

Circulaire du 5 octobre 1987

Circulaire du ministre chargé de l'économie et des finances relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics

N° NOR : ECOM8710070C ; JO du 24 octobre 1987

Table des matières

Préambule

- I. Définition des principaux termes utilisés en matière de prix dans les marchés publics.
 - A. Prix et montants initiaux et de règlement.
 - B. Diverses formes de prix.
 - C. Définition des produits et services courants.
- II. Les méthodes de formation et d'appréciation des prix initiaux. La détermination du meilleur prix.
 - A. La formation des prix.
 - B. Les méthodes d'appréciation des prix.
- III. Le choix du type de prix et les modalités pratiques d'établissement des prix de règlement.
 - A. Le prix ferme.
 - 1. Les principes généraux.
 - 2. L'actualisation du prix ferme.
 - B. Le prix ajustable.
 - C. Le prix révisable.
 - D. Les précautions à prendre en matière de variation de prix.
 - 1. Les textes relatifs aux indexations de prix.
 - 2. Le choix et les modalités de lecture des indices, index ou autres références.
 - E. Le cas particulier des taux horaires.
 - F. La taxe sur la valeur ajoutée.
- IV. Dispositions transitoires concernant les marchés en cours d'exécution au 1er janvier 1987.

Annexe I. Texte en vigueur à la date de publication de la présente circulaire.

Annexe II. Texte intégral de l'article 79 modifié de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 relatif aux indexations.

Annexe III. Indices, prix et index publiés.

Préambule

La liberté des prix, rétablie à partir du 1er janvier 1987 par l'article 1er de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, permet le développement d'une économie de concurrence et de responsabilité.

Aussi bien, la responsabilité, l'initiative et l'esprit de concurrence doivent-ils revêtir une ampleur exemplaire dans les commandes publiques, en raison de leur impact important sur les divers secteurs de l'économie. En effet, les acheteurs publics ne peuvent plus vérifier la conformité des prix avec des textes issus d'une réglementation générale. Cette référence, si elle était nécessaire, n'était d'ailleurs pas suffisante pour obtenir le prix optimal. Il est donc indispensable que les acheteurs publics, pour la passation de leurs marchés, favorisent et stimulent le développement de la concurrence par un comportement actif. Le strict respect des règles du Code des marchés publics, qui conditionne la clarté, l'équité et la réalité de la concurrence, doit demeurer leur souci constant.

En matière de prix dans les commandes publiques, la circulaire du 12 janvier 1987 (JO du 17 janvier 1987, p. 619 et 620) a indiqué les principes qui s'appliquent dans le contexte économique nouveau. Mais la très grande variété des prestations commandées par le secteur public, aussi bien dans leur nature que dans leur durée d'exécution, et la diversité des situations dans lesquelles se trouvent les acheteurs publics conduisent à préciser les modalités de mise en œuvre de ces principes.

La présente circulaire a pour objet :

- d'une part, de rappeler les conditions d'application du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 relatif aux règles selon lesquelles les marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial peuvent tenir compte des variations des conditions économiques (JO du 25 novembre 1979, p. 2924 et 2925), qui seul reste en vigueur après l'abrogation de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 et des textes pris pour son application ;
- d'autre part, de donner les recommandations et conseils permettant aux acheteurs publics d'obtenir le meilleur prix contractuel et de contribuer ainsi efficacement à l'action permanente de lutte contre les tendances inflationnistes.

La liste des textes relatifs aux prix des marchés publics qui demeurent en vigueur à la date de publication de la présente circulaire figure en annexe I.

I. Définition des principaux termes utilisés en matière de prix dans les marchés publics

A. Prix et montants initiaux et de règlement

1. La notion de prix se rattache à la prestation exécutée : ouvrage–produit–service.

Le prix initial, ou prix de base, est celui qui est réputé établi aux conditions économiques de base définies dans le marché ; il figure dans le marché.

Le prix de règlement est celui qui découle du prix initial par application des règles contractuelles permettant de prendre en compte la variation des conditions économiques applicables à la prestation faisant l'objet du marché. Le prix de règlement comprend la taxe sur la valeur ajoutée ; il peut donc être affecté par un changement du taux ou de l'assiette de cette taxe entre la date d'établissement du prix initial et la date du fait générateur de l'impôt.

2. Lorsqu'il s'agit du marché, c'est la notion de montant qu'il convient d'utiliser.

Les marchés autres que ceux à commandes ou de clientèle comportent un montant initial qui correspond à l'évaluation de la dépense établie, aux conditions économiques initiales, à partir des prix toutes taxes comprises du marché.

Les marchés à commandes doivent fixer le montant minimum et le montant maximum, arrêtés en valeur ou en quantité, des prestations susceptibles d'être commandées pendant la durée de validité du marché.

Les marchés de clientèle ne fixent pas le montant des commandes qui seront passées.

Le montant de règlement comprend l'ensemble des sommes effectivement versées au titulaire du marché.

