



CHARRELLASSOCIÉS
AVOCATS

L'ACHAT PUBLIC FACE À LA CRISE

LES 10 MESURES

Les conséquences de la guerre en Ukraine s'ajoutant à celles de la crise sanitaire sont systémiques et probablement durables. Les dispositifs existants pour y faire face peuvent s'avérer insuffisants.

Pour se préparer à l'inattendu, le cabinet CHARREL & Associés a imaginé des mesures temporaires ou permanentes pouvant aider les parties prenantes à trouver certaines solutions.

01

Généralisation de la procédure avec négociation

Libre choix entre l'appel d'offres et la procédure négociée (modification des directives)

02

Élargissement du recours aux prix provisoires

Élargissement des motifs d'utilisation des prix provisoires

03

Autorisation de modifier les clauses de prix par avenant

Affirmation du libre choix de modifier les prix par avenant dans la limite des seuils de 10 et 15%

04

Reconnaissance de l'irrégularité des indices statistiques

Interdiction et inopposabilité des indices statistiques dans les clauses de révision avec obligation de conclure des avenants pour les marchés en cours

05

Sécurisation des fournisseurs

Paiement direct des fournisseurs par l'acheteur dans les 30 jours de la notification de la facture ou paiement aux fournisseurs d'un acompte de 30% dans les 30 jours pour bloquer les prix

06

Période protégée

Poursuite de la période protégée pour les entreprises impactées par la crise

07

Révision obligatoire

Révision obligatoire des marchés nonobstant toute stipulation contraire pour les marchés dont les fournitures sont > à 25% du prix du marché et si l'évolution des prix de ces fournitures est > à 15% (avenant ou OS de recalage)

08

Généralisation des variantes

Interdiction d'interdire les variantes en passation et exécution sur les matériaux, les délais et caractéristiques non essentielles)

09

Délai miroir pour l'achat public

Création d'un délai miroir entre DLRO et délai d'attribution

10

Renforcement du contrôle des prix de revient

Généralisation et renforcement de modalités de contrôle de coût de revient y compris pour les fournisseurs pour lutter contre les effets d'aubaine.

01

GÉNÉRALISATION DE LA PROCÉDURE AVEC NÉGOCIATION

Libre choix entre l'appel d'offres et la procédure avec négociation (modification des directives)

L'article R. 2124-3 du CCP limite le recours à la procédure avec négociation par les pouvoirs adjudicateurs à des cas précis (besoin pas satisfait sans adaptation, le marché comporte des prestations de conception...) alors qu'en application de l'article R. 2124-4 du même Code, les entités adjudicatrices peuvent bénéficier du libre choix entre les procédures d'appel d'offres et les procédures avec négociations au-delà des seuils européens : « L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure de négociation ».

Il semble donc, dans les circonstances actuelles, opportun d'envisager la généralisation de cette faculté de choix à tous les acheteurs qui pourront, en conscience et en responsabilité, déterminer le choix de la procédure la plus adaptée au regard des circonstances de l'achat.



02

ÉLARGISSEMENT DU RECOURS AUX PRIX PROVISOIRES

Élargissement des motifs d'utilisation des prix provisoires

La conclusion des marchés avec des prix provisoires après procédure avec négociation concerne des prix non connus à la date de signature du contrat pouvant être calculés en application des clauses de prix insérées dans le contrat : l'article R. 2112-17 du CCP limite à 5 les hypothèses dans lesquelles de tels marchés peuvent être passés.

En l'état, compte tenu de la forte variation des prix et, surtout, de l'indétermination, pour certains matériaux, matières premières, et autres fournitures des délais de livraison et des conditions de disponibilités, l'ouverture des cas de passation d'un marché à prix provisoires semble, au moins temporairement, opportune.

En outre, cela pourrait permettre aux acheteurs d'utiliser une procédure avec négociation sur le seul fondement des prix provisoires : l'article R. 2124-3-4°) du CCP autorise le recours à ce type de procédure « lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent » et ce sans attendre l'éventuelle modification par directive de la procédure avec négociation généralisée.



03

AUTORISATION DE MODIFIER LES PRIX PAR AVENANT

Affirmation du libre choix de modifier les prix par avenant dans la limite des seuils de 10 et 15%.

Face à la doctrine du gouvernement relative à l'intangibilité des prix, des questionnements naissent quant à l'interprétation de la mise en œuvre de l'article R.2194-8 du Code de la commande publique qui prévoit :

"Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies".

Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article.

En conséquence, lorsqu'une modification est inférieure au double seuil cumulative (< au seuil de procédure formalisée et < 10% - fournitures et services - ou 15% - travaux -), elle est présumée légale sans qu'il soit besoin de vérifier si elle est substantielle au sens de l'article R.2194-7 (remise en cause des conditions initiales de mise en concurrence, modification considérable de l'objet, bouleversement de l'équilibre économique en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue).

La question est celle de savoir si cette modification, dans la limite desdits seuils, peut concerner n'importe quelle modification/clause du contrat, et potentiellement concerner la prise en compte des conséquences de la hausse du prix des matières premières, c'est-à-dire une modification sèche des prix (unitaires ou forfaitaires) – sans prestation nouvelle particulière –, par opposition à l'intangibilité du prix.

