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère.** »

¹⁵² [CE, 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362](#) : « une telle méthode de notation avait pour effet de **neutraliser les écarts entre les prix** de sorte que les offres ne pouvaient être différenciées qu'au regard des autres critères de sélection et qu'elle était ainsi susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie et en déduisant que cette méthode était entachée d'irrégularité ».

des situations rencontrées et donnant un résultat incontestable. Différentes méthodes de notation du critère prix existent et sont les plus pertinentes en fonction du contexte de l'achat ou celles qu'il convient d'éviter ou qui sont prohibés.

Les méthodes de notation jugées régulières préconisées en fonction du contexte

1. Méthodes de notation classiques

Méthode 1 : la règle de trois inversée/ la formule dite « proportionnelle »

La formule est la suivante :

Note (dans cet exemple sur 10 ou tout autre coefficient) du prix du candidat noté = (prix le plus bas/prix de l'offre examinée du candidat noté) X barème de notation (dans cet exemple 10 ou tout autre coefficient)

Cette méthode consiste à mettre la note maximum (10 points sur 10) pour le prix le plus bas proposé par les candidats (100 € dans cet exemple).

Le candidat qui remet une offre d'un montant de 200 € (au double du prix le plus bas) obtient la moitié des points sur le critère prix, soit la note de 5 sur 10.



Avantages : Cette formule hyperbolique est la plus « neutre », objective, facile à mettre en œuvre, et donc répandue. Elle a donc peu de chance d'être remise en cause devant un juge et est ainsi utilisée par une grande majorité des acheteurs, ce qui n'en fait pas pour autant la méthode généralisable à toute procédure. Elle permet d'avoir un rapport de proportionnalité entre le montant de l'offre et le nombre de points attribué. La différence de notation résultant de l'écart entre les prix proposés est strictement proportionnelle.

Limites : Cette méthode resserre les notes autour de la meilleure note, **atténue les écarts de notes pour les prix très hauts ce qui rend impossible l'obtention de la note 0 sur 10**. Elle a donc tendance à avantager les offres de prix élevés en accentuant l'écart de notation résultant de l'écart de prix, parfois dans des proportions insusceptibles d'être compensées au moyen des autres critères.

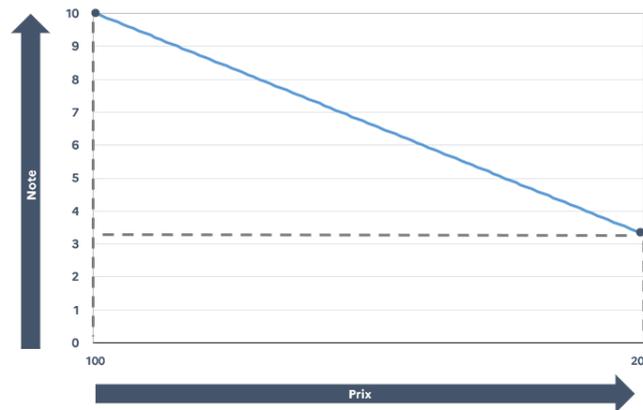
Cette méthode est donc pertinente lorsque l'on est en présence de prix homogènes.

Méthode 2 : la notation linéaire

La formule est la suivante :

Note (dans cet exemple sur 10 ou tout autre coefficient) du prix du candidat noté = 10 -10 [(prix de l'offre examinée - prix le plus bas) / (prix le plus élevé - prix le plus bas)]

Cette méthode consiste à sortir du strict rapport de proportionnalité par rapport à la meilleure offre pour noter les offres sur une droite entre deux points, les prix de l'offre la plus élevée et de l'offre la moins élevée.



Avantages : Comme la méthode précédente, celle-ci tient compte des écarts entre les prix proposés. Cependant, plutôt qu'une évolution « courbe » en hyperbole, il s'agit ici d'une droite entre 2 points extrêmes qui permet de discriminer davantage les offres tout en tenant compte des écarts en présence.

Cette méthode consiste également à mettre la note maximum¹⁵³ (10 points sur 10) pour le prix le plus bas proposé par les candidats (100 € dans cet exemple)

Le prix le plus élevé proposé est de 250€.

Le candidat noté a remis une offre à 200 € (au double du prix le plus bas)

Note sur 10 = $10 - 10 \times [(200 - 100) / (250 - 100)]$

Note sur 10 = $10 - 10 \times [(100) / (150)] = 10 - 10 \times [0.67] = 10 - 6.7$ soit 3,3.

Le candidat noté obtient sur le critère prix la note de 3,3/10.

Limites : 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.

¹⁵³ [CE, 15 février 2013, société SFR, n° 363854](#) « Le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation au titre d'un critère, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre ».

Or, l'offre la moins compétitive doit pouvoir obtenir mieux que 0, si elle reste objectivement compétitive.

Elle désavantage particulièrement les offres au moins 2 fois plus chères que l'offre la plus basse.

Cette formule peut s'avérer risquée en cas de remise d'offres au prix élevé, mais qui ne peuvent être rejetées comme inacceptables.

Cette méthode est donc adaptée lorsque des offres extrêmement hétérogènes sont remises pour des prestations bien connues de l'acheteur.

Méthode 3 : La moyenne des offres

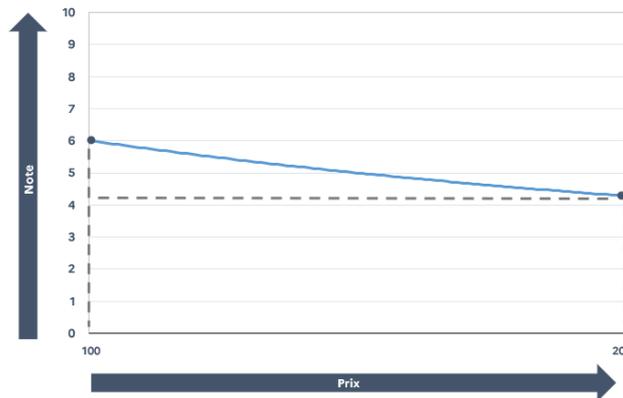
La « moyenne des offres » est le prix moyen pour l'ensemble des offres analysées.

Cette méthode vise à comparer les offres par rapport à un prix moyen reflétant, avec plus ou moins de précision en fonction des clauses du marché, le « prix du marché » au moment du dépôt des offres.

Il y a notamment deux formules intégrant ce prix moyen qui sont envisageables :

Note du prix du candidat noté sur 10 = $(10 \times \text{prix moyen des offres déposées}) / (\text{Prix moyen des offres déposées} + \text{prix offre à noter})$

Note du prix du candidat noté = $(10 \times \text{Prix moyen des offres déposées}^2) / (\text{Prix moyen des offres déposées}^2 + \text{prix offre à noter}^2)$



Avantages : cette méthode pourrait être utilisée quand, après le sourcing, on sait qu'il va y avoir une hétérogénéité de prix et que le critère prix est faiblement pondéré.

Limites : malgré des différences de prix importantes entre les offres, les écarts de notes seront moins importants en raison de l'intégration du prix moyen des offres déposées dans la formule.

L'intégration d'une puissance (au carré ou au cube par exemple) amplifie artificiellement l'écart de prix entre les offres financières.

L'inconvénient majeur de cette formule est qu'elle « écrase » les écarts de prix : les écarts de note sont très faibles, malgré des différences de prix très importantes, notamment du fait que l'offre la moins chère n'obtient pas 10.

Cette formule est à éviter en cas de fort écart de prix, de remise d'offres économiquement trop élevées en prix, mais non éliminables pour inacceptabilité, le prix moyen tenant compte des extrêmes minimum et maximum. Il est préférable d'utiliser la médiane ou l'écart type.

Même si cette formule n'a pas été censurée par le juge, elle peut s'avérer inadaptée en fonction du cas d'espèce (seulement deux offres acceptables, écart de prix trop faible ou trop grand...).

2. Autres méthodes ou pratiques de notation acceptées par le juge mais qui ne sont pas sans inconvénient

Méthode 4 :

Dans un tel cas, la formule est la suivante :

Note sur 10 = 10 - 10 [(prix de l'offre examinée - prix le plus bas) / (prix le plus élevé)]

Cette formule avantage les offres les plus chères. Elle n'est donc pas recommandée.

Méthode 5 : La méthode par paliers ou tranches de prix :

Prix ≤ 200 € : 5 points

200 € < Prix ≤ 210 € : 4 points

210 € < Prix ≤ 220 € : 3 points...

Cette méthode crée un « effet de bord » :

Exemple :

Prix proposés 110 € = 4 points,

Prix proposé 111 € = 3 points,

Mais si le prix proposé est de 119 € = 3 points également.

Il y a un écart de note entre 110 et 111 €, mais pas d'écart entre 111 et 119 €. ¹⁵⁴

Si cette méthode n'est pas à écarter systématiquement, il est malgré tout nécessaire d'éviter des paliers trop importants, particulièrement en cas de prix unitaires.

Pratique 1 :

La pratique consistant pour le critère du prix à attribuer une note identique à deux offres qui ne l'étaient pas, mais avec un écart de prix négligeable (en l'espèce de 109 € pour un montant de 289 631 €), n'est pas constitutive d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence par l'acheteur¹⁵⁵.

Pratique 2 :

¹⁵⁴ TA Orléans, 27 mai 2008, n° 0704464

¹⁵⁵ [CE, 30 novembre 2011, Société DPM Protection, n°350788](#)

Un acheteur peut prévoir d'attribuer **une note éliminatoire**, dès lors que cette information a été portée à la connaissance de l'ensemble des candidats dans les documents de la consultation par l'acheteur.¹⁵⁶

Deux méthodes sont envisageables

- soit, une note éliminatoire sur un ou plusieurs critères (ou sous-critères), dont le critère prix. Elle ne concernera que des niveaux de note très bas : de 0 à 2 points sur 10, par exemple. Bien évidemment, une unique note éliminatoire ne peut être adoptée sur un point mineur (moins de 5 % ou 10 % de la note globale, par exemple). C'est pourquoi, une note éliminatoire ne se justifie que sur des éléments importants. Une note éliminatoire pour 1/3 du poids total, pour les notes concernées, apparaît proportionnée ;
- soit, une note cumulée (nombre de points) très 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 de marché ou dans les documents de la consultation.

Pratique 3 :

Est régulière la pratique n'attribuant pas la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas en prenant en considération les quantités estimées résultant de solutions techniques alternatives.¹⁵⁷

Les méthodes de notation censurées par le juge

1. La méthode de notation conduisant à attribuer pour un ou plusieurs critères d'attribution des notes négatives ou de notes supérieures à la note maximale à certains candidats

Les notes négatives, en se soustrayant aux autres notes obtenues au titre des autres critères dans le calcul de la note globale, peuvent fausser la pondération des critères initialement définie et communiquée aux candidats et ainsi modifier trop fondamentalement l'échelle de notation¹⁵⁸.

Note sur 10 du prix du candidat noté = $10 - 20 \frac{(\text{prix de l'offre} - \text{prix moyen})}{\text{prix moyen}}$

Un exemple avec 5 offres (prix moyen de 200 000 € correspondant à la note 10) :

¹⁵⁶ TA Paris, 16 juin 2015, n° 1508617/7

[CAA Nantes, 10 janvier 2017, SARL Aclimat c/ Commune de la Bohalle, n°16NT01297](#) « Considérant qu'aucun texte, ni aucun principe n'interdit à une entité adjudicatrice de prévoir l'**attribution d'une note éliminatoire**, dès lors que cette information a été portée, comme en l'espèce, à la connaissance de l'ensemble des candidats. »

¹⁵⁷ [CE, 22 octobre 2014, Société EBM Thermique n° 382495](#)

¹⁵⁸ [CE 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532](#) et [CE, 17 juillet 2013, Département de la Guadeloupe, n° 366864](#).

| | Offre 1 | Offre 2 | Offre 3 | Offre 4 | Offre 5 |
|-------------|----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Prix | 80 000 € | 120 000 € | 150 000 € | 250 000 € | 400 000 € |
| Note | 22/10 | 18/10 | 15/10 | 5/10 | -10/10 |

Cette formule est à proscrire, car elle implique de fortes différences de notation autour du prix moyen.

Lorsque les écarts entre les offres sont très faibles (de quelques centaines/milliers d'€), elle a pour effet d'amplifier les écarts entre les notes, par rapport aux écarts réels entre les prix : alors que l'écart de prix entre le prix moyen et le prix proposé est de 25 %, la note est 50 % inférieure dans cet exemple.

Il convient d'éviter les formules de notation de prix dans lesquelles les écarts de note traduisent un rang de classement sans tenir compte des écarts réels, qui séparent les offres en termes de compétitivité (Cf ci-après les méthodes de notation du critère prix à écarter en raison du caractère discontinu de la notation).

2. Les méthodes de notation ne tenant pas compte des écarts

Est interdite une méthode de notation ne permettant pas de différencier les mérites respectifs des offres des candidats en faussant la pondération d'un critère, et en neutralisant ainsi le critère de sélection des offres pour le candidat le moins bien classé sur ce critère¹⁵⁹.

La méthode linéaire fondée sur des bornes

Cette formule est « encadrée » par les valeurs extrêmes : l'offre dont le prix est le plus bas et l'offre la plus élevée déposées.

Dans un tel cas, la formule est la suivante :

Note du candidat noté = (Prix maximal proposé – prix du candidat noté) / (prix maximal proposé – prix le plus bas) X 10

Exemple :

Prix le plus bas proposé : 50

Prix maximal proposé : 150

Prix du candidat noté : 100

Note du candidat noté = (150 -100) / (150 - 50) X 10= 50 / 100 X 10= 0,5X10

Note du candidat noté = 5 sur 10

L'application d'une telle formule permet d'attribuer la meilleure note (10 sur 10) au candidat ayant présenté l'offre la moins chère et l'offre financière la plus élevée se verra attribuer la

¹⁵⁹ [CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n°344244](#), [CAA Nantes, 19 septembre 2013, Commune de Belleville-sur-Loire, n°12NT01553](#) et [CE, 6 avril 2016, Commune La Bohalle, n° 388123](#).

note de 0 sur 10, ce qui ne rend pas fidèlement compte des écarts respectifs entre les offres et pénalise de façon non justifiée l'offre la plus élevée.

La borne minimale sera le prix le plus bas proposé, permettant d'attribuer à la meilleure offre le maximum de points.

La borne maximale sera le budget de l'acheteur, c'est-à-dire le seuil au-delà duquel les offres ne peuvent plus être financées et doivent donc être considérées comme inacceptables. Elle ne peut jamais être l'offre la plus élevée.

La jurisprudence a censuré les méthodes de notation consistant à attribuer arbitrairement les notes extrêmes aux prix extrêmes sans respecter les écarts entre les offres. Elle a refusé ainsi les méthodes de notation aboutissant à :

1. amplifier des écarts entre les offres¹⁶⁰. Le correctif apporté à la méthode dite proportionnelle (cf. ci-dessus n°1), consistant à affecter une puissance (au carré ou au cube par exemple) au prix le plus bas et au prix noté afin d'accroître les écarts ne respecte plus un strict rapport de proportionnalité entre le montant de l'offre et le nombre de points attribué existant dans la formule de départ. Elle pénalise les offres financières plus onéreuses en amplifiant artificiellement et non proportionnellement les écarts entre les offres financières des candidats avec celle du candidat ayant proposé le prix le plus bas. Cette méthode pourrait donc être censurée par le juge.

Note du prix du candidat noté = (Prix le plus bas² / Prix du candidat noté²) x 10

Exemple :

Prix le plus bas = 50

Prix du candidat noté = 100

Note du prix du candidat noté = $(50^2 / 100^2) \times 10$ soit de 2,5 sur 10

2. attribuer automatiquement la note maximale au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et 0 point au candidat ayant proposé l'offre la plus chère lorsque seulement deux offres sont analysées compte de l'écart réel de prix entre les offres des deux candidats¹⁶¹. « S'agissant du critère tenant au prix, les offres des deux candidats ont été notées à partir de la formule $(P - X) \times 40 / (P - M)$, dans laquelle P correspond au montant de l'offre la plus élevée, X au montant de l'offre notée et M au montant de l'offre la moins élevée ; [...] est susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie »¹⁶².