Le montant de règlement diffère du montant initial dès lors que les prix ont évolué au cours de l'exécution du marché, que les quantités livrées ont été différentes des quantités prévues, ou enfin que les paiements ont été modifiés par le jeu des primes, des indemnités, des réfections, des pénalités de retard ou des intérêts moratoires.

B. Diverses formes de prix

Sont données ci-après les principales définitions, dont le contenu est explicité au III de la présente circulaire.

1. L'article 78 du Code des marchés publics prévoit que les prix des prestations faisant l'objet du marché sont soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires, soit à la fois des prix forfaitaires et des prix unitaires.

Le prix forfaitaire ou global est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, indépendamment des quantités mises en œuvre pour leur réalisation. Pour que le prix soit considéré comme forfaitaire, il faut qu'il soit indiqué comme tel dans le marché.

Le prix unitaire et le prix à l'unité d'une prestation déterminée ; il se présente généralement comme un prix forfaitaire à l'unité, mais il peut aussi, dans des cas exceptionnels, n'être pas définitif et revêtir un caractère provisoire ou relever de la procédure des dépenses contrôlées.

La fixation d'un prix forfaitaire est recommandée pour toutes les prestations dont la consistance peut être bien définie au moment de la conclusion du marché.

2. L'article 79 du Code des marchés publics définit le prix ferme comme étant celui qui ne peut pas être modifié, en cours d'exécution du marché, à raison des variations des conditions économiques.

3. L'actualisation prévue par l'article 1er du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 a pour but de transposer un prix ferme initial en un nouveau prix ferme lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date ou le mois d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations.

4. Le prix ajustable défini par l'article 2 du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 conduit à calculer un prix de règlement à partir d'une référence définie par le marché et qui doit être représentative du prix de la prestation elle-même.

L'ajustement ne fait donc pas intervenir de calcul concernant les éléments du coût de revient de la prestation.

5. L'article 3 du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 précise qu'un marché est conclu à prix révisable lorsqu'il prévoit la modification du prix initial de la prestation par l'application d'une formule paramétrique représentant conventionnellement la structure du coût de cette prestation.

6. L'article 80 du Code des marchés publics prévoit la possibilité, dans des cas exceptionnels, de traiter à prix provisoire, c'est-à-dire de prendre un engagement de dépense permettant de commencer l'exécution de la prestation et de la payer en attendant la fixation du prix définitif.

7. L'article 82 du Code des marchés publics prévoit les prestations exécutées en régie ou rémunérées sur la base des dépenses contrôlées ; dans de tels cas, généralement le marché ne contient pas de prix, mais les modalités de calcul du prix de règlement à partir des pièces justificatives fournies par le titulaire.

Cependant, lorsque le marché prévoit que des taux horaires serviront de base de facturation à des heures de main-d'œuvre directe dont le nombre fera l'objet d'un contrôle, ces taux horaires sont assimilables à des prix unitaires.

8. Pour des marchés à tranches ou à commandes d'une durée importante, certains services utilisent la « mise à jour » pour redéfinir des prix initiaux soit de façon périodique, soit au fur et à mesure de l'émission des ordres de service affermissant les tranches successives du marché ou des bons de commande. Ces prix mis à jour ont eux-mêmes le caractère de prix fermes ou de prix révisables.

Cette méthode est notamment utilisée dans les marchés à tranches ou à commandes concernant soit des travaux de bâtiment ou de génie civil (immeubles à usage de bureaux ou de logements, centrales nucléaire s...), soit des fournitures industrielles à caractère répétitif. Elle est également utilisée pour des marchés de prestations de services s'exécutant sur une longue période (nettoyage de locaux, gardiennage de locaux, maintenance de matériels et d'équipements technique s...).

Sauf cas exceptionnels, elle ne peut pas être appliquée dans des marchés à commandes ou de clientèle portant sur des produits courants pour lesquels la solution pure et simple du prix ajustable ou, éventuellement, du prix révisable doit être retenue.

Le prix initial est généralement mis à jour, pour chaque tranche ou commande, à la date d'effet de l'ordre de service portant, commencement d'exécution de la tranche ou de la commande au moyen d'une formule paramétrique dans les conditions prévues par le marché. La mise à jour peut aussi être effectuée, pour certaines prestations de services, par référence aux barèmes pratiqués par les fournisseurs vis-à-vis de l'ensemble de leur clientèle.

Une formule paramétrique de mise à jour qui ne comporterait pas un terme fixe et/ou un abattement de productivité doit être proscrite. Il appartient aux acheteurs de déterminer en fonction des caractéristiques du marché (durée, nature de la prestation, techniques de production mises en œuvre...) le taux de ce terme fixe et/ou de cet abattement de productivité.

Dans le cas d'un marché passé à prix révisable, le prix mis à jour est ensuite, pendant la durée d'exécution de la tranche ou de la commande, révisé selon la formule contractuelle fixée par le marché.

Les conditions de la mise à jour doivent être définies dans les documents de consultation des entreprises, notamment lorsque la procédure de l'appel d'offres est utilisée.