L'affirmation d'un principe de non-substantialité de la modification dès lors qu'elle respecte lesdits seuils nous semble converger vers un principe de libre choix de modifier les prix par avenant dans la limite des seuils fixés par voie réglementaire (voir en ce sens l'arrêt du CE, 16 mai 2022, SHAM, req. n°459408 : le Conseil d'Etat a validé, dans un marché d'assurances, le fait que la prime d'assurance soit portée de 2,65% à 3,048%, soit une augmentation de 74 610,60 euros représentant 5,01% du montant total du marché, sur le fondement de l'article R.2194-8 du CCP, alors même que cette augmentation de la prime ne résultait d'aucune prestation nouvelle supplémentaire, mais seulement d'un changement de titulaire – qui lui a été sanctionné).

Sous réserve que la modification ne change pas la nature globale du contrat, le principe du libre choix de modifier les prix dans la limite de 10 ou 15% selon l'objet, pour tenir compte au moins temporairement de la crise des matières premières, devra être affirmé.

La DAJ devrait saisir pour avis le Conseil d'Etat sur ce sujet.

04

IRREGULARITÉ DES INDICES STATISTIQUES

Affirmation du libre choix de modifier les prix par avenant dans la limite des seuils de 10 et 15%.

De nombreux marchés de travaux font référence, à tort et probablement par facilité, aux indices purement statistiques BT01 et TP01 pour appliquer les formules de révision des prix stipulées dans les CCAP.

Ces indices statistiques sont évidemment relativement déconnectés de la réalité des évolutions des prix de matériaux et matières premières nécessaires à l'exécution de certains lots alors qu'il existe des indices dédiés.

La mesure consiste à prévoir réglementairement que des avenants doivent rendre applicables les indices en lien avec l'objet du marché pour que les prix puissent être au moins révisés dans le cadre de l'évolution constatés des coûts, opposables à tous.



05

SÉCURISATION DES FOURNISEURS

Paiement direct des fournisseurs par l'acheteur dans les 30 jours de la réception de la facture ou paiement aux fournisseurs d'un acompte de 30% dans le même délai pour bloquer les prix.

Par principe, le paiement direct ne bénéficie qu'au sous-traitant qui a conclu un contrat d'entreprise avec le titulaire c'est-à-dire qui exécute une part des prestations du marché par opposition au fournisseur qui a conclu un contrat de fournitures et ne participe pas à l'exécution du marché public (même si le fournisseur a été accepté par l'acheteur et que ses conditions de paiement ont été agréées par lui). Seule possibilité : recourir à la délégation de paiement.

Le paiement direct total ou partiel des fournisseurs par l'acheteur pourrait sécuriser les approvisionnements grâce à l'effet « rassurant » du paiement direct par l'acheteur (particulièrement s'il est enfermé dans un délai de 30 jours) :

- Protection du fournisseur contre une éventuelle défaillance du titulaire ;
- Ne pas faire dépendre le paiement du fournisseur par l'acheteur de la volonté des parties : la délégation de paiement étant un accord tripartite, elle doit être signée de l'acheteur, du titulaire et du fournisseur ;
- Les dispositions en matière de paiement direct sont d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger ;
- Protection de l'acheteur contre une mauvaise exécution du marché par le fournisseur et contre une évolution permanente des coûts par le fournisseur.



06

PÉRIODE PROTÉGÉE

Poursuite de la période protégée pour les entreprises impactées par la crise

Le décret n° 2022-485 du 5 avril 2022 institue une aide – égale à 0,125 % du chiffre d'affaires annuel 2021, dans la limite de 200 000 € pour les entreprises du secteur des travaux publics affectées par les conséquences économiques de la guerre en Ukraine.

Pour être éligibles, les entreprises doivent remplir les conditions suivantes : avoir été créées avant le 1er janvier 2022 ; exercer leur activité principale dans un des secteurs d'activités visés par le décret (construction de routes et autoroutes, de voies ferrées, d'ouvrages d'art, de réseaux, travaux de terrassement...) ; être une PME ; exploiter un matériel de travaux publics au sens du 6.9 de l'article R. 311-1 du code de la route ; être résidentes fiscales en France ; et ne pas être en procédure collective et ne pas disposer d'une dette fiscale ou sociale impayée au 31 décembre 2019. Toutefois, les demandes peuvent être réalisées uniquement jusqu'au 30 juin 2022. La prolongation de ce délai pourrait donc être envisagée.

Enfin, cette période protégée pourrait permettre de sécuriser les modifications de délais, l'absence d'application de pénalités et même l'augmentation de certains prix.

07

RÉVISION OBLIGATOIRE

Révision obligatoire des marchés nonobstant toute stipulation contraire si la part de fournitures est > à 25% du prix du marché et si l'évolution des prix de ces fournitures est > à 15%

Par principe, obligation de prévoir une clause de révision des prix :

- Si les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant l'exécution du marché ;
- Si la durée d'exécution du marché > 3 mois ET que son exécution nécessite le recours à une « *part importante* » de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux.