Ce système de note « binaire » entraîne une disproportion entre les notes et prive de leur portée les critères de sélection ou neutralise leur pondération¹⁶³, ce qui peut conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à l'offre économiquement la plus avantageuse *au regard de l'ensemble des critères pondérés*. Aussi, il convient d'écarter cette méthode car elle sera censurée par le juge administratif¹⁶⁴.

¹⁶⁰ TA Dijon, ord. 23 déc. 2009, Département Côte d'Or, n° 0902816

¹⁶¹ TA Melun, 6 mars 2008, Préfet de Seine-et-Marne c/ SMITOM, n° 0801217/2

¹⁶² [CAA Paris, 8 février 2016, Commune de Lognes n° 15PA002953](#) et [CAA Bordeaux, 14 décembre 2017, la région Aquitaine, n°15BX01852](#)

¹⁶³ TA Dijon 11 mars 2010, Société Roch Service, n° 1000492

TA Lyon 11 mars 2011, n°1100160

¹⁶⁴ [CE, 24 mai 2017, Ministre de la Défense Société Techno Logistique, n° 405787](#)

3. attribuer la note de 15 sur 20 à toute offre correspondant à **l'estimation de l'acheteur**, les offres d'un montant supérieur ou inférieur à cette estimation se trouvant affectées d'une note inférieure ou supérieure à 15¹⁶⁵.
4. **Utiliser une méthode dans laquelle les écarts de note traduisent un rang de classement** : La méthode de notation du critère prix **simpliste**, consistant lorsqu'il y a 5 offres par exemple, à mettre 5 sur 5 au prix le plus bas, 1 sur 5 au prix le plus haut, 2 sur 5, 3 sur 5 et 4 sur 5 aux trois autres sans tenir compte des écarts réels de prix **ce qui n'est pas équitable pour les candidats ... Cette méthode ne doit jamais être utilisée**
5. A été jugée irrégulière par le Conseil d'Etat, car ne permettant pas d'identifier l'offre dont le prix est effectivement le plus avantageux, une méthode de notation du critère prix mise en œuvre par l'acheteur pour un marché à prix unitaires avec laquelle il notait le critère prix de chaque lot technique d'un marché global de travaux, sur la base d'une **moyenne arithmétique des notes obtenues sur les différents lots pour calculer une note globale**, mais sans tenir compte de l'hétérogénéité de valeurs entre ces différents lots. Le Conseil d'Etat a considéré qu'« En ne tenant pas compte de la pondération des différents lots techniques pour l'application du critère du prix, le groupement de commandes a entaché sa méthode de notation d'irrégularité ; qu'il lui incombait, compte tenu du cadre qu'il avait fixé, d'appliquer aux notes attribuées aux sociétés candidates pour chaque lot, tant au titre du critère du prix que de la valeur technique, un coefficient de pondération tiré du rapport entre la valeur de chaque lot et la valeur estimée de l'ensemble du marché, afin que le calcul de la note globale attribuée aux offres déposées permette de tenir compte de la disparité des valeurs des différents lots constituant le marché faisant l'objet de la procédure d'attribution »¹⁶⁶.
6. Pour le Conseil d'État, la méthode de notation du critère prix consistant à **additionner les lignes du BPU**¹⁶⁷ des diverses prestations de services juridiques objet de l'accord-cadre, sans tenir compte de leur importance respective (les prestations étaient hétérogènes et l'écart de prix entre elles était important), c'est-à-dire sans leur appliquer aucune pondération particulière ni tenir compte des quantités prévisionnelles de chacune des prestations demandées, est irrégulière en ce qu'elle « renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était par elle-même de nature à priver de sa portée ce critère, et, de ce fait, susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère »¹⁶⁸.
7. D'autres méthodes enfin sont tout simplement inadaptées à l'offre de prix, telle une formule inapplicable en cas d'offre égale à zéro euros¹⁶⁹.

¹⁶⁵ CAA Nantes, 21 février 2014, n° 12NT00206

¹⁶⁶ [CE, 1^{er} juillet 2015, SNGESO, n° 381095](#)
[CE, 6 avril 2018, SNGESO, n° 402219](#)

¹⁶⁷ Bordereau de prix unitaires

¹⁶⁸ [CE, 13 novembre 2020, Commune Perpignan Charrel, n° 439525](#)

¹⁶⁹ [CE, 19 avril 2013, Ville de Marseille, n° 365340](#)

3. Prohibition des méthodes avec estimation prise en compte

Méthodes de notation du critère prix à écarter en raison du caractère discontinu de la notation

Est irrégulière une méthode de notation qui conduit à **attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du coût de la prestation par l'acheteur**, que ce prix soit supérieur ou inférieur à celle-ci, et ayant pour conséquence que la note maximale soit attribuée à une entreprise dont l'offre financière était supérieure à celle du candidat évincé. L'attributaire du marché public de travaux qui a eu la note maximale n'était donc pas le candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, entachant ainsi d'illégalité la méthode de notation utilisée par l'acheteur.

Méthode attribuant la meilleure note au prix cible fixé avant le lancement de la procédure :

Prix cible = 200 € : 5 points

L'offre à 190 € et celle à 210 € ont le même nombre de points.

La représentation graphique est en cloche, la courbe n'est pas monotone (ni strictement croissante ni strictement décroissante). Les analyses des offres de prix en fonction de leur proximité avec l'estimation financière de l'acheteur, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation ont été sanctionnées par le juge administratif. La méthode de notation mise en œuvre ne doit pas conduire à choisir une formule visant à ne pas attribuer la meilleure note au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁷⁰. **La méthode consistant à fixer le maximum et le minimum de l'échelle de notation en fonction des offres extrêmes est donc à éviter.** Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'analyse de prix d'offres intégrant des variantes, il n'est pas possible de prendre en compte, d'un côté, les quantités estimées de base pour la notation financière des offres de base et, de l'autre, les quantités estimées résultant des solutions alternatives proposées dans le cadre des variantes¹⁷¹.

Attribuer la même note aux offres dont le prix est inférieur à l'estimation faite par l'acheteur, sans tenir compte des écarts entre les offres pouvant se manifester dans cette tranche de prix n'est pas recommandé.

La méthode dite du « barycentre » consistant à attribuer la meilleure note à l'offre se rapprochant le plus du prix cible de l'acheteur est à éviter. Cette échelle de notation, prévoyant que chaque offre serait notée en fonction de son prix (P) et du prix de l'offre la plus basse (P0) **selon la formule : $10/3 \times 7 (7-P/P0)$** , est susceptible de ne pas permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse en raison d'un trop faible écart entre les offres des candidats et de porter atteinte aux principes d'égalité, de transparence et de mise en concurrence que la publicité donnée aux critères d'appréciation. La méthode retenue par l'acheteur est alors trop peu discriminante, si bien que les écarts entre les prix sont finalement neutralisés. Cette formule prive de leur portée les critères de sélection des offres en les modifiant substantiellement ou neutralise leur pondération en ne respectant

¹⁷⁰ [CE, 29 octobre 2013, OPH Val d'Oise Habitat, n°370789](#)

¹⁷¹ [CE, 22 octobre 2014, Commune de Saint-Louis, n° 382495](#)

pas les écarts entre les prix et a pour effet de fausser leur pondération en réduisant de manière importante la portée du critère du prix dans l'appréciation globale des offres et en conférant aux autres critères de sélection, en particulier celui de la valeur technique, une portée supérieure à la pondération qui leur avait été initialement affectée afin de pouvoir différencier les offres¹⁷².

5.2.3.3. Comment noter le prix ?

Le critère du prix est probablement le plus « objectif mathématiquement » de tous les critères.

Mais une formule de notation du prix et le choix des indicateurs qui la composent peuvent comporter des biais renforçant ou affaiblissant l'impact de ce critère au point de remettre en cause le classement des offres. Il importe donc que l'acheteur ait pu correctement évaluer préalablement son impact.

Une méthode universelle est-elle possible ?

L'expérience montre qu'il n'existe aucune méthode universelle prenant en compte la diversité des situations rencontrées et donnant un résultat incontestable.

Mais plusieurs conseils peuvent être donnés pour éviter de choisir une méthode trop discriminante ou au contraire atténuant trop les différences.

Avant d'adopter une formule, il est donc nécessaire de la tester, sur la base de cas « moyens » (écarts de prix de quelques %) et de cas « extrêmes » (grande dispersion des prix, hauts ou bas).

5.2.3.4. Doit-on comparer la note du critère 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 nécessairement à un niveau de qualité.

Exemple de méthode dont le critère d'attribution est fondé sur le meilleur rapport qualité-prix :

Pour un achat de fournitures informatiques, le poids du critère prix est de 60% et celui du critère de la valeur 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 0 à 10 (10 étant la note maximale).

L'analyse de la proposition technique d'une offre donne les notes suivantes :

¹⁷² [CE, 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362](#)

| Sous critères | Coefficients | Notes/10 |
|---|------------------------------|---|
| 1°) Poids de l'ensemble ordinateur, lecteur optique, batterie principale et bloc alimentation | 8 | Note 1 (N1) |
| 2°) Taille de l'écran | 3 | N2 |
| 3°) Autonomie | 5 | N3 |
| 4°) Performance PC | 1 | N4 |
| 5°) Ergonomie générale | 1 | N5 |
| | 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.

0,6 correspond ici au poids du critère prix (60 %),

0,4 correspond à celui du critère technique (40 %) et

180 est la somme des coefficients des 18 critères techniques multipliée par 10.

Exemple :

Dans le cadre d'un marché, une clause d'insertion est prévue. Le candidat est invité soit à confirmer le minimum requis, soit à présenter un nombre d'heures supplémentaires sur lequel il s'engage. La meilleure note sera attribuée au candidat s'étant engagé sur le plus grand nombre d'heures. Les autres offres sont ensuite dégressives.

Dans ce cas, le candidat est encouragé à présenter un nombre d'heures incohérent avec la réalité afin d'obtenir la meilleure note par simple règle mathématique. L'offre acceptée mettra ensuite le candidat en difficulté.

Par conséquent, et si l'acheteur souhaite récompenser de tels engagements supplémentaires, cela doit nécessairement être analysé en prenant en considération le prix proposé.

Des grilles d'analyse du critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté permettent d'éviter ces effets d'annonce ([Guide sur les aspects sociaux dans la commande publique – Septembre 2022 – OECF](#))

Une composante du prix des offres peut-elle contribuer à en évaluer la valeur technique ?

Oui, dans certains cas. Un acheteur peut prévoir une méthode d'évaluation du critère de la valeur technique des offres qui mesure la qualité d'une composante des prestations

constituant les offres par la somme que les opérateurs économiques s'engagent à y consacrer.¹⁷³

5.2.3.5. Comment conserver la pondération des critères lors de la notation des offres ?

Les critères retenus et leur pondération sont essentiels dans le choix du titulaire.

On prendra garde, cependant, que leur utilisation ne conduise pas 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, l'un des rares critères pour lesquels les notes attribuées peuvent être identiques quel que soit le notateur.

La note affectée à une offre est déterminée mathématiquement.

C'est la raison pour laquelle 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...).

Les acheteurs mettent généralement en place des mesures « correctives » pour diminuer cette dispersion, en prévoyant à l'avance des grilles de notation ou de lecture des offres qui rendent plus objective cette notation (questions identiques posées à tous les candidats, 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 maximale de 10 est le plus souvent attribuée au prix le plus bas, la note 10 est plus rarement utilisée pour les autres critères.

De ce seul fait, le prix peut être surpondéré dans l'appréciation finale, par rapport à la pondération voulue et affichée par l'acheteur.

Exemple :

Analyse des offres avec 2 critères et des pondérations des plus classiques : la valeur technique pour 60 % de la note finale et 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, proportionnelle ou logarithmique (ou d'autres méthodes les panachant) peut avoir une influence sur la note attribuée.

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

¹⁷³ S'agissant d'un marché public de services de crèche, le Conseil d'Etat a considéré que « la circonstance que le montant du budget consacré à l'alimentation puisse également servir à l'appréciation du critère financier tiré du "prix unitaire à la place" de crèche ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse également être pris en compte pour apprécier la valeur technique des offres dès lors que le prix des repas n'est que l'un des éléments déterminant tant le budget consacré à l'alimentation que le prix unitaire à la place de crèche » ([CE, 20 novembre 2020, société Evancia n°427761](#)).

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 en général 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 doit représenter 60 % de la note finale.

Dans ce cas précis, le poids du critère technique n'est plus mathématiquement que de 51,2 %, le prix représentant 48,8 % de la note finale.

Une solution peut être utilisée afin de conserver le poids relatif des critères : il est envisageable, après que chaque offre a été notée individuellement, de porter systématiquement et pour chaque critère, à 10 la note de l'offre qui est la meilleure pour tout critère considéré, 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.

Est-ce que les enchères électroniques comportent un risque de dégradation de la qualité de l'offre ?

Les enchères électroniques sont effectuées dans le cadre d'un dispositif dématérialisé de présentation des offres et permettent 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 uniquement sur le prix lorsque le marché est attribué sur la base de ce seul critère,
- soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation lorsque le marché est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères ([article R. 2162-57 du code](#)).

À partir du 21 août 2026, l'acheteur ne pourra plus se fonder sur un critère d'attribution unique fondé sur le prix pour l'attribution des marchés.

Il devra se fonder sur une pluralité de critères, dont au moins l'un d'eux prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ou recourir au critère unique du coût ([article R. 2152-7 du code](#) modifié).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ relative au décret d'application de [l'article 35 de la loi « Climat & résilience » du 22 août 2022](#).

Le risque de dégradation de la qualité de l'offre est mineur.

Tout d'abord, ces enchères ne portent que sur des marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels les spécifications peuvent être établies de manière précise.

Par ailleurs, seuls les éléments quantifiables et objectivables peuvent faire l'objet d'enchères inversées.

5.3 COMMENT VALORISER LES CERTIFICATS D'ÉCONOMIE D'ÉNERGIE (CEE) ?

Dans certains cas, il est possible pour l'acheteur de valoriser les CEE produits dans le cadre d'un marché.

Il convient dans ce cas de bien indiquer dans les documents de la consultation que les candidats ne doivent pas intégrer les CEE dans leurs offres de prix pour éviter tout risque d'erreur, incompréhension ou litige par la suite.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche technique de la DAJ intitulée « Certificats d'économie d'énergie et commande publique »](#) qui présente le dispositif et le régime applicable selon la nature des acheteurs ainsi que les différentes façons de procéder concrètement pour l'acheteur qui souhaite obtenir un financement de ses travaux d'amélioration de la performance énergétique

5.4. LE PRIX ET LES VARIANTES

5.4.1. Principes

Le candidat peut présenter des variantes (si le pouvoir adjudicateur ouvre cette possibilité dans le cadre d'une procédure formalisée, ou s'il ne s'y est pas opposé dans le cadre d'une procédure adaptée ou si l'entité adjudicatrice ne s'y est pas opposée dans le cadre d'une procédure formalisée ou adaptée) à condition toutefois que celles-ci respectent les exigences minimales, ainsi que toute condition particulière de leur présentation, mentionnées dans les documents de la consultation (articles [R. 2151-10](#) et [R. 2351-9](#) du code) s'il n'a pas laissé de liberté aux candidats.

Dans les documents de la consultation, l'acheteur a également la faculté de laisser aux candidats une liberté de choix dans les variantes.

Il peut aussi orienter les variantes mais, s'il en fait une obligation, tous les opérateurs économiques potentiellement candidats devront proposer cette variante .

Sauf mention contraire dans les documents de la consultation, les variantes peuvent donc porter sur le prix, la variation des prix (modification de la composition de la formule de variation des prix), l'échéancier de paiements, les clauses incitatives...