C. Définition des produits et services courants

Le décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 utilise les expressions « produit ou service courant », « produits et services autres que courants », d'une part, pour traiter du cas du prix ajustable, d'autre part, pour imposer la règle d'actualisation du prix ferme.

Pour l'application de ces dispositions, sont réputés être des produits et services courants ceux pour lesquels les acheteurs n'imposent pas de spécifications techniques qui leur soient propres.

II. Les méthodes de formation et d'appréciation des prix initiaux la détermination du meilleur prix

A. La formation des prix

1. En application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, les prix initiaux des biens, produits et services faisant l'objet de marchés publics sont librement déterminés par le jeu de la concurrence, sous réserve des exceptions prévues à l'article 61 de cette ordonnance, qui font l'objet de l'annexe I du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986. Ces exceptions, pour celles qui concernent les marchés publics, sont énumérées dans le paragraphe B-I de l'annexe I de la présente circulaire.

2. La concurrence est la règle pour la formation de ces prix. Elle s'exerce, pour les marchés, dans le cadre des procédures fixées par le Code des marchés publics : l'adjudication, l'appel d'offres, la négociation avec plusieurs entreprises.

Elle doit également être respectée pour les commandes qui sont passées sans conclusion de marché (travaux sur mémoires et achats sur factures).

Elle suppose un comportement actif des acheteurs, visant à la stimuler et implique un effort constant de lutte contre les divers obstacles qui peuvent s'opposer à son jeu :

2.1. Obstacles provenant du comportement ou des pratiques des services acheteurs :

- recours insuffisant à l'appel d'offres ouvert, lorsque cette procédure est possible et souhaitable ;
- renouvellement insuffisant des entreprises consultées en cas d'appel d'offres restreint et de mise en compétition pour les marchés négociés ;
- limitation à un nombre trop réduit des candidats admis à soumissionner ou à présenter une offre dans les procédures restreintes ;
- spécifications techniques trop précises, inutilement complexes, ou d'une rigueur excessive ;
- procédures d'agrément ou d'homologation préalable lorsqu'elles sont trop onéreuses pour les entreprises, ou d'une durée trop longue ;
- exigences excessives en matière de garantie ou d'entretien ;
- marchés d'une durée dont la longueur ne serait pas justifiée par un intérêt économique ou une nécessité technique particuliers, et qui conduisent à restreindre le jeu de la concurrence dans le temps ;
- à l'inverse, et pour les mêmes raisons, marchés comportant une durée d'exécution ou des délais de livraison trop courts ;
- proposition de commandes d'un montant trop important, sans allotissement, ce qui écarte l'entrée en compétition des petites et moyennes entreprises ;
- incitation des entreprises à présenter des offres « carte de visite ».

2.2. Obstacles provenant du comportement des entreprises elles-mêmes, et pouvant aller jusqu'à des ententes illicites, qu'il convient de déjouer, ou, lorsqu'elles sont décelées, de signaler soit au Conseil de la concurrence, soit aux services de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes.

Il est précisé que sont considérées comme répréhensibles, au regard du droit de la concurrence, les concertations qui ont pour objet de désigner le futur titulaire d'un marché et de faire en sorte que l'entreprise désignée à l'avance apparaisse, après l'ouverture des plis, comme la moins-disante. Sont également jugées anticoncurrentielles les pratiques consistant pour les entreprises à se communiquer préalablement les conditions qu'elles comptent offrir et à obtenir que certaines d'entre elles fassent des offres volontairement non compétitives ayant le caractère d'offres de couverture.

3. La négociation sans mise en jeu de la concurrence doit être l'exception, dans le cas limitativement énumérés par le Code des marchés publics ; elle doit être une véritable négociation, et non un simple accord conclu « de gré à gré » sans base objective.

B. Les méthodes d'appréciation des prix

Pour toute commande envisagée, un acheteur public doit formuler un jugement sur la convenance des prix proposés par les concurrents.

En tout état de cause, pour tout projet de marché, l'acheteur est tenu de relater de façon explicite, dans le rapport de présentation prévu par le Code des marchés publics, les actions conduites en vue d'obtenir les conditions les plus avantageuses.

1. La convenance du prix,

pour une prestation déterminée, ne peut pas s'apprécier au stade du seul prix initial proposé par les concurrents car ce dernier est indissociable des conditions dans lesquelles il tiendra compte ou non des variations des conditions économiques au cours de l'exécution de la prestation et, également, des modalités retenues pour son règlement. En effet, ainsi qu'il est exposé au III de la présente circulaire, la forme du prix, ferme, ajustable ou révisable, ainsi que, dans ces deux derniers cas, la structure de la formule paramétrique et le choix des indices, index ou références utilisés pour permettre la détermination du prix de règlement du marché sont autant d'éléments qui influent directement sur ce prix. De même, les modalités de règlement des marchés (montant et calendrier des avances et des acomptes) ainsi que les délais de règlement des sommes dues aux entreprises constituent un facteur important dont il doit être tenu compte pour l'appréciation de la convenance des prix obtenus.