La circulaire du 30 mars 2022 retient qu'en l'absence d'une telle clause alors même qu'elle serait obligatoire, il n'y a pas de modification possible du marché pour intégrer une clause de révision => pas de souplesse pour l'acheteur et pas de protection du titulaire dont le marché n'est pourtant pas conforme au code de la commande publique.

Rendre obligatoire (et non uniquement possible) l'introduction d'une clause de révision des prix du marché même dans les marchés conclus à prix non révisables en cours d'exécution rétablirait un juste rémunération.



Intérêts et limites

- Possibilité pour les acheteurs d'accompagner les entreprises dans le cadre de la crise actuelle et de « rattraper » l'erreur commise lors de la rédaction du marché ;
- Protection des entreprises « victimes » de la crise mais également du principe d'intangibilité de la clause de révision dégagé par la doctrine administrative.

Encadrement nécessaire :

- Dans les hypothèses où la part de fournitures est supérieure à 25%, la fixation d'un seuil précis ayant pour intérêt d'éviter les incertitudes autour de la notion de « part importante » ;
- Dans les hypothèses où les fournitures en cause connaissent une augmentation supérieure à 15% ayant pour intérêt de ne concerner que les marchés réellement impactés par l'évolution anormale des conditions économiques du fait de la crise

08

GÉNÉRALISATION DES VARIANTES

Interdiction d'interdire les variantes en passation et exécution sur les matériaux, les délais et caractéristiques non essentielles

Une variante s'entend comme une modification faite à l'initiative du candidat des spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation (CE 5 janvier 2011 n° 343206).

L'article R2151-8 du CCP prévoit la possibilité pour les acheteurs de prévoir la présentation de variante.

Les variantes sont en principe interdites dans certains marchés comme c'est le cas :

- d'un marché passé en procédure formalisée sauf en cas de mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- dans les marchés publics de défense ou de sécurité s'il s'agit d'une procédure formalisée.

L'obligation d'autoriser les variantes permet ainsi aux candidats de proposer des variantes sur les matériaux, fournitures, délais, méthodologies directement en lien avec les problématiques d'approvisionnement. Elles ne pourront toutefois porter sur les caractéristiques essentielles du marché dont la liste précise et motivée devra être préalablement établie dans le dossier de consultation.



09

DÉLAI MIROIR

Création d'un délai miroir entre DLRO et délai d'attribution

L'importance du délai entre le mois de remise d'une offre (M_0) et la durée de validité de celle-ci (120, 180, 240 jours...parfois) conduit à un fort décalage dans le contexte actuel entre le prix proposé et le prix réel (et les délais) pratiqués par les fournisseurs au moment de la commande effective des produits et matériaux nécessaires à l'exécution du marché.

Si la clause d'actualisation des prix est obligatoire en matière de travaux, fournitures ou services autres que courants, (+ de 3 mois entre le M_0 et la date de début d'exécution des prestations – art. R.2112-10 et R.2112-11 du CCP), la situation actuelle offre un bel exemple des limites d'une telle clause.

Les prix fluctuants de manière très importante et à des fréquences très rapprochées actuellement (les prix changeant parfois en 3 jours selon les matériaux et les fournisseurs), l'obligation devrait être faite aux acheteurs d'attribuer dans un délai court (et non plus dans la limite de validité des offres qui est souvent très longue). Un délai « miroir » pourrait être conçu pour que le délai imposé pour la remise des offres (parfois complexes à établir en $n30$ jours), soit traduit par le même délai pour l'attribution, pour une commande publique plus sécurisée et permettant de limiter les réclamations et les avenants.



10

RENFORCEMENT DU CONTRÔLE DES PRIX DE REVIENT

Généralisation et renforcement de modalités de contrôle de coût de revient y compris pour les fournisseurs pour lutter contre les effets d'aubaine

Pour les marchés en cours ou les marchés à conclure, il est indispensable que les acheteurs et les titulaires puissent, dans un souci de transparence et en vue du maintien / du développement d'une relation de confiance, s'assurer mutuellement du paiement du juste prix.

A ce titre, l'intégration de clauses – de vérification / de revoyure / de progrès – visant à s'assurer de la réalité des coûts réels en ce sens dans les avenants / protocoles transactionnels pour le versement d'indemnités d'imprévision pour les marchés en cours et *ab initio* principalement dans les CCAP des marchés à conclure peut être envisagée.

La transmission de justificatifs probants doit vraisemblablement être exigée et une sanction, en cas de non-transmission, prévue (pénalités et / ou prise en compte du cours d'une matière première à son niveau d'avant crise par exemple).



Nous contacter

contact@charrel-avocats.com

formation-droit@charrel-avocats.com

Paris

5 rue Saint Philippe du Roule
75008

Montpellier

5 rue Boussairolles
34000

Marseille

43 Bd Paul Peytral
13006

Toulouse

51 rue Alsace Lorraine
31000

Valence

116 Bd de la Corniche
26000