Mais en pratique, cette situation reste exceptionnelle.

Il ne pourra être introduit de nouveaux critères durant la procédure pour retenir une variante particulièrement avantageuse.

Les critères mis en œuvre doivent 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 depuis la publication du [Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011](#).

Qu'elles soient techniques ou financières, les variantes doivent être jugées en fonction des critères mentionnés dans les documents de la consultation.

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 mentionnés à l'article [R. 2152-7](#) du code permet de traiter les offres de base et les variantes, du fait de leur caractère suffisamment général.

L'acheteur anticipera, dans la mesure du possible, la proposition de variantes (et l'inventivité des candidats) lors de l'établissement des critères ainsi que les conséquences des variantes proposées sur l'ensemble des dispositions financières.

5.4.2. Variantes et forme du prix

L'acheteur peut-il accepter une variante entre prix ferme et prix révisable ?

Il est possible, sous réserve de respecter les dispositions du code sur les clauses d'actualisation ou de révision des prix obligatoires, de prévoir une variante sur la forme du prix.

Cependant, l'acheteur doit avoir prévu la possibilité de cette variante dès l'avis de marché. Il devra également indiquer des exigences minimales dans les documents de la consultation.

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.

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

La clause de variation des prix est un élément structurant l'offre de prix remise par les candidats lors de la passation d'un marché.

Si l'acheteur offre la possibilité des variantes, même si cela n'est pas préconisé, mieux vaut qu'il précise qu'il n'est pas possible de proposer une autre formule de révision des prix.

S'il n'a pas exclu cette éventualité, il devra l'accepter et donc estimer l'impact de cette clause, par rapport à celle qu'il proposait, mais aussi sur le niveau de prix proposé.

5.5. L'ANALYSE DE L'OFFRE FINANCIÈRE ET LA NÉGOCIATION DU PRIX

5.5.1. Deux méthodes d'analyse de l'offre financière : les prix et les coûts

Un acheteur ne peut pas avoir pour seule et unique motivation la recherche systématique du prix le plus bas possible.

Cet objectif du meilleur prix est important, mais doit être concilié :

- d'une part avec celui du moindre coût global pour l'utilisateur, y compris les frais d'usage,
- d'autre part avec le souci de ne pas compromettre la rentabilité financière du marché pour l'opérateur économique, ce qui réduirait la concurrence.

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 est 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 apprécier 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'opérateur économique.

L'analyse de coûts désigne une étude critique du prix de revient prévisionnel de la prestation et de la marge bénéficiaire escomptée par le candidat (cf. annexe 2 sur les coûts de revient).

Il est recommandé de n'utiliser la méthode d'analyse de coûts que pour les marchés d'un montant important et certains marchés négociés, car elle est plus complexe et plus onéreuse à mettre en œuvre que la méthode d'analyse de prix.

Les deux méthodes ne sont généralement utilisables qu'à partir de l'étude d'un devis préalablement établi par le candidat.

L'analyse de coûts requiert un devis présenté sous une forme plus élaborée que pour une simple analyse de prix.

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 diverses composantes : 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.

5.5.1.1. L'analyse des prix

L'analyse des prix 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.

Cette comparaison avec des éléments connus entraîne nécessairement la recherche et le choix de références.

Elle ne peut donner que des ordres de grandeur et non des chiffres précis. Le niveau de précision obtenu 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 des 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 applicabilité au futur marché.

L'analyse des coûts dans un cadre forfaitaire incluant une décomposition globale du prix forfaitaire (DGPF) a pour objectif de vérifier la cohérence des éléments techniques présentés, mais ne peut être un critère de notation, ni un engagement contractuel dans ses composantes.

Seul le prix forfaitaire est contractuel (cf. Chapitre 2).

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

L'analyse des prix doit se faire TTC, même si pour certaines offres, les taxes peuvent être nulles ou différentes pour une même consultation.

Il sera éventuellement nécessaire de vérifier que la bonne taxation a bien été appliquée par le candidat, et sa régularité.

Il est nécessaire de prendre systématiquement les prix TTC pour comparer les offres.

En effet, l'analyse doit toujours être faite au regard de la somme qui doit être réellement mise à la charge de l'acheteur et comprendra donc les taxes dont l'acheteur devra s'acquitter.

Lors de l'analyse des offres, les acheteurs doivent tenir compte du prix TTC tel qu'il est présenté par le candidat et tel qu'il devra être réellement payé au candidat retenu.

Celle-ci s'entend donc nécessairement « TTC » et pas seulement en incluant la TVA, 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.

Selon l'activité (telle que la formation professionnelle...), la domiciliation fiscale (telle que les territoires d'Outre-mer...), ou le statut du candidat (tel que les autoentrepreneurs ou les exportateurs...), celui-ci peut ne pas être soumis à la TVA (exonération, franchise...) et facturer systématiquement sans taxe.

Le formulaire ATTR1 (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, l'acheteur doit vérifier que ces prix et ces taux sont bien mentionnés dans l'offre qui deviendra contractuelle.

Sinon, il sera dans l'incapacité de comparer réellement les prix des offres.

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 directions régionales de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (DREETS) 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 obtenu après les remises.

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

Pour un produit 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 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 de 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.

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

Lorsqu'un acheteur passe des commandes successives de matériels, équipements, services ou travaux autres que courants, il est conduit à pratiquer une analyse des 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'opérateur économique 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 plus performant).

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

Si les différentes méthodes d'analyse des prix décrites ci-dessus font apparaître que les prix obtenus à l'issue de la consultation sont plus élevés que ceux attendus, l'acheteur peut :

- **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 opérateurs économiques 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.

5.5.1.2. L'analyse des coûts traduits dans l'offre du candidat

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 l'opérateur économique.

Elle consiste en un examen critique, poste par poste, de ce devis, en l'assortissant éventuellement de vérifications portant sur les justifications présentées par le candidat ou effectuées sur place, dans les établissements de ce dernier. Elle est complexe et sa réalisation demande du temps ainsi que 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 des 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.

5.5.2. La négociation du prix

En cas de recours à la négociation, trois principes doivent guider l'acheteur. Ils ne concernent pas uniquement le prix, mais celui-ci est souvent un élément central de la négociation :

- **le souci de la réduction des coûts dans la discussion des éléments du devis**, aussi bien pour le marché en cause que pour les prestations ultérieures, qui seront éventuellement demandées au titulaire ;
- **le respect de la responsabilité de l'opérateur économique**, ce qui conduit, d'une part, à n'effectuer que le nombre minimal de contrôles, d'autre part, à éliminer toute méthode tendant à l'assimiler à un simple exécutant garanti contre tout risque de perte et limité trop étroitement dans ses perspectives de profit. Il s'agit également d'inciter davantage l'opérateur économique à fabriquer « bien » de « bons » produits ou à exécuter de « bonnes » prestations qu'à consacrer ses efforts à l'obtention de « bons » contrats ;
- **la fixation d'une marge bénéficiaire prévisionnelle** qui tienne compte de la contribution du titulaire à l'exécution de la prestation, du risque assumé par celui-ci ainsi que de ses efforts en vue de l'abaissement des coûts et de l'amélioration des services rendus.

Une bonne négociation exige de déterminer les objectifs à atteindre par cette négociation. Avant d'entamer une négociation sur les prix, l'acheteur doit anticiper la proposition financière du candidat grâce à l'analyse des prix afin de comparer les écarts entre le prix proposé par le candidat et celui qu'il attendait.

Lorsque cette analyse a été effectuée, le prix à payer s'élabore en deux temps : évaluation du prix de revient, puis adjonction d'une marge.

La marge prend en compte l'apport technique, administratif, commercial, intellectuel de l'opérateur économique, c'est-à-dire sa valeur ajoutée au titre du marché. Elle doit également rémunérer le risque assumé par le candidat. Elle doit enfin intéresser l'opérateur économique 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 dépendent de la compétence de l'acheteur et du type de produit acquis ou des prestations à réaliser.

L'objectif n'est pas d'obtenir une certitude sur le coût d'une prestation, mais des éléments pour faciliter la négociation qui doit porter sur l'ensemble de la prestation à l'exclusion des caractéristiques principales du marché et à s'assurer que le prix obtenu est convenable, c'est-à-dire que son ordre de grandeur est réaliste.

Dans la négociation du prix qui englobe le coût et la marge, l'acheteur doit agir avec le souci de la plus grande efficacité.

La rigueur dans l'appréciation des éléments du coût s'accompagnera d'une plus grande souplesse dans la détermination du taux de marge normal dont l'éventail sera sensiblement élargi.

La négociation doit être conduite dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, rappelés à l'article L. 3 du code et qui permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

L'acheteur doit donc s'abstenir de donner toute information susceptible d'avantager certains candidats par rapport à d'autres.

Le respect de ce principe implique également qu'il informe par écrit tous les candidats dont les offres n'ont pas encore été éliminées de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation ; ces changements ne peuvent porter sur les exigences minimales initialement fixées.

Une négociation ne se résume pas à la question du prix, ni au fait de déposer une deuxième offre... modifiant uniquement le prix, 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 de ses besoins et des capacités économiques et techniques des opérateurs économiques.

Une négociation ne doit pas être confondue avec un marchandage.

Imposer au candidat un prix irréaliste revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'opérateur économique, à compromettre la bonne exécution du marché ou à conduire à la passation ultérieure de coûteux avenants.

Lorsque la procédure permet la négociation, celle-ci permet de lever tous les doutes et erreurs.

Si l'acheteur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, la négociation ne doit pas conduire à modifier substantiellement les offres¹⁷⁴ ou le marché. En effet, la négociation ne permet

¹⁷⁴ [CE, 5 décembre 1994, Commune du Vésinet, n°131680](#) « Le marché passé avec la société "OBB construction" a fait l'objet d'un avenant ayant notamment pour objet d'ajouter un étage au bâtiment ; qu'ainsi, en autorisant le maire à conclure ce marché, le conseil municipal n'a pas respecté l'égalité entre les entreprises ayant présenté des offres ».

pas de modifier les caractéristiques principales du marché¹⁷⁵ telles, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures et des offres¹⁷⁶.

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** nécessaire (telle qu'elle a été fixée par l'opérateur économique et non celle fixée impérativement par l'acheteur), la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- **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** : l'incidence sur le prix des exigences en termes de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- **les garanties de bonne exécution du marché** (primes, 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 l'avis de marché ;
- le cas échéant, **les clauses de propriété de certains matériels ou les clauses de propriété intellectuelle**... Il est recommandé de négocier de façon mesurée sur celles-ci tout particulièrement au vu du prix parfois élevé qui peut en découler, notamment en cas de cession de droit totale.

Dans le cadre de **négociations avec un seul candidat**, c'est une appréciation des prix par rapport au montant prévisionnel qui sera faite.

Lorsqu'il s'agit de **négociations avec plusieurs candidats**, 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 »).

5.6. LES NOTIONS DE COÛT GLOBAL/COÛT DU CYCLE DE VIE

Généralement, 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 (Sur ce point cf. Peut-on retenir le prix ou le coût comme unique critère d'attribution ?).

¹⁷⁵ [CAA Douai, 28 janvier 2016, Communauté de communes Pierre Sud Oise et Commune de Saint-Leu d'Esserent n°14DA00039](#) « Ces modifications par leur nature et leur importance, ont présenté un **caractère substantiel** de nature à modifier les conditions initiales de réalisation de ce marché ».

¹⁷⁶ [CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines n°229666](#) « La commune ne pouvait, après avoir invité, au cours de la négociation, les candidats à corriger leur offre afin de proposer un prix unitaire, retenir une offre conforme à cette invitation alors que le règlement de consultation prévoyait un prix forfaitaire global ».

Le coût du cycle de vie permet de rendre compte des coûts directement supportés par l'acheteur (appelés communément « coût global ») et des coûts externes liés aux impacts environnementaux (dits externalités) lorsqu'ils sont traduisibles en valeur monétaire.

[L'article R. 2152-7 du code](#) dispose que :

« Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article [R. 2152-9](#) ;

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. »

À partir du 21 août 2026, l'acheteur ne pourra plus se fonder sur un critère d'attribution unique fondé sur le prix pour l'attribution des marchés.

Il devra se fonder sur une pluralité de critères, dont au moins l'un d'eux prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ou recourir au critère unique du coût (article [R. 2152-7](#) du code modifié).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la fiche de la DAJ relative au décret d'application de [l'article 35 de la loi « Climat & résilience » du 22 août 2022](#).

Cette même disposition liste de manière non-exhaustive¹⁷⁷ les critères¹⁷⁸ pouvant être utilisés par les acheteurs, qui doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution tels que notamment : la qualité, les délais d'exécution, la qualité du personnel...

La jurisprudence européenne a précisé que le critère qualité avait un poids essentiel pour la détermination du meilleur rapport qualité-prix¹⁷⁹.

Par exemple, dans le cadre d'un marché public hospitalier, il peut être opportun de retenir un critère relatif aux bénéfices attendus d'une solution relative à la poursuite des gains d'effectivité comme la réduction de la durée de l'hospitalisation des patients, ou la simplification des tâches.

Ces coûts peuvent être pris en compte par l'intermédiaire d'une approche globale dans les critères qualitatifs, voire dans le calcul du coût global et des coûts indirects puisque leur gain économique est quantifiable.

Le coût global comprend l'ensemble des coûts engendrés pour la conception, la réalisation, l'investissement, l'exploitation et la maintenance, l'impact social et environnemental, le

¹⁷⁷ [CE, 5 novembre 2008, Commune de Saint Nazaire, n°310484](#)

¹⁷⁸ [Article 67 de la directive 2014/24/UE](#)

¹⁷⁹ [CJUE, 26 mars 2015, Ambisig, C-601/13, pt. 29](#) « pour les cas dans lesquels le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il y a lieu de rechercher l'offre qui « présente le meilleur rapport qualité/prix », ce qui est ainsi de nature à renforcer le poids de la qualité dans les critères d'attribution des marchés publics. »

démantèlement ou le recyclage et l'élimination... sur une période déterminée et pour un périmètre déterminé. Le périmètre et la période doivent clairement être précisés.

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) et le coût du montage juridique.

Par exemple, 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.

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

Pour un marché de travaux, l'acheteur, 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 candidats de justifier les quantités estimées pour chacune des difficultés envisagées et de mentionner certaines d'entre elles qui auraient pu avoir été omises.

Selon l'article [R. 2152-9](#) du code, « le **coût du cycle de vie** couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :

- a) Les coûts liés à l'acquisition ;
- b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
- c) Les frais de maintenance ;
- d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ».

Cette approche en termes de coûts internes à vocation à enrichir l'analyse des offres fondée classiquement sur le coût d'achat, en la complétant par anticipation des autres coûts que l'acheteur devra supporter tout au long de l'utilisation du produit, service ou ouvrage, dont il s'apprête à faire l'acquisition.

Ici, l'approche du cycle de vie s'avère essentiellement financière.

$$\begin{array}{c} \text{Coût du cycle de vie} \\ = \\ \text{coûts directs (coût global) + coûts indirects (coûts des externalités environnementales)} \end{array}$$

Le 2° de l'article [R. 2152-9](#) du code poursuit par : « Les coûts imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique. »

Dans ce cadre, l'approche du cycle de vie prend en compte des coûts autres que financiers. Les externalités environnementales peuvent inclure, en théorie, la pollution générée en amont de l'acquisition.

Par exemple, au stade de l'extraction des matières premières utilisées dans le produit ou par le produit lui-même ou lors de sa fabrication.

Ainsi, même si un produit semble le mieux disant au regard de son prix d'achat, voire du coût financier de l'ensemble de son cycle de vie, il peut se révéler finalement moins compétitif si l'on prend en compte le coût non financier de son cycle de vie, comme par exemple l'impact de son transport sur l'environnement.