2. La notion de coût global (d'acquisition et d'utilisation).

Dans de nombreuses circonstances, le prix d'acquisition d'une prestation ne constitue pas un critère suffisant d'appréciation du prix.

En particulier, lorsqu'il s'agit d'un ouvrage, d'un équipement ou d'un matériel, des frais d'utilisation viendront s'ajouter au prix initial pendant leur durée de vie : entretien, pièces de rechange, consommation d'énergie, etc.

En outre, cette durée de vie dépend de qualités telles que la résistance à l'usure ou aux agents extérieurs, etc.

La détermination du meilleur prix conduit alors à une évaluation du coût global, ce qui nécessite des hypothèses sur la durée de vie et les dépenses citées ci-dessus. Cette évaluation est plus facile lorsque le service peut procéder à des essais comparatifs préalables à la décision de choix, lorsqu'il a pu obtenir des informations auprès d'autres acheteurs ayant acquis de l'expérience pour une prestation identique, ou lorsqu'il peut, dans le choix des produits, s'appuyer sur un certificat de qualification ou une marque (cf. circulaire interministérielle du 4 juillet 1986 sur les normes et les spécifications techniques dans les marchés publics).

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. Tel est notamment le cas lorsque les entreprises souscrivent, en début ou en cours de programme, des engagements sur le prix des commandes futures.

3. En ce qui concerne l'appréciation d'un prix initial, il existe deux méthodes, qui d'ailleurs peuvent parfois se compléter : l'analyse de prix, l'analyse de coût.

3.1. L'analyse de prix.

Lorsque l'acheteur a utilisé une procédure de mise en jeu de la concurrence, l'analyse de prix a pour but de vérifier l'efficacité de cette procédure.

Lorsqu'une telle procédure n'est pas appliquée, l'analyse de prix permet à l'acheteur de se fixer un objectif en vue d'entamer la négociation.

Une analyse de prix repose nécessairement sur une comparaison avec des éléments connus, ce qui entraîne la recherche et le choix de références.

3.1.1. Le cas le plus simple est celui de la comparaison avec des prix obtenus récemment par d'autres acheteurs pour une prestation identique.

Les informations nécessaires peuvent être recueillies, soit par des contacts directs entre services d'achat, soit par consultation des administrations spécialisées, et en particulier des services de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes ; des renseignements sur les prix

pratiqués à l'étranger, notamment dans les pays membres de la Communauté économique européenne, peuvent, dans quelques cas, être fort utiles.

La comparaison ne peut pas toujours aboutir à des conclusions immédiates.

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'essais ou de contrôle à réception, les modifications et les changements de technologie mise 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 alors subir les corrections consécutives à la prise en compte de l'incidence de ces différents facteurs.

Enfin, lorsque les marchés, comme c'est le cas pour certains produits courants, comportent des remises à appliquer à des prix de référence, par exemple des mercuriales ou des barèmes de prix pratiqués par les fournisseurs vis-à-vis de l'ensemble de leur clientèle, la méthode de comparaison s'applique au niveau des prix nets ou des remises obtenus.

3.1.2. Pour un produit courant et, plus rarement, pour un service courant la comparaison peut souvent être faite avec des prix antérieurs.

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, et lorsque les facteurs visés à l'alinéa précédent sont homogènes.

Elle doit se faire, lorsque cela est possible, en utilisant un indice publié par l'INSEE et concernant la prestation en cause.

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) n'est pas 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 des 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 non 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.

3.1.3. Lorsqu'un service procède à des commandes successives de produits, matériels ou équipements autres que courants, il est conduit à pratiquer une analyse de prix pour laquelle la méthode précédente n'est pas applicable, faute d'indices propres à ces prestations.

La méthode consiste 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'entreprise ou qui résulte, pour un produit déterminé, d'une amélioration de la technologie ou d'une modification du cycle de fabrication (par exemple, remplacement d'un outillage ancien par un outillage plus performant).

Il est donc nécessaire de corriger le calcul en appliquant au résultat un abattement modérateur. Le taux de cet abattement dépend de nombreux facteurs qui sont en particulier :

- les progrès de la technologie utilisée ;
- les réductions de temps de travail, de déchets et de rebuts ;
- les modalités de recours à la sous-traitance ;
- l'importance des séries commandées ;
- la continuité des fabrications.

Le choix d'un taux d'abattement nécessite, de la part de l'acheteur, une connaissance approfondie des conditions de fabrication de la prestation et de l'évolution, dans le temps, des facteurs susvisés.

Ce calcul s'impose tout particulièrement lorsque l'acheteur se trouve dans le cas d'un fournisseur unique avec lequel il est donc conduit à négocier les prix successifs ; il est plus facile lorsqu'une enquête récente a été faite pour déterminer le coût de revient de la prestation. Les résultats obtenus

doivent en effet permettre d'extrapoler les constatations faites sur les progrès de productivité ; c'est là un élément important de la négociation.