Cependant, la prise en compte des coûts imputés aux externalités environnementales est très complexe à mettre en œuvre car elle implique l'établissement de méthodes fiables de monétisation encore peu répandues, comme par exemple, celle de [l'arrêté du 22 mars 2019 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans la passation des marchés publics](#) ou, dans le domaine de l'agriculture et de l'alimentation, les méthodes Stepwise, Eco-cost ou Trucost.

Compte tenu de la difficulté à monétiser les impacts environnementaux des biens et des services, l'acheteur pourra recourir à un ou plusieurs critères environnementaux définis grâce à une analyse du cycle de vie, qui ne requiert pas de monétiser les externalités environnementales.

L'analyse du cycle de vie fait l'objet d'une méthodologie encadrée par la norme internationale ISO 14044.

Dans le cadre du plan national pour les achats durables (PNAD), l'Etat mettra à disposition des acheteurs des outils opérationnels de définition et d'analyse du coût de cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achats.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche explicative de la DAJ dédiée à la loi Climat](#).

5.7. COMMENT TRAITER EN COURS DE PROCÉDURE D'ATTRIBUTION LES ERREURS QUI PEUVENT CONCERNER LES PRIX D'UN MARCHÉ ?

5.7.1. Cas d'une formule de variation des prix manifestement inadaptée ou absente

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

Si c'est un opérateur économique qui s'aperçoit de cette anomalie, aux conséquences graves, l'acheteur doit soit introduire une formule (d'actualisation du prix ferme ou de révision des prix) qui satisfasse à ses obligations réglementaires, soit revoir la formule inadaptée à la prestation. Cette modification des documents de la consultation s'accompagnera d'une information publiée sur le média utilisé pour la mise en 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 ou la nécessité de prolonger le délai de remise des offres.

L'acheteur qui ne rectifie pas une formule de variation des prix manifestement inadaptée ou qui oublie une formule de variation rendue obligatoire par le code est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle si des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat. En outre, la méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations

de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation¹⁸⁰.

Lors de la mise en concurrence d'un marché de travaux ou de fournitures et services non courants, les candidats ayant détecté une anomalie (par exemple l'absence d'une clause de variation de prix obligatoire) dans le choix des éléments de référence doivent en informer aussitôt l'acheteur, car aucun avenant n'est en principe possible en cours d'exécution du marché, sauf possibilité ouverte par l'[avis du 15 septembre 2022](#) du Conseil d'Etat¹⁸¹, sous réserve du respect de certaines conditions, de modifier les conditions financières d'un marché en cours d'exécution. (Cf. Chapitre 1 cas permettant la modification des contrats en cours)

L'acheteur rectifiera alors la clause et prolongera, le cas échéant, le délai de remise des offres.

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

Si le candidat s'aperçoit de cette erreur avant la date limite fixée pour le dépôt des offres, 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 sera examinée. Dans le cadre d'une transmission par voie dématérialisée, seul le dernier pli reçu est ouvert.

Si le candidat s'aperçoit de cette erreur après la date limite fixée pour le dépôt des offres, 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 en vertu du principe d'intangibilité des offres. Une fois l'offre déposée et la consultation clôturée, l'offre ne peut plus être modifiée ou corrigée par le candidat, que la rectification envisagée soit de son initiative ou de celle de l'acheteur, sauf lorsqu'il s'agit d'une erreur purement matérielle (voir ci-dessous).

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 offre¹⁸².

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

¹⁸⁰ [CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803](#)

¹⁸¹ Point 19 de l'[avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#) « *S'agissant de la modification du contrat : Afin de remédier à une situation résultant de circonstances imprévisibles, il est possible, en premier lieu, de modifier les marchés et contrats de concession (CE, 14 janvier 1955, Société La Fusion des gaz, n° 75236). Ainsi qu'il a été dit aux points 4 à 8, ces modifications peuvent concerner, sur le fondement des dispositions du code de la commande publique, sous réserve qu'elles ne changent pas la nature globale du contrat, tant les caractéristiques et conditions d'exécution des prestations que le prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination, ou encore la durée initialement convenus. Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante.* »

¹⁸² [CE, 21 mai 1990, Frédéric Roudet, n° 79-506](#) « le cocontractant de l'administration ne saurait tirer argument, pour demander un supplément de prix, d'erreurs ou d'omissions qu'il aurait lui-même commises, tant dans les prix que dans la nature des travaux prévus au marché, **sauf erreur purement matérielle d'une nature telle qu'il soit impossible au maître de l'ouvrage de s'en prévaloir de bonne foi** »

indemnisation. En revanche, sur demande de l'acheteur, il peut être amené à préciser ou compléter la teneur de son offre.

Si l'acheteur peut adresser aux candidats des demandes d'éclaircissements sur la teneur de leur offre, si elle présente certaines ambiguïtés, il ne peut négocier avec les candidats ni leur demander de compléter ou modifier leur offre (article [R. 2161-5 du code](#)).

Seule une mise au point des composantes du marché entre l'acheteur et le candidat retenu peut intervenir avant sa signature du marché ([article R 2152-13 du code](#)). Cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché.

Echanges d'informations entre acheteur et candidats en phase de consultation

Lors de la passation d'un marché public, les communications et les échanges d'informations entre les candidats et l'acheteur, s'ils sont encadrés par les textes, sont souhaitables afin notamment de permettre à l'acheteur :

- de corriger certaines erreurs/contradictions dans les documents de la consultation.

Des correctifs mineurs sont possibles s'ils ne modifient pas substantiellement la définition du besoin ou la nature du marché ou encore de l'offre ;

- de préciser certains points majeurs ;

- de bien appréhender son besoin.

Ils permettent également à l'opérateur économique de proposer la réponse la plus adaptée en phase d'élaboration de leur offre et de demander sur le profil de l'acheteur des renseignements complémentaires à ceux qui figurent dans les documents de la consultation.

Ces informations complémentaires fournies à la demande des candidats ou à l'initiative de l'acheteur, doivent respecter le principe d'égalité de traitement des candidats.

Les profils d'acheteurs disposent de fonctionnalités pour permettre aux candidats de poser des questions pendant la consultation, à charge pour les acheteurs de publier un complément au dossier visible par tous dans une logique de questions-réponses.

L'acheteur doit informer par le moyen adapté, tous les candidats (qui se sont manifestés et identifiés ou potentiels) de toutes les modifications ou renseignements complémentaires qu'il apporte aux documents de la consultation et procéder, le cas échéant, à la prolongation du délai de remise des offres.

Ainsi, tous les candidats disposent d'informations et de délais identiques pour formuler leur offre.

Le juge administratif ¹⁸³ 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.

¹⁸³ [CE, 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.

En pratique, cela signifie qu'en dehors de l'erreur purement matérielle¹⁸⁴, il ne pourra pas y avoir de modification des conditions de prix proposées, sauf à invalider l'offre dans son entier (cf. Chapitre 1 « Le prix contractualisé est en principe intangible »).

C'est un dilemme pour l'opérateur économique :

- soit il demande la modification de son prix et cette modification n'est pas acceptable par l'acheteur, et donc l'offre est écartée,
- soit il ne demande pas de modification et il risque de ne pas être correctement rémunéré.

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.

5.8. QUE FAIRE EN CAS D'OFFRES ANORMALEMENT BASSES OU D'ENTENTES ?

5.8.1. Offres anormalement basses¹⁸⁵

L'article [L. 2152-5](#) du code définit l'offre anormalement basse comme « une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ».

Un prix anormalement bas a également pour effet de mettre en danger l'opérateur économique qui le propose, mais aussi d'appauvrir le secteur d'activité dans lequel il travaille.

Il devient alors difficile de savoir ce qu'est le prix « normal ».

FOCUS : Dans des métiers de prestations intellectuelles non réglementées où le gros des coûts est le salaire, comme par exemple dans le secteur de la communication, la variation des prix est accentuée par les différents statuts (auto entrepreneurs par rapport aux Entreprises « classiques »), mais aussi par les pratiques des candidats (moins de temps passé sur un travail au détriment de sa qualité).

Les prix anormalement bas peuvent également découler d'une politique salariale trop basse (en dessous des conventions collectives).

Lors de l'analyse des offres, il peut sembler à l'acheteur que le prix d'une offre est particulièrement bas, au regard des exigences des documents de la consultation, ou par rapport aux références qu'il connaît, ou aux autres offres.

¹⁸⁴ S'agissant de la définition d'un prix aberrant qui serait de nature à caractériser une erreur matérielle, [la CAA Versailles a considéré dans un arrêt du 10 décembre 2015 Société PAUL DISCHAMP c/ France Agrimer n° 13VE02684](#) qu'un prix n'était pas aberrant dans une hypothèse où le candidat avait indiqué par erreur un prix 3 fois inférieur à la valeur réelle de la prestation.

¹⁸⁵ [CE, 26 février 2020, Commune de Saint-Julien-en-Genevois, n° 436428](#) : la prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables aux contrats de concession. En effet, les seules dispositions du code de la commande publique relatives aux offres anormalement basses concernent les marchés publics, et non les contrats de concessions.

Dans ce cas, [l'article L. 2152-6 du code](#) oblige l'acheteur à demander au candidat de préciser et de justifier la teneur de son offre.

Cette procédure contradictoire constitue un préalable obligatoire qui peut, le cas échéant, être sanctionnée par le juge.¹⁸⁶

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 aberrants¹⁸⁷ ;
- 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 aberrants¹⁸⁸?

A la demande de précisions de l'acheteur, 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. 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 modifier, en conséquence, le montant global de l'offre présentée. **En procédure d'appel d'offres**, l'acheteur ne pourra conserver cette offre que si l'erreur est tellement évidente et manifeste que les parties ne pourraient s'en prévaloir de bonne foi (erreur matérielle cf. Chapitre 1 « Le prix contractualisé est en principe intangible » et « Cas où un (ou plusieurs) des prix proposés dans l'offre comporte(nt) une erreur »). Si tel n'est pas le cas, l'acheteur devra écarter l'offre.

Comment traiter une offre anormalement basse ?

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

L'acheteur peut apprécier la dimension économique des offres de différentes manières (qu'il est préférable de croiser) : au vu de toutes les composantes de l'offre, par l'utilisation d'une

¹⁸⁶ [CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10](#) : « si le candidat propose un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur lui demande par écrit de clarifier sa proposition de prix. Il appartient au juge national de vérifier, au vu de l'ensemble des pièces du dossier qui lui est soumis, si la demande d'éclaircissement a permis au candidat concerné d'expliquer à suffisance la composition de son offre. »

¹⁸⁷ La jurisprudence sur cette notion est peu fournie. La [CAA Nantes dans un arrêt du 20 novembre 2011](#) a considéré que : « la SARL AZ EQUIPEMENT soutient que certains prix proposés par le groupement Traceco-Lesourd **présentaient un caractère aberrant** ; que, toutefois, les entreprises candidates à un marché déterminent librement leurs prix, sous réserve de la prohibition des prix abusivement bas ; que la fixation de prix élevés, voire excessifs, par le groupement retenu, pour les prestations nos 11 et 16 à 18 du bordereau des prix, n'était pas, dans les circonstances de l'espèce, de nature à faire regarder comme ayant été méconnus les principes de liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures rappelés à l'article 1^{er} du code des marchés publics ». CAA Nantes, 20 novembre 2011, CHS de la Sarthe, n°10NT00271.

¹⁸⁸ [CAA Versailles, 10 décembre 2015, Société PAUL DISCHAMP c/ France Agrimer n° 13VE02684](#) « dès lors que le prix proposé n'était pas aberrant, que France Agrimer aurait dû attirer son attention sur le prix proposé aux seuls motifs que son offre était de moitié moins élevée que celle du soumissionnaire ayant proposé la deuxième offre la moins disante, ou que le prix du maquereau frais, que cet établissement ne pouvait ignorer, était supérieur au prix qu'elle a proposé »

formule mathématique permettant de déterminer un seuil d'anomalie¹⁸⁹, par comparaison avec les autres offres¹⁹⁰, par comparaison avec l'estimation de l'acheteur¹⁹¹, ou au vu des obligations sociales ou environnementales qui s'imposent aux candidats.

Mais, en tout état de cause, l'appréciation du caractère anormalement bas d'une offre doit reposer sur une appréciation concrète de l'incidence du prix sur les conditions d'exécution du marché¹⁹².

Les articles [R. 2152-3](#) et [R. 2352-2](#) du code fixent la procédure de traitement des offres présumées d'être anormalement basses par l'acheteur.

Ils proposent une liste non exhaustive des justifications possibles à prendre en considération par celui-ci pour apprécier si l'offre est ou non anormalement basse.

Ce dispositif permet de ne pas écarter l'offre basse¹⁹³, 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 marché¹⁹⁴.

L'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour seulement l'une des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle seule, le rejet de l'offre comme anormalement basse.

Le prix anormalement bas s'apprécie en effet au regard du prix global.¹⁹⁵

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses, l'acheteur 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 rejet¹⁹⁶.

¹⁸⁹ Cette méthode de détection ne doit jamais conduire à une exclusion automatique de l'offre ([CJCE, 27 novembre 2001, aff. C-285/99 et C-286/99](#)) de sorte que même une offre à zéro euro ne peut pas être regardée comme étant automatiquement anormalement basse ([CJUE, 10 septembre 2020, aff. C-367/19](#)).

¹⁹⁰ La seule constatation d'un écart de prix avec une offre concurrente est insuffisante pour caractériser une offre d'anormalement basse. [CE, 29 mai 2013, Ministère de l'Intérieur c/ Société Artéis n° 366606](#), [CE, 18 juillet 2018, Services Thermi Sani \(STS\) n° 417421](#).

¹⁹¹ L'estimation de la valeur du marché n'est qu'indicative et ne saurait donc suffire à elle seule à établir le caractère anormalement bas de l'offre. [CE, 3 novembre 2014, ONF, n° 382413](#).

¹⁹² TA Rennes, ord., 9 mars 2020, Société Marine Assistance, n° 2000630 « Il résulte des termes mêmes des dispositions de l'article L.2152-5 du code de la commande publique qu'une offre ne peut être soupçonnée d'être anormalement basse qu'au regard de son prix, et non de ses autres éléments, de sorte que la circonstance éventuelle que les délais proposés aient pu être largement insuffisants ne saurait rendre une offre anormalement basse ».

¹⁹³ [CE, 18 juillet 2018, Société Services Thermi Sani \(STS\), n° 417421](#) « **Le juge du référé précontractuel commet une erreur de droit s'il se fonde, pour estimer que l'offre de l'attributaire était anormalement basse, sur le seul écart de prix avec celui des offres concurrentes, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué** et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ».

¹⁹⁴ [CE, 3 novembre 2014, ONF, n° 382413](#) « l'offre de l'ONF était anormalement basse, par la seule comparaison de cette offre avec des offres concurrentes ou passées ou encore avec les estimations de prix du pouvoir adjudicateur, **sans rechercher si le prix proposé par l'ONF était en lui-même manifestement sous-évalué et susceptible de compromettre la bonne exécution du marché en cause,** »

¹⁹⁵ [CE, 13 mars 2019, Société SEPUR, n° 425191](#) « **Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global** »

¹⁹⁶ [CE, 3 novembre 2014, Communauté urbaine de Lille n°378434](#) « les deux sociétés requérantes se sont bornées à mettre en avant leur longue expérience et leur qualité de précédent titulaire du marché sans répondre aux demandes précises formulées par le pouvoir adjudicateur ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la communauté urbaine de Lille n'a pas, en écartant les offres des sociétés Bruno Vanmarcke et Vanmarcke comme anormalement basses, commis une erreur manifeste d'appréciation »

Seule l'offre anormalement basse permet à l'acheteur d'exiger que le candidat justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;

2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;

3° L'originalité de l'offre ;

4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;

5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ([article R 2152-3 du code](#)).

Si les motifs de la différence de prix n'ont pas été identifiés, retenir une offre anormalement basse fait peser un risque sur l'acheteur 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'opérateur économique, l'acheteur est tenu de la rejeter par décision motivée :¹⁹⁷

Cette obligation de rejet des offres anormalement basses repose sur l'objectif d'efficacité de la commande publique rappelé à [l'article L. 3 du code](#) et permet de lutter contre le dumping¹⁹⁸ environnemental ou social qui conduirait l'acheteur à retenir une offre d'un candidat qui ne respecterait pas le droit environnemental ou social (infraction au code du travail pour travail dissimulé, par exemple).

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter [la fiche de la DAJ dédiée à l'offre anormalement basse](#).

5.8.2. Ententes

[L'article L. 2141-9 du code](#) indique que « l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. »

¹⁹⁷ [CAA Paris, 20 octobre 2020, Syndicat mixte de traitement des déchets des microrégions sud et ouest de la Réunion n° 18PA20001](#) « Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et susceptible de rendre difficile l'exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre. »

¹⁹⁸ Pratique d'une entreprise qui réduit le prix de ses produits très en dessous de son prix de revient pour créer une plus grande demande qui est souvent utilisée pour pénétrer de nouveaux marchés et éliminer la concurrence.

5.8.2.1. Qu'est-ce qu'une entente ?

Selon [l'article L. 420-1 du code de commerce](#) : « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres opérateurs économiques ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

La qualification d'entente anticoncurrentielles 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.

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

- des échanges d'informations sur les prix et les marges entre les opérateurs économiques,
- des soumissions concertées,
- des répartitions de marchés (remise d'offres de couverture trompeuses sur la réalité de la concurrence en faisant apparaître un des opérateurs économiques participant à l'entente comme mieux disant, offres groupées),
- des entraves à l'accès au marché (procédés et matériaux imposés par l'acheteur, 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).

Cependant, l'autorité de la concurrence considère que la concertation entre des opérateurs relevant d'une même entité économique pour répondre à un appel d'offres n'est pas constitutive d'une pratique anticoncurrentielle prohibée.¹⁹⁹

A titre d'exemple, quelques indices sont 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...

¹⁹⁹ [Décision n° 20-D-19 du 25 novembre 2020](#)

5.8.2.2. Quel est l'impact sur le prix d'une entente ? Quels sont les moyens à mettre en œuvre pour la détecter ? Que faire en cas d'entente ?

La mise en échec du déroulement normal des procédures de passation de marchés publics, en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et en trompant l'acheteur sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les opérateurs économiques, nuit à la sincérité des procédures de passation et **augmente significativement les prix au détriment de l'acheteur.**

Ces pratiques visent à assécher la concurrence et à terme à augmenter les offres de prix remises à l'acheteur.

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 l'acheteur pressent une entente, il peut saisir ou signaler les faits à l'autorité de la concurrence et renouveler la procédure de mise en concurrence, après déclaration d'infructuosité.

Depuis 2008, un pouvoir de transaction appartient 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).
-

5.8.2.3. 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 opérateurs économiques fautifs. L'acheteur peut se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice, qu'il devra chiffrer.
Si l'acheteur est l'Etat, seule la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, agent judiciaire de l'Etat, peut se constituer partie civile.
Les autres acheteurs trouveront auprès de cette direction les conseils dont ils pourront avoir besoin ;
- l'autorité de la concurrence a sanctionné l'entente.

Une action en réparation de l'acheteur contre le ou les opérateurs économiques fautifs est possible devant le juge administratif.²⁰⁰

²⁰⁰ [CAA Paris, 17 avril 2007, n° 05PA04298](#), et [CE, 3 septembre 2008, n° 306627](#) La CAA Paris a condamné plusieurs entreprises à rembourser à la SNCF les surcoûts subis pour une ligne TGV, du fait d'ententes.

Dans ce cadre, l'acheteur peut faire condamner à réparation du préjudice subi le titulaire, ainsi que les autres opérateurs économiques ayant participé à l'entente illégale.²⁰¹

Une sanction définitive pour entente illégale permet à l'acheteur de demander aux opérateurs économiques impliqués réparation du préjudice subi, y compris lorsque le marché ne leur a pas été attribué.²⁰²

Cependant, en cas d'annulation du contrat en raison d'une pratique anticoncurrentielle imputable à son titulaire, si ce dernier doit restituer les sommes que lui a versées l'acheteur, il peut néanmoins prétendre au remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à celle-ci, à l'exclusion de toute marge bénéficiaire.

L'acheteur peut également demander la réparation des autres préjudices, non liés au surcoût impliqué par la pratique anticoncurrentielle, que lui aurait causés le comportement du titulaire.²⁰³

²⁰¹ [CE, 27 mars 2020, Département de l'Orne, n° 421758](#) et n° 421833.

²⁰² [CE, 12 octobre 2020, Sociétés Mersen et Mersen France Amiens, n° 432981](#), [CE, 27 mars 2020, Société Lacroix Signalisation, n° 421758](#) et [CE, 22 novembre 2019, SNCF Mobilités, n° 418645](#).

²⁰³ [CE, 10 juillet 2020, Société Lacroix Signalisation, n° 420045](#).

6. LE PAIEMENT DU PRIX

L'exécution financière des marchés publics est principalement régie par les [articles L. 2191-1 à L. 2191-8](#) et [R. 2191-1 à R. 2191-63](#) du code pour les marchés classiques, et [L. 2391-1 à L. 2391-8](#) et [R. 2391-1 à R. 2391-28](#) du code pour les marchés de défense ou de sécurité. Compte-tenu des risques juridiques et financiers, l'exécution financière des marchés publics doit faire l'objet d'une attention particulière de la part de l'acheteur.

6.1. L'AVANCE PEUT AVOIR UN IMPACT SUR LES PRIX

L'avance est le versement d'une partie du prix d'un marché au titulaire avant qu'il commence à réaliser les prestations, afin de lui permettre d'en préparer l'exécution dans de bonnes conditions financières. Elle facilite l'exécution du contrat et permet d'assurer l'égalité d'accès aux marchés publics à tous les opérateurs économiques, qu'ils disposent ou non d'une trésorerie suffisante, par exemple, pour préfinancer le début des travaux, l'installation du chantier, lancer des approvisionnements, des commandes, embaucher du personnel, acheter des fournitures et matériaux...

Elle favorise ainsi la concurrence et facilite l'accès des PME aux marchés publics.

Elle constitue, à la différence de l'acompte, une dérogation à la règle du paiement après service fait, qui peut dans certains cas être présumé²⁰⁴.

Elle n'a pas de caractère définitif et peut être garantie par une sûreté.

Le régime de l'avance est prévu par le code (articles [R. 2191-11](#) et [R. 2191-12](#) du code).

Les clauses du marché relatives à l'avance fixent les conditions de son versement ainsi que le taux applicable ([article R 2191-10](#) du code).

L'avance peut avoir un impact sur le prix proposé par les opérateurs économiques. En effet, plus l'avance est importante, et moins les besoins de financement de l'opérateur économique seront importants, plus il pourra proposer des prix compétitifs. La suppression ou la diminution des coûts de refinancement de l'opérateur économique se répercutera, allégeant ce coût dans le prix de l'offre et créant ainsi une économie pour l'acheteur.

Le titulaire peut refuser le versement de l'avance ([article R. 2191-3 du code](#)). Une case à cocher dans l'acte d'engagement (ATTR1) permet au candidat d'y renoncer.

Le [décret n°2020-1261 du 15 octobre 2020](#) relatif aux avances dans les marchés publics a pérennisé les mesures introduites par l'article 5 de [l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020](#) portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19.

Cette disposition supprime le plafonnement du montant de l'avance à 60% du montant initial TTC du marché et ne rend plus obligatoire, tout en laissant l'acheteur la possibilité de

²⁰⁴ [Arrêté du 12 mars 2020](#) relatif à la procédure de service fait présumé mise en œuvre par les ordonnateurs de l'Etat en application de l'article 31 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

l'imposer, une garantie financière afin de bénéficier d'une avance d'un montant égal ou supérieur à 30 % du montant du marché.

Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixées par les clauses du marché, par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde.

Dans le silence du marché, ce remboursement est échelonné en tenant compte du montant de l'avance accordée et des sommes restant dues au titulaire.

Il s'impute par précompte sur les sommes dues au titulaire et débute :

1° Pour les avances inférieures ou égales à 30 % du montant TTC du marché, quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant TTC du marché ;

2° Pour les avances supérieures à 30 % du montant TTC du marché, à la première demande de paiement ([article R 2191-11 du code](#)).

Lorsque le montant de l'avance est inférieur à 80 % du montant TTC du marché, son remboursement doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées atteint 80 % du montant TTC du marché. Dans les autres cas, dans le silence du marché, l'avance est intégralement remboursée lorsque le montant TTC des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée ([article R 2191-12 du code](#)).

Dans le cas d'un marché à tranches, une avance est versée au titulaire pour chaque tranche affermie, dans les conditions rappelées ci-dessus ([article R 2191-13 du code](#)).

Lorsqu'une tranche est affermie et que le montant de l'avance est inférieur à 80 % du montant TTC de la tranche, son remboursement doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées atteint 80 % du montant TTC de la tranche affermie.

Dans les autres cas, dans le silence du marché, l'avance est intégralement remboursée lorsque le montant TTC des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée ([article R 2191-14 du code](#)).

[Le décret n°2022-1683 du 28 décembre 2022](#) portant diverses modifications du code²⁰⁵ relève de 20 à 30 % le taux réglementaire minimum de l'avance versée au titulaire pour les marchés de l'Etat conclus avec des PME. Il précise les règles supplétives de remboursement des avances afin de garantir aux titulaires un rythme de remboursement plus progressif, tenant compte du montant de l'avance accordée et de l'état d'avancement de l'exécution du marché.

Afin de tenir compte du relèvement de ce taux minimum d'avance réglementaire, les clauses des CCAG relatives aux avances (articles A.10.1 du CCAG travaux, A.11.1 des CCAG FCS, PI, TIC, MOE et A.12.1 du CCAG MI) ont été modifiées par un [arrêté du 29 décembre 2022](#)²⁰⁶ pour relever de 20 à 30 % le taux d'avance prévu dans le cadre de l'option A. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2023, lorsque l'option A est choisie ou dans le silence du CCAP, le taux d'avance est de 30 % au lieu de 10 % pour les établissements publics administratifs de l'Etat autres que les établissements publics de santé, les collectivités territoriales, leurs établissements publics

²⁰⁵ Publié au JORF du 29 décembre 2022

²⁰⁶ Publié au JORF du 31 décembre 2022 NOR : ECOM2234957A

et leurs groupements, dont les dépenses de fonctionnement sont supérieures à 60 millions d'euros ou de 5 % pour les autres acheteurs.

Droit de l'opérateur économique remboursant l'avance perçue pour un marché résilié à la prise en compte des dépenses exposées pour la réalisation de prestations²⁰⁷

Les avances ne sont par nature qu'une facilité de trésorerie et doivent donc toujours être remboursées.

En cas de résiliation anticipée, l'acheteur peut obtenir, par émission d'un ordre de paiement, le remboursement des avances versées, s'il n'y a aucun versement d'acomptes ou de paiements partiels définitifs sur lesquels les précompter.

Le montant doit néanmoins prendre en compte les dépenses que les opérateurs économiques ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées.

Ce principe de droit à prise en compte des frais exposés s'applique également lorsque la résiliation du marché est motivée par la faute de l'opérateur économique.

Le régime des avances dépend essentiellement du montant et du délai d'exécution du marché

L'article [R. 2191-3](#) du code impose le versement d'une avance lorsque deux conditions sont réunies :

- le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros HT et
- le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

L'acheteur peut prévoir le versement d'une avance même si celle-ci n'est pas obligatoire.

Dans le cas des marchés de défense ou de sécurité, l'article [R. 2391-1](#) du code précise que :
« L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 250 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à trois mois.

Lorsque le titulaire est une PME ou un artisan au sens de l'article [R. 2351-12](#), une avance est versée lorsque le montant initial du marché ou de la tranche est supérieur à 50 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. »

Le taux de l'avance, au-delà du minimum, aura un effet sur les prix et la concurrence.

Prévoir une avance supérieure au minimum prévu par le code peut permettre une baisse du prix des offres des candidats, du fait de l'amélioration des conditions d'exécution du marché.

Si l'opérateur économique a un besoin de financement, ou de refinancement moindre, du fait de versement d'une avance, ses frais financiers seront diminués d'autant et la concurrence incitera l'opérateur économique à en faire bénéficier l'acheteur.

Des avances complémentaires peuvent, en outre, être prévues dans les marchés nécessitant une part importante de matériaux, de matières premières ou de fournitures. Leur versement

²⁰⁷ [CE, 4 mars 2020, Société Savima, n° 423443.](#)

est alors subordonné à la justification de la conclusion des contrats d'achat ou de commandes d'approvisionnement.

Selon [l'article R 2191-7 du code](#), lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial TTC du marché.

Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial TTC du marché divisé par sa durée exprimée en mois.

Lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une PME mentionnée à l'article [R. 2151-13](#) du code, le taux minimal de l'avance est porté à :

1° 30 % pour les marchés publics passés par l'Etat ;

2° 10 % pour les marchés publics passés par les établissements publics administratifs de l'Etat, autres que les établissements publics de santé, dont les dépenses de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros ;

3° 10 % pour les marchés publics passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros.

Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements **peuvent conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande.**

Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie ne peut toutefois être exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

Si l'acheteur décide de porter le taux minimal de l'avance au-delà de 30 %, il peut en conditionner le versement à la **constitution d'une garantie à première demande** ([article R2191-8](#) du code). Lorsque le montant en valeur absolue de l'avance accordée est faible, l'exigence d'une garantie à première demande peut s'avérer contre-productive, car elle est coûteuse pour le titulaire. L'exigence de l'émission d'une garantie, dont le montant peut être inférieur à celui de l'avance, en contrepartie du versement de celle-ci, peut désavantager des PME ou des artisans, du fait du coût de la protection de la dette a un coût pour le titulaire, par rapport à de plus grands opérateurs économiques. L'acheteur doit prendre en compte cette situation s'il envisage de demander cette garantie.

La retenue de garantie

Selon [l'article L 2191-7 du code](#) :

« Les marchés peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat. »

Seul le titulaire peut, pendant toute la durée du marché, remplacer cette retenue de garantie par une garantie à première demande, ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire ([article R. 2191-36 du code](#)).

[L'article R 2191-32 du code](#) prévoit que *« la retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception. »*

Concernant le montant de la retenue de garantie, [l'article R 2191-33 du code](#) précise qu'il « ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution.

Pour les marchés publics conclus par l'Etat et une PME mentionnée à l'article [R. 2151-13](#), ce taux est de 3 %. »

Concernant le prélèvement de la retenue de garantie, [l'article R 2191-34](#) du code indique que «la retenue de garantie est prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités prévues à la sous-section 2 de la présente section.

Le deuxième alinéa n'est pas applicable aux personnes publiques titulaires d'un marché. »

Enfin, le remboursement de la retenue de garantie est traité à [l'article R 2191-35 du code](#):

« Lorsque le marché prévoit une retenue de garantie, celle-ci est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée. »

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la [Fiche technique DAJ Bercy « Les avances »](#)

6.2. LES ACOMPTE SONT DE DROIT POUR TOUTE PRESTATION DÉBUTÉE

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit au versement d'acomptes au profit du titulaire (Articles [L. 2191-4](#), [L. 2391-4](#), [R. 2191-20](#) à [R. 2191-22](#) et [R. 2391-16](#) à [R. 2391-17](#) du code). A la différence des avances, les acomptes sont versés en cours d'exécution du marché pour des prestations réalisées et rémunèrent donc un service fait.

L'acompte constitue un paiement susceptible d'être remis en cause au sens de l'article [R. 2191-26](#) du code²⁰⁸.

Pour que le mandatement d'un acompte soit possible, les trois conditions suivantes doivent être réunies :

- le marché doit avoir été notifié ;
- les prestations doivent avoir été effectivement réalisées conformément aux clauses du marché ;
- un décompte doit avoir été produit.