Il a souvent été constaté qu'une amélioration de la productivité, jugée improbable par les industriels en première analyse, a finalement pu être obtenue du fait même de la prise en compte d'un abatement de productivité dans le prix de la prestation.

3.1.4. Les mêmes principes sont valables dans le cas de travaux publics ou de bâtiment à caractère répétitif, qui cependant ne donnent généralement pas lieu à négociation ni à enquête de coût de revient.

Dans ce domaine, les progrès de productivité proviennent essentiellement des procédés techniques utilisés sur les chantiers.

Aussi bien, la détermination du taux d'abattement à appliquer au calcul fait, au moyen d'un index TP ou BT ou d'une formule paramétrique, en vue de fixer un objectif de prix nécessite-t-elle que l'acheteur ait une bonne connaissance de l'évolution des moyens mis en œuvre par les entreprises ainsi que des progrès de productivité qu'ils induisent.

3.1.5. Lorsqu'un acheteur, après avoir utilisé les différentes méthodes d'analyse de prix décrites ci-dessus, constate que les prix obtenus lors d'un appel à la concurrence sont plus élevés que ceux auxquels il s'attendait, il doit tirer de cette situation les conséquences qui s'imposent. Il peut notamment :

- demander aux entreprises des justifications, par exemple au moyen de devis ou de sous-détails de prix ;
- déclarer l'appel d'offres infructueux et relancer une nouvelle consultation, par exemple en élargissant le champ de la concurrence ;
- s'il a l'impression que ces prix élevés résultent d'une concertation, saisir les autorités compétentes : section des prix de la Commission centrale des marchés, services de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, Conseil de la concurrence.

3.2. L'analyse de coût.

Cette analyse consiste à décomposer un prix en :

- d'une part, les éléments du coût de la prestation en cause ;
- d'autre part, la marge.

Les règles à suivre sont indiquées par :

- la directive du Premier ministre du 10 octobre 1969 pour la mise en œuvre d'une méthode rationnelle de négociation des prix et des marges dans les marchés publics, ainsi que le guide qui lui est annexé ;
- la circulaire du ministre de l'Économie et des Finances du 26 juillet 1971 relative à la pratique des analyses de coût dans les marchés publics.

4. Les prix anormalement bas ou aberrants :

4.1. Dans le cas d'un prix résultant d'une négociation avec un fournisseur unique, il peut arriver, avant la conclusion du marché, que ce prix se révèle finalement trop bas, à cause d'une erreur commise au stade de la prévision. L'acheteur doit exiger du fournisseur les justifications les plus complètes. Si celles-ci établissent de manière incontestable le caractère anormal du prix, l'acheteur et le fournisseur peuvent prendre d'un commun accord les mesures propres à remédier à cette situation qui, en tout état de cause, doit être exceptionnelle.

4.2. Lorsque l'acheteur a recouru à une procédure de mise en jeu de la concurrence, il peut constater, après l'ouverture des plis, qu'une offre est globalement anormalement basse ou que certains des prix qu'elle contient sont anormaux. Une telle offre peut recouvrir les trois situations suivantes :

- soit il s'agit d'une offre anormale du fait d'erreurs commises dans le calcul des prix ;
- soit il s'agit d'une offre globalement satisfaisante, au plan des prix, mais qui comporte des prix unitaires aberrants ;
- soit il s'agit d'une offre jugée anormalement basse au regard d'autres offres présentées pour une prestation similaire.

Sauf dans le cas, devenu exceptionnel, de l'adjudication où l'automatisme du choix du moins-disant exclut que la notion de prix anormalement bas puisse jouer, diverses solutions peuvent être adoptées par l'acheteur.

4.2.1. Les offres comportant des erreurs ou des prix aberrants.

Si l'offre anormale ou le prix unitaire aberrant est le fait d'une erreur évidente commise par le concurrent le mieux-disant dans l'établissement de son offre, deux possibilités se présentent :

- a. Le concurrent rectifie l'erreur mais maintient son offre globale initiale ; il s'agit en l'occurrence d'une simple mise au point de l'offre et l'acheteur n'a aucune raison d'écarter d'office la proposition.
- b. Le concurrent rectifie l'erreur mais ne maintient pas l'offre globale initiale : l'acheteur doit écarter d'office la proposition car les règles de la consultation sont remises en cause ou le jeu de la concurrence faussé par la rectification de l'offre initiale. En effet, dans la mesure où les concurrents ont été clairement informés de l'objet du marché, le montant de l'offre est l'expression fondamentale du jeu de la concurrence.

Le seul cas où l'acheteur pourrait ne pas écarter d'office l'offre rectifiée par le concurrent est celui où, cette offre restant la mieux-disante, aucun élément ne permet à l'acheteur de douter du caractère involontaire de l'erreur évidente commise par le concurrent.