Même si le versement d'acomptes constitue un droit pour le titulaire lorsque ces conditions sont remplies, le marché doit en indiquer les modalités d'application, notamment la périodicité. Lorsque le contrat (bon/lettre de commande, devis) ne mentionne pas ces éléments, le comptable public ne dispose pas alors de toutes les informations lui permettant

²⁰⁸ [CAA Nancy, 23 avril 2012, Société AMOCLE c/ Centre hospitalier universitaire de Besançon, n° 11NC01278](#)

de procéder à ce versement. Dans ce cas, il est alors nécessaire de faire référence au maximum indiqué par le code.

Selon l'article [R. 2191-22](#) du code :

« La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois.

Lorsque le titulaire est une PME ou un artisan au sens de l'article [R. 2151-13](#), une société coopérative de production, un groupement de producteurs agricoles, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce délai est ramené à un mois pour les marchés de travaux, et, sur demande du titulaire, pour les marchés de fournitures et de services. »

Les modalités de versement des acomptes (périodicité inférieure aux obligations réglementaires, date, montant...) sont prévues au contrat (dispositions particulières ou renvoi au CCAG) et constituent des modalités essentielles de paiement.

Elles ne peuvent pas être modifiées en cours d'exécution du marché, hors cas de circonstances imprévisibles et de modification de faible montant au sens de [l'article R. 2194-8 du code](#) pour lesquelles le Conseil d'Etat dans son [avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#)²⁰⁹ a ouvert la possibilité, sous réserve du respect de certaines conditions, de modifier les conditions financières d'un marché en cours d'exécution.

Même si les documents contractuels peuvent prévoir des paiements échelonnés dans le temps en fonction de phases d'exécution prédéterminées dans le marché, il est recommandé que les acomptes suivent l'état d'avancement de l'exécution du contrat.

Pour les acheteurs soumis à l'obligation de versements des acomptes²¹⁰, les opérations effectuées par le titulaire qui donnent lieu à versement d'acomptes sont constatées par un écrit établi par l'acheteur ou vérifié et accepté par lui.

Pour les marchés de défenses ou de sécurité, l'article [R. 2391-17](#) du code prévoit des périodicités plus longues :

« La périodicité du versement des acomptes est fixée en tenant compte des caractéristiques et de la durée du marché. Elle est fixée au maximum à six mois.

Lorsque le titulaire est une PME ou un artisan au sens de l'article [R. 2351-12](#) du code, la périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Ce délai est ramené à un mois pour les marchés de travaux et, sur demande du titulaire, pour les marchés de fournitures et de services. »

Prévoir des modalités plus favorables pour le titulaire (périodicité inférieure aux obligations réglementaires, calendrier) peut faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

De telles stipulations favorables à la trésorerie du titulaire permettent aussi une bonne exécution du marché et pour l'acheteur de bénéficier de prix plus avantageux.

²⁰⁹ Point 19 de l'[avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022](#) « **Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante.** »

²¹⁰ Article [L. 2191-4](#) du code « Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L. 2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'acomptes dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées.

Article [L. 2191-1](#) l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Les clauses de révision des prix prévues par le marché sont applicables aux acomptes.

Les acomptes sur approvisionnement

Les approvisionnements désignent les matériaux, produits ou composants de construction, réservés par le titulaire pour l'exécution des travaux, objet du marché, et dont la date de commande est postérieure à la notification du marché.

L'article [10.4 du CCAG Travaux](#) prévoit que chaque acompte reçu comprend, s'il y a lieu, une part correspondant aux approvisionnements constitués en vue de travaux.

A l'appui de tout projet de décompte mensuel comportant des approvisionnements, le titulaire produit :

- tout document justificatif mentionnant au minimum la date de la commande, la description précise des approvisionnements, les quantités livrées ;
- les références des prix unitaires ou des prix forfaitaires concernés.

Le montant correspondant s'obtient en appliquant aux quantités à prendre en compte les prix du bordereau de prix inséré dans le marché et les sous-détails de ces prix, relatifs aux matériaux, produits ou composants de construction à mettre en œuvre.

Les matériaux, produits ou composants de construction ayant fait l'objet d'un acompte pour approvisionnement restent la propriété du titulaire.

Ils ne peuvent toutefois être enlevés du chantier sans autorisation écrite du maître d'œuvre. Le titulaire est responsable de leur bonne garde, quel que soit le lieu de stockage, et prend les mesures adéquates pour s'assurer qu'ils ne seront pas endommagés, ni affectés à un autre usage.

A défaut, il s'engage à constituer de nouveaux approvisionnements équivalents à ses frais et risques.

Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la [Fiche technique DAJ Bercy « Les acomptes »](#)

6.3. LES DÉLAIS DE PAIEMENT DOIVENT ÊTRE RESPECTÉS

Les délais de paiement ont une incidence sur les prix.

Il est recommandé aux acheteurs d'insérer dans leurs marchés, dans un souci de transparence et pour éviter tout contentieux ultérieur, le délai de paiement maximum sur lequel ils s'engagent.

Les articles [R. 2192-10](#) et [R. 2192-11](#) du code fixent les délais suivants :

-30 jours pour :

- les personnes morales de droit public : l'État et ses établissements publics y compris ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exclusion des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées ;
- les personnes morales de droit privé qui remplissent les critères énoncés au 2^o [de l'article L. 1211-1 du code](#).

-50 jours pour :

- les établissements publics de santé ;
- les établissements du service de santé des armées

-60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1^{er} de [l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004](#) portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux.

Le 2^o de [l'article R. 2192-11 du code](#) dispose que ce délai de 60 jours n'est pas applicable aux entreprises publiques, pouvoirs adjudicateurs, qui sont des établissements publics locaux (ex : offices publics de l'habitat). Il est, en revanche, applicable aux entreprises publiques locales qui ne sont pas des établissements publics²¹¹ (ex : sociétés d'économie mixte locales, sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement) et aux sociétés anonymes d'HLM²¹². L'existence d'une relation de quasi-régie entre un pouvoir adjudicateur et un organisme créé par ses soins, par exemple un groupement d'intérêt public, fait obstacle à la qualification d'entreprise publique de ce dernier. En effet, il ne peut être regardé comme un opérateur économique agissant de sa propre initiative et sur un marché concurrentiel²¹³. Un tel organisme est donc soumis au délai de 30 jours

Ce délai court à compter de la réception de la demande de paiement par l'acheteur. L'article [R. 2192-14](#) du code prévoit que « la date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier ».

Tableau récapitulatif des délais de paiement

| Pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices | Délais |
|---|----------|
| Personnes morales de droit public (État et ses établissements publics ; collectivités territoriales et établissements publics locaux) | 30 jours |
| Établissements publics de santé et établissements du service de santé des armées | 50 jours |
| Personnes morales de droit privé qui remplissent les critères énoncés au 2 ^o de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique | 30 jours |
| Pouvoirs adjudicateurs définis à l'article L. 1211-1 du code de la commande publique qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 , à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux | 60 jours |

Lorsque le marché prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.

²¹¹ [Rép. min. n° 5096, JO Sénat, 25 avr. 2013, p. 1344.](#)

²¹² [Rép. min. n° 28980, JO AN, 10 sept. 2013, p. 9467.](#)

²¹³ Concl. Anne COURREGES sous [CE, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information et de santé \(SNIIS\), n° 300481](#), et [CE, Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736](#).

La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours.

Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le marché, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques.

A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes (article [R. 2192-17 du code](#)).

Le défaut de paiement dans le délai maximal réglementaire, qui comprend l'intervention du maître d'œuvre, le cas échéant, de l'acheteur et du comptable public (interventions et délais de chacun éventuellement précisés dans une convention de règlement), ouvre droit, et sans aucune autre formalité, à des intérêts moratoires ainsi qu' à une indemnité forfaitaire de 40€ voire, le cas échéant, à une indemnisation complémentaire pour frais de recouvrement, au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant admis au paiement direct (article [L. 2192-13](#) du code). L'acheteur doit donc veiller à transmettre rapidement les pièces justificatives ad hoc au comptable public, afin que le délai de paiement soit respecté. Les intérêts moratoires ont un impact sur les finances publiques.

La santé économique d'un opérateur économique 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 lui sont toujours préjudiciables : les opérateurs économiques habitués à effectuer des prestations pour cet acheteur le considèrent rapidement comme non fiable et soit ne concourent plus à ses procédures de passation de marchés, soit augmentent leur prix à proportion du retard qu'ils anticipent.

L'acheteur peut s'engager contractuellement sur des délais de paiement plus courts, mais, en aucun cas, sur des délais plus longs.

Lorsqu'il s'est engagé dans son marché sur un délai plus court que le délai maximal réglementaire, le délai contractuel ne sera opposable au comptable que s'il est conforme au délai de règlement conventionnel (DRC) signé entre l'acheteur et le comptable public.

L'acheteur engagé sur un délai maximum de paiement vis-à-vis de son titulaire non conforme au DRC supportera donc également les intérêts moratoires, indemnités forfaitaires et éventuellement complémentaires, en cas de retard de règlement.

Conformément à l'article [R. 2192-34](#) du code, en cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué dans les délais fixés aux articles [R. 2192-10](#) et [R. 2192-11](#) du code sur la base provisoire des sommes admises par l'acheteur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au titulaire, celui-ci a droit au versement d'intérêts moratoires calculés sur la différence.

6.4. QUELLES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE FACTURATION ELECTRONIQUE ?

Depuis le 1^{er} janvier 2020, les factures adressées par les opérateurs économiques aux acheteurs publics dans le cadre des marchés publics doivent être dématérialisées (article [L 2192-1](#) et suivants du code).

La facturation électronique a notamment pour objectif de réduire l'impact écologique et les coûts engendrés par l'impression, ainsi que l'amélioration de la régularité des paiements.

Afin de permettre aux opérateurs économiques de répondre à cette obligation, l'AIFE a bâti la plateforme Chorus Pro qui assure la transmission des demandes de paiement.

Ce portail mis gratuitement à disposition permet notamment de déposer ou saisir une facture, de suivre le traitement de ses factures, d'ajouter des pièces complémentaires nécessaires au traitement de la facture et de consulter les engagements émis par les services de l'État.

Les modalités pratiques d'exécution doivent être prévues dans les documents particuliers du marché, auxquels les CCAG apportent déjà une base commune qu'il appartient aux acheteurs de compléter et préciser (article 11.8 CCAG FCS, PI, TIC, article 12.6 CCAG-Travaux, article 11.10 CCAG MOE et article 12.8 CCAG MI).

6.5. PAIEMENT DES SOUS-TRAITANTS

6.5.1. Le droit au paiement direct du sous-traitant de premier rang

Le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct, s'il a été accepté et si ses conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur (articles [L. 2193-11](#) et [L. 2393-14](#) du code).

Pour avoir droit au paiement direct, il faut :

- être sous-traitant de premier rang (sous-traitant direct du titulaire) ;
- un acte spécial acceptant le sous-traitant et agréant les conditions de paiement ;
- 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 certains marchés passés par les services de la défense (Article [R. 2193-10](#) du code).

Ce contrat de droit privé, conclu entre le titulaire et le sous-traitant pour chaque marché, décrit :

- les droits et obligations respectifs auxquels s'engagent chaque partie l'une envers l'autre ;
- les conditions financières notamment le prix (et ses modalités de variation des prix) ;
- les pénalités ou indemnités éventuelles.

Sous réserve de présenter sa demande selon les formes requises, le sous-traitant accepté n'a droit au paiement direct que dans la limite du montant des prestations sous-traitées agréées par l'acheteur, sauf travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage ou sujétions imprévues ayant bouleversé l'économie générale du marché.²¹⁴

Lorsque le sous-traitant utilise le portail public de facturation électronique Chorus Pro, il y dépose sa demande de paiement sans autre formalité. Le titulaire dispose de quinze jours à compter de ce dépôt pour accepter ou refuser la demande de paiement sur ce portail.

Pour les marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception par l'acheteur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé. A défaut de notification d'un accord ou d'un refus par le titulaire dans le délai de 15 jours précité, le délai de paiement

²¹⁴ [CAA Douai, 29 septembre 2020, OTND c/ Office public de l'habitat de Rouen n° 18DA01593.](#)

court à compter soit de l'expiration de ce délai, soit de la réception par l'acheteur de l'avis postal.

6.5.2. 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, qui peuvent être alignées sur celles du contrat principal.

Dans la pratique, la déclaration du sous-traitant fait souvent référence au marché principal, avec l'application soit de l'ensemble des dispositions, soit en adaptant certaines dispositions comme les clauses de variation des prix aux modalités d'exécution des prestations sous-traitées.

Or, l'application à l'identique de la formule de variation des prix du marché principal peut souvent 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 variation des prix.

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

Il ne bénéficie pas d'office de la clause de variation des prix inscrite dans le marché liant l'acheteur 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. Si la clause de variation des prix n'est pas reprise dans la déclaration de sous-traitance, celle-ci n'est pas applicable.

L'acheteur dispose de la faculté de se faire communiquer le contrat de sous-traitance ([article L. 2193-7 du code](#)), afin de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions qu'il propose au titulaire et celles figurant dans le contrat de sous-traitance.

Car même si le titulaire reste responsable, en application de l'[article L. 2191-3 du code](#), de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par ses sous-traitants, il n'en demeure pas moins que les dysfonctionnements qui résulteraient d'une situation trop défavorable au sous-traitant pourraient se répercuter sur les prestations ou leurs conditions d'exécution (charge de travail supplémentaire, retard...).

Même lorsque la différence de traitement est manifeste, l'acheteur ne peut s'immiscer dans les relations entre le titulaire et son sous-traitant. Il peut, en revanche, attirer l'attention du titulaire sur la situation du sous-traitant.

Si l'acheteur considère que les conditions liées à la sous-traitance font courir un risque de mauvaise exécution des prestations, il peut ne pas accepter le sous-traitant et ne pas agréer ses conditions de paiement.

L'acheteur devra alors dialoguer avec le titulaire pour trouver une solution acceptable.

6.5.3 Le traitement de la retenue de garantie du sous-traitant à paiement direct

La retenue de garantie ne s'applique pas au sous-traitant, mais seulement au titulaire.

En effet, l'[article L. 2191-7 du](#) code prévoit que la garantie est à la charge du seul titulaire et les dispositions relatives à la sous-traitance dans le code ne renvoient pas à [l'article L. 2191- 7](#).

Toutefois, le contrat de sous-traitance peut prévoir une retenue de garantie de 5% qui peut ne pas être cautionnée.

Dans ce cas, si l'acte spécial de sous-traitance prévoit l'application d'une retenue de garantie au sous-traitant, le comptable public, qui n'est pas juge de la légalité des pièces qui lui sont produites, doit exécuter les dispositions ainsi prévues, conformément à l'instruction [n° 12- 012-M0 du 30 mai 2012](#) qui rappelle que lorsque « *le titulaire exécute moins de 5 % du montant du marché (ou du pourcentage prévu au marché pour la retenue de garantie), que cette situation se produise dès le commencement du marché ou en cours d'exécution de celui-ci, il convient de demander une substitution de garantie dès le moment où l'impossibilité mathématique de prélever la retenue de garantie sur le titulaire est constatée.*

Les comptables publics doivent donc attirer l'attention des acheteurs sur les vérifications préalables à effectuer à ce titre en cas d'acceptation d'un sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement. »

7. LES DEVISES

7.1. 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 dont les prestations sont exécutées en France ne peut faire état d'un prix en devises étrangères.

Les offres doivent être présentées en euros, monnaie légale en France²¹⁵.

7.2. 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 libellé en euros.

La formule de variation des prix, lorsque le marché est passé après mise en concurrence, est rédigée par l'acheteur.

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 des matières premières évoluent globalement de la même façon, les indices des 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 des salaires européens, moyenne entre des indices des 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 :

Dans ce cas, le marché est établi sur la base de devises internationales.