Dans tous les autres cas, accepter la remise en cause du montant d'une offre initiale pourrait conduire les concurrents à ne pas étudier sérieusement leur offre, ou même, dans certains cas, les inciter à commettre des erreurs à l'intérieur de celle-ci pour se réserver, suivant les résultats de la consultation, la possibilité de tenter de la remettre en cause.

4.2.2. Les offres anormalement basses.

Les offres anormalement basses peuvent avoir, l'expérience l'a montré, des conséquences néfastes, soit au stade de l'exécution de la prestation, soit par l'élimination parfois irréversible des entreprises qui ne se livrent pas à cette pratique ; dans ce dernier cas, l'acheteur risque de se trouver en face d'un fournisseur devenu unique et qui ne manquerait pas de se dédommager, lors des commandes ultérieures, de son sacrifice initial.

L'acheteur peut être tenté de retenir une proposition apparemment avantageuse. Cependant, pour les motifs indiqués ci-dessus, il lui appartient d'étudier attentivement cette proposition et de demander des explications à son auteur.

Il peut alors constater que le niveau du prix s'explique par l'originalité du procédé ou par la solution technique envisagée, ou encore par des conditions particulièrement favorables d'exécution de la prestation (amélioration de la productivité au niveau des approvisionnements, des équipements, de l'organisation du travail ou de la gestion). Le niveau du prix n'est alors pas anormale, et il n'y a aucune raison, pour l'acheteur, d'écarter cette offre.

Ce n'est que dans le cas où les explications fournies par le concurrent révèlent un comportement particulièrement critiquable que sa proposition peut être écartée ; cette solution, qui met en cause le jeu de la concurrence, ne doit être adoptée qu'après un examen approfondi du dossier.

Il convient, en effet, de rappeler que le prix n'est qu'un des éléments de l'offre et que l'acheteur est libre de choisir l'offre qu'il juge la plus intéressante en tenant compte, outre du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des concurrents et du délai d'exécution ou de toute autre considération dans la mesure où celle-ci est clairement spécifiée dans l'avis d'appel d'offres et qu'elle ne contredit pas le principe d'égalité de traitement de tous les candidats aux marchés publics.

III. Le choix du type de prix et les modalités pratiques d'établissement des prix de règlement

Ainsi qu'il a été rappelé au II-A-1 ci-dessus, les prix initiaux des commandes publiques se forment librement, sous réserve des quelques exceptions citées en annexe I.

Il n'en est pas toujours de même pour les prix de règlement qui peuvent être soumis aux règles issues du Code des marchés publics, et notamment au décret n° 79-992 du 23 novembre 1979. Les modalités de mise en œuvre des dispositions de ce texte doivent être précisées dans les clauses contractuelles.

Le prix de règlement étant un des éléments essentiels de l'acte d'achat, il est important que l'Administration le définisse dès le stade de la consultation.

Par ailleurs, le choix d'une forme de prix de règlement peut avoir, sur l'ampleur de la concurrence, un effet incitatif ou, au contraire, dissuasif ; cela dépend du type de la prestation à commander, de sa durée d'exécution comptée à partir du moment où les candidats sont censés établir leurs propositions, et de l'évolution possible de la conjoncture, pour cette prestation et pendant cette durée.

Ce choix nécessite généralement, de la part de l'acheteur, un effort de réflexion et de recherche d'informations concernant la prestation envisagée. Il ne doit donc pas être immuable ; si la solution adoptée pour une précédente commande s'est révélée peu judicieuse, il convient d'en choisir une autre jugée mieux adaptée aux intérêts des cocontractants.

A. Le prix ferme

1. Les principes généraux.

L'article premier du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 précise que le prix ferme doit être adopté lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à faire encourir des aléas majeurs au titulaire et à l'Administration contractante à raison de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques de la prestation considérée pendant la période d'exécution des prestations.

Lorsqu'il est possible de fixer le prix d'une prestation au moment de la conclusion du marché, la solution du prix ferme présente de nombreux avantages.

Il incite davantage le fournisseur à maîtriser ses éléments de coût ; c'est donc une solution qui répond aux impératifs d'une économie de concurrence et de responsabilité.

Pour l'acheteur, cette solution simplifie dans certains cas la comparaison des offres et dans tous les cas la rédaction des pièces contractuelles ainsi que les opérations de liquidation.

Conformément aux orientations fixées dans la circulaire du 12 janvier 1987, la décélération de l'inflation déjà constatée, mais qui demeure un objectif prioritaire, doit inciter les acheteurs à recourir aussi largement que possible aux prix fermes ou fermes actualisables pour des produits et services autres que courants ou pour des travaux pour les marchés d'une durée égale ou inférieure à douze mois. En effet, dans le contexte économique actuel, une telle durée n'est pas de nature à faire encourir les aléas majeurs aux titulaires des marchés et à l'Administration contractante à raison de l'évolution des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Un acheteur doit donc utiliser le prix ferme chaque fois que cela est jugé « raisonnable ». A cet égard, la durée d'exécution des prestations n'est pas le seul élément dont il faille tenir compte. La nature de la prestation elle-même est également à prendre en considération.

C'est ainsi, en particulier, que le prix ferme est déconseillé quand le marché met en œuvre des produits et matières dont les cours évoluent, même sur de courtes périodes, de façon erratique. Par exemple, aussi longtemps que le marché du pétrole connaîtra des mouvements de prix brusques et imprévisibles, le prix ferme ne pourra pas être retenu dans les marchés portant sur des produits pétroliers ou leurs dérivés, ou dans lesquels les mêmes produits interviennent pour une part non négligeable dans le coût de la prestation. Dans ces hypothèses, il est préférable de retenir la solution du prix ajustable ou, le cas échéant, du prix révisable.

Il est rappelé que, lorsqu'un prix ferme est utilisé, les candidats, peuvent être tentés de se couvrir de façon excessive contre les aléas d'ordre économique ; il appartient aux services, au moment du jugement des offres, de s'assurer que les prix proposés restent dans des limites acceptables.

2. L'actualisation du prix ferme.

L'article premier du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 impose l'introduction d'une clause d'actualisation du prix ferme lorsqu'il s'agit de marchés de travaux ou de fourniture de produits et

services autres que courants, au sens défini ci-dessus en I.C. Si cette clause a été omise dans le marché, elle doit y être introduite par voie d'avenant, à l'initiative de l'une des deux parties.

Pour les produits et services courants, l'actualisation est facultative ; elle correspond au cas où la livraison ou l'exécution de la prestation est, ou risque d'être, notablement éloignée du moment où le titulaire est censé avoir établi sa proposition de prix ferme ; elle ne saurait être prévue que si le calcul du prix actualisé est possible.

L'actualisation ne peut être prévue qu'une seule fois dans le cadre d'un marché.

Le marché doit :

- préciser le prix initial ;

- indiquer la date, ou le mois, auquel ce dernier est réputé avoir été établi ;

- prévoir que le prix initial sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date ou le mois d'établissement du prix initial et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations ;

- prévoir que le calcul du prix de règlement se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations.

Pour l'application de cette disposition, la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution de la prestation est généralement celle de la réception, par le titulaire, de la notification du marché ; toutefois pour les marchés de travaux de bâtiment et en particulier pour ceux qui concernent certains lots de gros œuvre (charpente, couverture, étanchéité...) et de nombreux lots de second œuvre, cette date est celle qui est fixée par le calendrier d'exécution ou par l'ordre de service pour l'intervention de l'entreprise sur le chantier ;

- fixer les modalités de l'actualisation, qui peuvent prendre l'une des formes suivantes :

- a. Référence à un index, sans qu'il soit nécessaire de l'assortir d'un terme fixe, pour les marchés de travaux ou de missions de maîtrise d'œuvre ;

- b. Calcul au moyen d'une formule paramétrique pour des marchés de produits et services autres que courants ; si le calcul est effectuée en supprimant le terme fixe de la formule habituellement utilisée pour la révision, ce terme fixe doit être réparti sur les paramètres de la formule, au prorata de leurs poids ;

- c. Référence à des barèmes ou des mercuriales, s'il s'agit de marchés de produits ou services courants ; encore faut-il que cette référence soit représentative du produit ou de la prestation de service et que le calcul soit possible.

B. Le prix ajustable

Cette solution peut être plus judicieuse que celle du prix ferme pour des fournitures courantes :

- dont les prix sont susceptibles de varier de façon importante et imprévisible pendant la durée d'exécution du marché : tel est le cas des produits pétroliers et des matières premières importées, ou des articles fabriqués à partir de ces produits et matières ;

- dont les prix connaissent des variations saisonnières notables, en hausse comme en baisse ; il en est ainsi pour la plupart des denrées alimentaires fraîches ;

- dont les prix sont susceptibles de baisser pendant la durée d'exécution du marché ;

- ou encore qui font l'objet de livraisons échelonnées sur une assez longue durée, ce qui est le cas pour de nombreux matériels, des papiers, des véhicules, des denrées alimentaires autres que périssables, etc.

Elle peut également être adoptée pour certaines prestations de services courants, à condition que la référence choisie pour l'ajustement soit significative.

Le recours à cette forme de prix de règlement implique que le marché précise la référence qui sera utilisée pour ajuster le prix initial, ainsi que, le cas échéant, le rabais ou le coefficient qui sera appliqué à cette référence. Dans ce cas, il est recommandé d'exprimer en prix net le prix initial du marché.

La référence d'ajustement, dont le choix doit tenir compte de la nature de la prestation objet du marché, doit être, de préférence, indépendante de la volonté du titulaire. C'est le cas, par exemple, des mercuriales pour les produits alimentaires frais, congelés ou surgelés, des prix ou des indices publiés au bulletin mensuel de statistique édité par l'INSEE.

Lorsqu'il n'est pas possible de trouver une référence d'ajustement indépendante de la volonté du titulaire, la seule solution consiste alors à rattacher le prix de la prestation au barème du titulaire applicable à l'ensemble de sa clientèle.