Il convient de distinguer :

- la monnaie dans laquelle est établi le marché (devise nationale), et qui sert à la comparaison des offres, moyennant un taux de conversion éventuellement convenu à l'avance,
- la ou les monnaies de règlement ; certains marchés comportent un règlement « multi-monnaie » : l'opérateur économique 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 d'une durée supérieure à un an.

Si le marché est réglé selon une devise unique, il n'y aura, a priori, qu'une formule de révision de prix.

²¹⁵ [Article L. 111-1 du code monétaire et financier](#)

S'il s'agit d'un marché multi-monnaie, l'idéal serait qu'il y ait des formules de révision de prix adaptées à chacune des prestations/devises.

Lorsque le titulaire s'approvisionne en dehors de la zone euro, il peut être soumis aux effets de variation des changes entre les monnaies.

- Lorsque le marché est passé avec mise en concurrence, l'acheteur 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, l'acheteur peut éventuellement mettre en œuvre une clause de change.

Toutefois, ce n'est en général pas dans son intérêt, dès lors que d'autres solutions sont possibles.

Il existe notamment des solutions de protection financière contre le risque de change. Ces couvertures sont peu coûteuses et sont accessibles à tous les opérateurs économiques, 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.

Le risque de change étant une incertitude du taux de change d'une devise par rapport à une autre, à court et à moyen terme, la couverture consiste à minimiser le risque en neutralisant l'exposition et vise à diminuer les pertes éventuelles.

Réduire l'impact budgétaire des opérations en devises est un enjeu important pour chaque opérateur économique.

Il existe de nombreuses solutions de couverture du risque de change : des fonds négociés en bourse (ETF) comme le fonds monétaire de l'euro (FXE) et le CurrencyShares Yen Japonais Trust (FXY) et également :

1. La Coface qui couvre 100% de l'éventuelle perte de change. La prime, payable dès la fixation du cours garanti, varie selon la devise et la durée à garantir. L'assurance « change négociation » permet de couvrir des opérations d'exportation dès la remise de l'offre commerciale.

Le cours de change peut être figé à tout moment de la période de négociation, alors que la conclusion du contrat est aléatoire.

Quant à l'assurance « change contrat », elle fige un cours de change avant la signature du contrat commercial ou au plus tard dans les quinze jours de sa conclusion.

Les devises éligibles sont : le dollar américain, la livre sterling et, le cas échéant, le franc suisse ;

2. **Le contrat à terme de devises** également appelé « contrat futur ou un produit dérivé », engage les deux parties contractantes à acheter ou à vendre une devise dans l'avenir à des conditions déjà définies à l'avance, à un prix déterminé au moment du contrat avec un taux de change fixe ;

3. **Les options sur devise dites « vanilles »** permettent à l'acheteur d'échanger un certain montant en devises, à un cours donné, moyennant le paiement d'une prime, pendant une période ou à une date déterminée ;

4. **Le swap de taux d'intérêt et de devises** est l'accord bilatéral par lequel deux parties conviennent d'échanger des montants équivalents d'argent ainsi que le paiement de taux d'intérêt durant une durée déterminée.

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 depuis la date de passation jusqu'à la date de paiement des prestations réalisées.

8. TRAITEMENT DE LA TVA

8.1. DOIT-ON CONSIDÉRER LE MONTANT DE LA FACTURE DU SOUS-TRAITANT H.T. ET APPLIQUER UNE TVA À TAUX RÉDUIT, MÊME SI ELLE EST PRÉSENTÉE AVEC UNE TVA NORMALE ?

Le montant du paiement direct du sous-traitant s'entend TTC.

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 soumis au taux normal et relèvent, s'ils en remplissent les conditions, du dispositif d'auto-liquidation de la taxe sur les travaux de construction²¹⁶. Par ce mécanisme, la TVA due au titre de la prestation sous traitée n'est pas acquittée au Trésor par le sous-traitant, mais par son client donneur d'ordre.

Cette règle, rappelée par l'administration fiscale, est impérative²¹⁷. Ainsi, si l'entrepreneur principal ne procède pas à l'auto-liquidation de la taxe alors que sa prestation relève légalement de ce dispositif, le défaut de mention de la TVA exigible au titre d'une opération relevant du régime de l'auto-liquidation est sanctionné par une amende fiscale égale à 5 % de la somme que le redevable est en droit de déduire²¹⁸.

Le candidat, lorsqu'il a présenté son offre, a proposé un prix TTC, prenant en compte le ou les taux de TVA applicables aux opérations prévues par le marché.

En cas d'auto-liquidation, les sommes que l'acheteur verse directement au sous-traitant et qui, conformément à cette règle fiscale, sont facturées sans TVA, ne peuvent, en tout état de cause, excéder le montant du marché principal conclu avec l'entrepreneur principal.

Si le paiement direct du ou des sous-traitants conduit l'acheteur à régler un montant supérieur à celui qui figure dans le marché principal, il peut réclamer au titulaire le remboursement de la différence sur le fondement d'une subrogation légale²¹⁹.

Quant à la mise en œuvre pratique du mécanisme de l'auto-liquidation, la TVA doit être collectée et versée au Trésor par le preneur, c'est-à-dire l'entrepreneur principal au titre des travaux qu'il a sous-traités. Pour ce faire, il déclare le montant HT des travaux qui lui sont fournis par son sous-traitant sur la ligne « Autres opérations imposables » de sa déclaration de chiffre d'affaires. Sur la même déclaration, l'entrepreneur principal peut, dans les conditions de droit commun, également porter en déduction la TVA qu'il a ainsi collectée.

Si le sous-traitant bénéficie de la [franchise en base de TVA](#) (un autoentrepreneur, par exemple), sa prestation n'est pas soumise à la TVA. Dès lors, aucune TVA n'est due et l'entrepreneur principal n'a pas à collecter la TVA au titre de la prestation sous-traitée.

²¹⁶ [Article 283 2 nonies du code général des impôts](#)

²¹⁷ [BOI-TVA-LIQ-30-20-90-40-02/03/2016](#)

²¹⁸ [Article 1788 A, 4-1^{er} alinéa du CGI](#)

²¹⁹ [Article 1346 du code civil](#)

En outre, en cas d'auto-liquidation, le sous-traitant ne doit pas facturer la TVA au titre de sa prestation.

Ses factures doivent comporter, en plus des [mentions habituelles](#), la mention « *Auto-liquidation* » justifiant l'absence de collecte de la TVA par le sous-traitant et faire apparaître clairement que la TVA est due par l'entrepreneur principal.

Le montant total HT des travaux doit être mentionné sur la déclaration de TVA du sous-traitant dans la rubrique « *Autres opérations non imposables* ».

En cas de paiement direct du sous-traitant, l'acheteur doit le payer sur une base HT et l'entrepreneur principal auto-liquide la TVA.

Même si, en cas d'application de l'auto-liquidation, le sous-traitant ne facture pas et ne collecte pas la TVA due au titre de ses prestations, il est fondé à [déduire la TVA](#) qu'il supporte sur ses propres dépenses dans les conditions de droit commun.

8.2. QUELS SONT LES TRAVAUX CONCERNÉS OU EXCLUS PAR L'AUTO-LIQUIDATION DE LA TVA ?

Travaux concernés

- Travaux de bâtiment exécutés par les corps de métiers participant à la construction ou la rénovation des immeubles ;
- Travaux publics et ouvrages de génie civil : sécurisation de parois rocheuses, installation d'équipements de sécurité ou de signalisation, installation de radars routiers, marquage au sol, ... ;
- Travaux d'équipement des immeubles : installation comportant la mise en œuvre d'éléments qui perdent leur caractère mobilier en raison de leur incorporation à un ensemble immobilier ;
- Travaux de réparation ou de réfection en vue de remettre en état un immeuble ou une installation immobilière ;
- Opérations de maintenance ou de nettoyage qui sont le prolongement ou l'accessoire aux travaux concernés.

Travaux exclus

- Opérations de nettoyage faisant l'objet d'un contrat de sous-traitance séparé ;
- Prestations intellectuelles confiées par les entreprises de construction à des bureaux d'études, économistes de la construction ou sociétés d'ingénierie ;
- Location d'engins et de matériels de chantier, y compris lorsque cette location s'accompagne du montage et du démontage sur le site, ou de livraison de matériaux sur site (par camion ou hélicoptère) ;
- Livraison d'un bien meuble corporel, destiné à l'équipement de l'immeuble faisant l'objet des travaux.

9. LE CONTRÔLE DU COMPTABLE PUBLIC SUR LE PRIX DANS LES MARCHÉS PUBLICS

9.1 LE DÉCRET GBCP AU FONDAMENT DU CONTRÔLE PAR LE COMPTABLE

Le contrôle du comptable sur le prix dans les marchés publics s'inscrit dans le cadre général des contrôles du comptable sur les ordres de payer fixés par les articles 19 et 20 du [décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique \(GBCP\)](#), et plus particulièrement sur la validité de la dette.

La validité de la dette est notamment constatée par un contrôle du comptable :

- sur la production par l'ordonnateur des pièces justificatives, conformément à la nomenclature des pièces justificatives des dépenses des secteurs publics local et hospitalier, à son instruction, et aux documents contractuels ;
- et sur l'exactitude de la liquidation du montant de la dépense, au vu des titres ou décisions établissant les droits acquis par les créanciers ([article 31 du décret GBCP](#)).

C'est dans le cadre du contrôle par le comptable de la production par l'ordonnateur des pièces justificatives et de l'exactitude de la liquidation du montant de la dépense, que le comptable est amené à contrôler le prix dans les marchés publics.

9.2 LE CONTRÔLE DU PRIX D'UN MARCHÉ PUBLIC PAR LE COMPTABLE DANS LE CADRE DE SON CONTRÔLE DE LA PRODUCTION PAR L'ORDONNATEUR DES PIÈCES JUSTIFICATIVES

Le contrôle du comptable sur le prix d'un marché public dans le cadre de son contrôle de la production par l'ordonnateur des pièces justificatives est dans un premier temps un contrôle sur le montant HT du marché.

Le montant HT d'un marché va permettre au comptable de s'assurer, tout au long de l'exécution financière du marché, que le montant total des paiements ne dépasse jamais le montant HT du marché sans justification.

Le comptable est en effet tenu de s'assurer que le marché est exécuté financièrement conformément aux clauses contractuelles. Le comptable contrôle également le montant HT du marché avant même toute exécution financière, à l'aune de deux catégories de seuils :

- le seuil de l'écrit, qui va lui permettre de déterminer la rubrique des pièces justificatives de la dépense à laquelle se reporter dans le cadre du contrôle d'une dépense sur marché ;
- et le seuil de présentation d'un marché au contrôle de légalité, qui va lui permettre de déterminer si le marché doit être passé au contrôle de légalité avant de pouvoir l'exécuter.

Le seuil à compter duquel les marchés doivent être écrits

Dès lors que **le montant du marché est égal ou supérieur au seuil** à compter duquel les marchés doivent être écrits, en référence à l'article [R. 2112-1 du code](#), le comptable doit disposer d'un marché écrit. Ce seuil est fixé à 25 000 € HT ([article R. 2112-1 du code](#)).

Dès lors que **le montant du marché est inférieur à ce seuil**, le comptable peut ne pas disposer d'un marché écrit, dès lors que son exécution ne consiste pas en un paiement unique après service fait (avance, acomptes, retenues de garantie, variation de prix, pénalités, ou accord-cadre).

Le marché public écrit peut prendre la forme d'un document unique signé par les deux parties, ou de deux supports distincts rédigés en des termes identiques et signés chacun par une partie (ex : ATTR11, acte d'engagement). Un marché ne devient en effet un acte juridique plein qu'à partir du moment où il est signé ([article 1367 du code civil](#)).

Seuil de contrôle de légalité applicable aux marchés conclus par les collectivités

Les articles [L. 2131-2](#), [L. 3131-2](#) et [L. 4141-2](#) du code général des collectivités territoriales soumettent les marchés publics passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics à l'obligation de présentation au contrôle de légalité.

Dès lors que le montant du marché est égal ou supérieur au seuil à compter duquel les marchés des collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics ont l'obligation d'être présentés au contrôle de légalité, en référence au seuil de procédure formalisée des marchés de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales fixé à l'article [D. 2131-5-1 du code général des collectivités territoriales](#), le comptable doit disposer de la preuve de la réception du marché par le représentant de l'État dans le département ou par son délégué d'arrondissement.

La preuve de cette réception peut être apportée par tout moyen. L'accusé de réception, qui est immédiatement délivré, peut être utilisé à cet effet mais n'est pas une condition du caractère exécutoire des actes. Autrement, le maire peut certifier, sous sa responsabilité, leur caractère exécutoire ([article L. 2131-1 du CGCT](#)).

Ces marchés ont la particularité de ne pouvoir être exécutés financièrement par le comptable, c'est-à-dire de prendre effet et de devenir exécutoires, qu'à la date de réception de la notification du marché au titulaire, mais sous réserve du respect des dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatives au contrôle de légalité ([article R. 2182-5 du code](#)).

En d'autres termes, les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal au seuil fixé à [l'article D. 2131-5-1 du code général des collectivités territoriales](#), les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement ([article L. 2131-2 du CGCT](#)) deviennent exécutoires à cette date à condition d'avoir été également transmis au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué d'arrondissement, et ce éventuellement par voie électronique.

Le respect des seuils de passation des marchés publics et de publication des données essentielles relève de la compétence et de la responsabilité du seul ordonnateur en tant qu'acheteur. Ils n'intéressent pas le comptable public dans son rôle de payeur.

9.3 LE CONTRÔLE DU PRIX D'UN MARCHÉ PUBLIC PAR LE COMPTABLE DANS LE CADRE DE SON CONTRÔLE DE L'EXACTITUDE DE LA LIQUIDATION DU MONTANT DE LA DÉPENSE

Pour contrôler l'exactitude de la liquidation du montant de la dépense, le comptable s'appuie sur toutes les pièces produites à l'appui de la dépense, qu'elles soient :

- contractuelles (marché, CCAP, bordereau de prix unitaires, déclaration de sous-traitance, etc.) ;
- ou comptables (ordre de payer, facture, état liquidatif pour le paiement d'un acompte, état liquidatif des révisions et actualisation de prix, etc.).

Dans ces pièces, ils s'intéressent à tous les éléments en lien avec les modalités d'exécution financière du marché (avance, acompte, retenues de garanties), le prix et la forme du prix, les révisions et les pénalités.

REMERCIEMENTS

La DAJ du ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique tient particulièrement à remercier l'ensemble des entités / organismes et services ayant contribué à la refonte du présent guide (par ordre alphabétique) :

- AAP Association des Acheteurs Publics
- AFNUM Alliance Française Des Industries Du Numérique
- AGORAPUBLIX
- AMF Association des maires de France
- CAPEB Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment
- CCPI Communauté de communes du Pays d'Iroise
- CGF Confédération des grossistes de France
- CPME Confédération des petites et moyennes entreprises
- DAGF Direction de l'administration générale et des finances
- DGE Direction générale des entreprises
- DGFiP Direction Générale des Finances Publiques
- EDF Électricité de France
- EPL Fédération des élus des Entreprises publiques locales
- FARE Propreté
- FFB Fédération française du bâtiment
- FNTP Fédération nationale des travaux publics
- France Urbaine
- IDVERDE
- Métropole Toulon Provence Méditerranée
- Ministère des armées
- Pays d'Iroise Communauté
- REXEL
- SCM Syndicat français de la construction métallique
- SNCF
- SYNTEC
- UCANSS Union des caisses nationales de Sécurité sociale
- UCC Grand Sud
- UniHA Coopérative des acheteurs hospitaliers
- Union sociale pour l'habitat
- Ville de Paris

LISTE DES SIGLES

AE : Acte d'engagement

AAPC : Avis d'appels publics à la concurrence

BAT : Bon à tirer

BPU : Bordereau des prix unitaires

BT : Bâtiment

CCAG : Cahiers des clauses administratives générales

CCAP : Cahier des clauses administratives particulières

CCTP : Cahier des clauses techniques particulières

CEE : Certificats d'économie d'énergie

CE : Conseil d'Etat

CGCT : Code général des collectivités territoriales

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

DAE : Direction des Achats de l'État

DADUE : Droit de l'Union européenne en matière économique et financière

DAJ : Direction des Affaires juridiques (ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique)

DC : *Dossier de Consultation*

DIUO : Dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage

DGD : Décompte général définitif

DGCCRF : Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

DQE : Détail Quantitatif Estimatif

DOE : Dossier des ouvrages exécutés

DPGF : Décomposition du prix global et forfaitaire

DRC : Délai de règlement conventionnel

DREETS : Directions régionales de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion)

EPIC : Etablissements publics à caractère industriel et commercial

ETI : Entreprises de taille intermédiaire

FCS : Marchés publics de fournitures courantes ou de services

GBCP : Gestion budgétaire et comptable publique

GE : Grandes entreprises

HLM : Habitation à loyer modéré

HT : Valeur hors taxes

ING : Ingénierie

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

MAPA : Marché à procédure adaptée

MOE : Maîtrise d'œuvre

MI : Marché public industriel

OECP : Observatoire économique de la commande publique

OS : ordre de service

PI : Propriété industrielle ou intellectuelle

PME : Petite et moyenne entreprise

RAPIDD : Réseau des acheteurs publics intégrant le développement durable

RNM : Réseau des Nouvelles des Marchés

RSE : Responsabilité sociétale des entreprises

SEML : Société d'économie mixte locale

SPL : Société publique locale

TIC : Techniques de l'information et de la communication

TP : Travaux Publics

TPE : Très petites entreprises

TVA : Taxe sur la valeur ajoutée

TTC : Toutes taxes comprises

ANNEXES

Annexe n°1 - Définition de l'indice PsdL

L'indice PsdL à la date t se calcule selon la formule suivante :

$$\text{PsdL}_t = 44 \times \frac{\text{SERV h.TCHI}_{t-1 \text{ trimestre}}}{96,951} + 18 \times \frac{\text{ICcm}_{t-1 \text{ trimestre}}}{1506,94} + 15 \times \frac{\text{BQ}_t}{95,193} + 11 \times \frac{\text{TCH}_t}{95,519} + 8 \times \frac{\text{PROD}_t}{97,352} + 4 \times \frac{\text{EGC}_t}{83,347}$$

dans laquelle :

t = date de lecture des indices pour mise en œuvre de la formule (représente un mois de l'année).

SERV h.TCHI = Indices des prix de production des services français aux entreprises françaises (BtoB) - Total HS hors TCH - Ensemble des services hors transports de passagers, hôtellerie, restauration, communications et immobilier (Base 2015).

Cette série est diffusée sur le site internet de l'INSEE (www.bdm.insee.fr) sous l'identifiant 010546088.

La valeur moyenne de cette série rétropolée, entre T4 2009 et T3 2010, est 96,951.

ICcm = Moyenne des quatre derniers indices du coût de la construction des immeubles à usage d'habitation (ICC).

Cette série est diffusée sur le site internet de l'INSEE (www.bdm.insee.fr) sous l'identifiant 000604030.

La valeur moyenne de cette série entre T4 2009 et T3 2010 est 1506,94.

BQ = Indice de prix de production de l'industrie française pour le marché français - MIG CAG - Biens d'investissement (Base 2015).

Cette série est diffusée sur le site internet de l'INSEE (www.bdm.insee.fr) sous l'identifiant 010534801.

La valeur moyenne de cette série rétropolée en 2010 est 95,193.

TCH = Indice des prix à la consommation – Regroupement mensuel, ensemble des ménages, France - Transports, communications et hôtellerie (Base 2015).

Cette série est diffusée sur le site internet de l'INSEE (www.bdm.insee.fr) sous l'identifiant 001763861.

La valeur moyenne de cette série rétropolée en 2010 est 95,519.

PROD = Indice de prix de production de l'industrie française pour le marché français – BCXZ – Industrie hors industrie agroalimentaire et énergie (Base 2015).

Cette série est diffusée sur le site internet de l'INSEE (www.bdm.insee.fr) sous l'identifiant 010534799.

La valeur moyenne de cette série rétropolée en 2010 est 97,352.

EGC = Indice de prix de production de l'industrie française pour le marché français – A21 D, CPF 35 – Electricité, gaz, vapeur et air conditionné (Base 2015).

Cette série est diffusée sur le site internet de l'INSEE (www.bdm.insee.fr) sous l'identifiant 010534835.

La valeur moyenne de cette série rétropolée en 2010 est 83,347.

Les indices ICCm et SERV h.TCHI sont trimestriels. Leurs valeurs sont établies par l'INSEE pour le 1^{er} jour du trimestre en cours et valable pendant les 3 mois de ce trimestre. Pour le calcul de PsdL, les valeurs de ces 2 indices seront lues un trimestre auparavant.

Annexe n°2 - Recours au dispositif de contrôle des coûts de revient des marchés publics de l'Etat et de ses établissements publics

Préambule : La présente annexe a pour but de fournir quelques éléments d'information sur les enquêtes de coûts de revient pouvant être conduites par des agents de l'État, habilités par leur ministre, auprès des soumissionnaires à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable et auprès des titulaires, telles que définies à l'Article L2196-4 du code de la commande publique. Le recours à ce dispositif peut répondre à plusieurs besoins de l'acheteur public : établissement de références de coûts permettant de mieux négocier certains marchés et d'établir la convenance de leurs prix, analyse d'offres financières, détermination du prix définitif des marchés conclus sur la base d'un prix provisoire. Pour être efficace le contrôle des coûts a posteriori nécessite que le marché fasse référence à 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 aéronautique ou dans tout autre domaine et une clause d'obligations comptables précisant la segmentation de l'enregistrement des coûts. Le contrôle de coûts est un dispositif complexe et lourd qui doit être réservé aux marchés à forts enjeux. C'est au long court, notamment sur des marchés récurrents (productions série, maintenance...) qu'il donne les meilleurs résultats. Il nécessite de l'anticipation et une bonne connaissance des fournisseurs.

Une des problématiques du contrôle de coût est de déterminer le coût complet des prestations objet du marché et donc de calculer les taux d'unités d'œuvres (coûts horaires de main d'œuvre ou éventuellement de machines), les taux de frais d'approvisionnement (liés aux coûts du personnel logistique, aux fonctions achat, stockage...) à appliquer aux achats et sous-traitances et les taux de frais commun hors production (frais d'administration générale, fonction commerciale, études libres, charges financières) appelés globalement éléments comptables de valorisation (ECV) et utilisés pour la présentation des devis dans les marchés passés sans mise en concurrence et pour le calcul des coûts de revient a posteriori de prestations achevées.

Il ne s'agit pas ici de fournir un guide précis pour l'élaboration des ECV qui, de toute façon, ne peut être effectuée que par des enquêteurs habilités par arrêté de leur ministre, sur la base d'enquêtes sur pièces et sur place, conformément aux dispositions de l'articles R2196-11 du code de la commande publique. A ce jour, seuls le ministère des Armées et le CNES établissent des ECV pour les entreprises de leurs secteurs respectifs. Les acheteurs pourront s'adresser au ministère des armées, Direction générale de l'armement, bureau des enquêtes de coût pour obtenir les ECV des entreprises de défense s'ils doivent passer un marché sans mise en concurrence avec l'une de celles-ci.

L'objectif de la présente annexe est d'une part de fournir des indications aux acheteurs, le cas échéant hors du ministère des armées, qui pourraient utiliser les ECV élaborés par celui-ci et aussi de fournir un minimum d'indications aux acheteurs devant négocier des marchés sans mise en concurrence sans disposer d'ECV. Cela pourrait leur permettre de discuter aussi des différents taux demandés par les entreprises, donc de négocier plus efficacement.

Méthodologie : Les ECV sont calculés à partir des données extraites des systèmes d'information de l'entreprise : données de la comptabilité générale (bilan, compte de résultat, rapport annexé, liasse fiscale...), de la comptabilité analytique, des systèmes

d'information de ressources humaines, etc. Les coûts directs sont ceux directement affectables à l'affaire (salaires chargés des personnels participant à l'exécution de la prestation, coût des approvisionnements et de la sous-traitance...). Les coûts indirects correspondent aux coûts répartis (énergie, fluides, entretien des locaux...) et des fonctions transverses de l'entreprise. Ils sont répartis par l'entreprise entre ses différentes affaires au moyen de clés de répartition définies dans sa comptabilité analytique. Les enquêtes de coûts permettent de vérifier que ces clés sont équitables, c'est-à-dire que les coûts indirects sont répartis sur les différentes activités et au final sur les différents clients, sans défavoriser ni favoriser chaque client. Ainsi, les frais liés à l'amortissement et à l'entretien des infrastructures de production peuvent par exemple être répartis sur les productions effectuées dans chaque local au prorata du temps d'utilisation de ces moyens ; les frais liés à la fonction achat des pièces (commande, réception, contrôle qualité, stockage, distribution au sein des ateliers) peuvent être répartis au prorata du montant des pièces consommées, etc.

Une fois les coûts indirects éligibles répartis entre coûts d'unités d'œuvre (CUO), frais d'approvisionnement (FApp) et frais hors production (FHP), la détermination mathématique des ECV dans chacune de ces trois catégories est la suivante :

Le taux de frais d'approvisionnement :

Le taux de frais d'approvisionnement (TFApp) est le rapport entre :

- les frais de la fonction approvisionnement de l'entreprise et
- la valeur de l'ensemble des approvisionnements réalisés par la société :

$$TFApp = \frac{\text{Frais de la fonction approvisionnement}}{\text{Valeur des approvisionnements}}$$

Les frais de la fonction approvisionnement de l'entreprise sont l'ensemble des dépenses de préparation des achats (spécification du besoin, recherche de fournisseurs, mise en concurrence...), d'achats (élaboration des contrats...), de réception, de contrôle, de stockage et de comptabilité fournisseurs.

Pour valoriser ensuite les approvisionnements prévus dans le cadre d'une offre, le calcul est donc le suivant : $\text{Approvisionnements} = (1 + TFApp) * \text{Valeur des approvisionnements}$

Il est possible de prévoir un taux de frais d'approvisionnement réduit pour des approvisionnements de montant important ou pour des approvisionnements en provenance d'entreprises liées au titulaire ou pour des approvisionnements dont la nature ne nécessite pas la mise en œuvre de la totalité de la fonction approvisionnement.

Si on fait un bilan sur une année échu l'application du TFApp contrôlé sur les approvisionnements de l'année doit couvrir exactement les frais de la fonction approvisionnement contrôlés de l'année.

Les coûts d'unités d'œuvre :

Les coûts d'unités d'œuvre (CUO) s'appliquent à des unités d'œuvre qui peuvent être de différentes natures : on distingue habituellement les heures de main d'œuvre (coût d'une heure d'ingénieur par exemple) et les temps d'utilisation des équipements (par exemple heure de production sur une machine à commande numérique, journée d'occupation d'un lieu de stockage...). Ces CUO sont calculés à partir de l'ensemble des charges (notamment les salaires et charges sociales des agents directs et indirects (secrétaires, agents du contrôle qualité...), loyers, énergie, informatique, amortissement et entretien des moyens industriels) de l'année du centre concerné (le bureau d'étude, l'atelier de montage...) divisé par les heures

pointées sur affaires (heures de présence réduites des heures pointées sur frais généraux telles que les heures formation...) par le personnel direct pendant la même année.

$$CUO \text{ main d'oeuvre} = \frac{\text{Charges annuelles à couvrir}}{\text{Nombre d'heures pointées sur affaires dans l'année}}$$

$$CUO \text{ machine} = \frac{\text{Charges annuelles à couvrir}}{\text{Nombre d'unités d'oeuvre vendues dans l'année}}$$

Le taux de frais hors production :

Les frais communs hors production sont les coûts des fonctions communes ne concourant pas directement au processus de production mais néanmoins indispensables pour le bon fonctionnement de l'entreprise. Les FCHP sont souvent appelés plus simplement « frais hors production » (FHP)

Les composantes des FHP sont exclusivement les quatre suivantes :

- L'administration générale, qui comprend notamment : les fonctions de direction de la société (direction générale, direction financière,...), le service juridique, les managements fees des sociétés mères ;
- La distribution, qui comprend : les équipes commerciales, le marketing, la communication, le service facturation et la comptabilité clients, le service expédition ; les coûts des propositions commerciales entrent également dans la composante distribution ;
- Les études libres recouvrent les travaux de recherche et développement qui ne font pas l'objet d'un marché ou d'une commande et qui ne paraissent pas susceptibles d'une exploitation commerciale ;
- Les charges financières calculées (CFC) sont des charges supplétives qui remplacent les charges financières enregistrées en comptabilité.

Tout comme l'impôt sur les sociétés, les distributions de bénéfice aux salariés de l'entreprise (participation, intéressement, ...) et les dividendes ne sont pas des coûts mais une distribution du résultat et ne peuvent donc pas entrer dans les ECV.

Le taux (en pourcentage) de chaque composante est déterminé en faisant le rapport entre le coût de la fonction et le coût de production des biens et services destinés à la vente pour l'ensemble de la société (également dénommé « coût global de production » (CGP)). Ce coût global de production est constitué :

- des approvisionnements et des frais d'approvisionnement de l'année,
- des œuvres de production c'est-à-dire les unités d'œuvre multipliées par les coûts d'unités d'œuvre,
- et des frais directs de production (frais de mission par exemple).

Il concerne non seulement les produits et services vendus mais également les produits et services « destinés à la vente » tels que les dépenses de la R&D appliquée à des produits.

Les quatre taux, basés sur la même assiette, sont ensuite agrégés en un taux unique, le taux de FCHP, communément appelé taux de frais hors production (taux de FHP).

Le taux est calculé à partir de l'ensemble des dépenses correspondantes de l'année divisé par le coût global de production des produits et services réalisés par la société cette même année.

$$TFCHP = \frac{\text{Frais annuels hors production de la société}}{\text{Coût global annuel des produits et services destinés à la vente}}$$

Pour établir le coût complet d'une prestation le calcul est alors simple :

$$\text{Coût complet de la prestation} = (1 + TFCHP) * \text{Coût de production de la prestation}$$

ECV contrôlés :

Les ECV comptables sont établis pour chaque exercice comptable une fois les comptes certifiés par les commissaires aux comptes. Après raccordement de la comptabilité analytique avec la comptabilité générale et retraitement des charges non incorporables dans les coûts, l'équité des clés de déversement des charges dans les coûts est vérifiée et les ECV établis.

ECV devis :

Les ECV déterminés comme ci-avant résultent du constat de la comptabilité de l'entreprise au cours d'une année d'exercice. Or l'entreprise évolue, son chiffre d'affaires et ses charges aussi. A partir de ces ECV contrôlés et des prévisions d'évolution de l'entreprise (budgets, plans à moyens termes des ECV prévisionnels sont établis ; ces ECV sont dénommés ECV devis parce qu'ils sont utilisés pour établir les devis des futurs marchés. L'élaboration d'ECV devis nécessite une bonne connaissance de l'entreprise. Elle ne peut être raisonnablement réalisée que par des enquêteurs habilités.

Présentation des devis :

Un devis pour un marché sans mise en concurrence se présentera donc comme suit, pour chaque poste :

Prix proposé pour le poste = [(CUOheures1xNombre heures type 1 + CUOheures2xNombre heures type2...) + (valeur des appros) x (1+TFappros)]x(1+TFCHP)x(1+Tmarge)

Le taux de marge Tmarge utilisé dans ce type de formule est de l'ordre de 10% pour des prix forfaitaires.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES
Observatoire économique de la commande publique
Immeuble Condorcet
6, rue Louise Weiss
Télédoc 351
75703 Paris Cedex 13Tél : +33 01 44 87 17 17