Pour déterminer le prix de règlement, plusieurs cas sont à distinguer :

1. Le marché fait référence à des mercuriales.

Le calcul des prix de règlement, qui résultent généralement de l'application de rabais à ces mercuriales, ne soulève pas de difficultés. Il suffit que le titulaire produise, au soutien de ses demandes de paiement, des exemplaires ou des photocopies de documents dans lesquels sont publiés les mercuriales en vigueur aux dates prévues par le marché.

2. Le prix initial est ajusté par référence à un prix ou à un indice publié par l'INSEE.

Le marché doit alors prévoir :

- le prix ou l'indice INSEE auquel le prix initial est rattaché ;
- la périodicité de l'ajustement ;
- le mois à retenir pour la lecture du prix ou de l'indice INSEE servant à calculer le prix ajusté.

Dans une telle méthode d'ajustement, le prix ou l'indice INSEE choisi comme référence doit être aussi représentatif que possible de la prestation considérée. Il est rappelé que les indices généraux de prix et de salaires ne doivent, en aucun cas, être utilisés pour ajuster des prix, en vertu de l'article 79 modifié de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958, relatif aux indexations, dont les conditions d'application sont précisées au D-1 ci-après.

Dans ce type d'ajustement, le calcul du prix de règlement et les justifications à fournir ne posent pas de problème.

3. Le prix de la prestation est rattaché au barème que le titulaire pratique vis-à-vis de l'ensemble de sa clientèle, au moyen d'un rabais ou d'un coefficient contractuel.

Cette méthode nécessite les éclaircissements suivants :

3.1. Un acheteur ne peut prévoir un ajustement par référence à un barème établi par un industriel, un grossiste ou un importateur que dans la mesure où il est certain que ce barème est vraiment établi.

Lorsqu'un tel barème est diffusé à l'ensemble du réseau de revendeurs, il est généralement numéroté et porte une date d'entrée en vigueur.

D'autre part, un barème comporte rarement un seul prix unitaire par article ; le plus souvent, des prix différents sont prévus par tranches de commandes ou de livraisons.

Lorsqu'un acheteur public fait référence à un barème, il convient donc que les concurrents précisent, dans leurs actes d'engagement, la colonne ou la position à utiliser.

3.2. Les conditions de vente annexées au barème (prix wagon départ, emballage consigné, etc.) ne sont applicables que si le marché le prévoit clairement ; quant aux conditions de paiement, elles ne sont acceptables que si elles sont compatibles avec la réglementation applicables aux marchés publics.

3.3. Lorsqu'un marché prévoit un ajustement par référence au barème que le titulaire applique à l'ensemble de sa clientèle, la comparaison doit porter, au moment du jugement des offres, sur les prix nets, c'est-à-dire les prix des barèmes des concurrents en vigueur au moment de l'établissement des offres, diminués du rabais proposé.

3.4. En général, un tel marché prévoit des commandes successives et il est stipulé que le prix de règlement résultera de l'application du rabais contractuel au prix du barème en vigueur au moment, soit de la commande, soit de la livraison.

Or, ces barèmes successifs sont établis librement par le titulaire, de telle sorte que les futurs prix nets résultant de l'ajustement risquent de se trouver supérieurs à ceux qu'auraient pratiqués les concurrents évincés ; en outre, l'acheteur, surtout lorsqu'il s'est engagé sur des quantités certaines ou des quantités minimales, peut éprouver quelque inquiétude dans la perspective de prix qui seront déterminés de façon unilatérale.

Ce cas nécessite donc de précautions contractuelles.

- Clause de butoir :

Il est d'abord possible de prévoir dans le marché que l'évolution du prix de la prestation, telle qu'elle résultera du barème du titulaire, sera limitée par la référence à un indice statistique relatif à des prestations d'une nature analogue ou, à défaut, par le jeu d'une formule paramétrique : le prix de règlement sera alors le plus faible des deux prix résultant respectivement de l'application du barème, et de celle du terme de comparaison retenu.

Le choix de la référence ou de la formule paramétrique utilisée doit être fait par l'acheteur avec un soin tout particulier. Elles doivent notamment être tout à fait représentatives de la prestation concernée pour éviter qu'elles ne traduisent des évolutions divergentes non conformes à la réalité du marché et dont la prise en compte pour le calcul du prix de règlement serait dès lors injustifiée.

La clause de butoir offre l'avantage de permettre la poursuite de l'exécution du contrat et d'éviter toute contestation. Elle est particulièrement indiquée lorsque la prestation commandée n'entre pas dans un large champ de vente auprès de la clientèle privée.

- b. Clauses de sauvegarde :

Il se peut cependant que l'acheteur estime que la hausse des prix, même limitée par le butoir défini ci-dessus, risque de l'entraîner au-delà de ses possibilités budgétaires. Il aura alors intérêt à prévoir une clause de sauvegarde lui donnant la possibilité contractuelle de résilier sans indemnité la partie non exécutée des prestations dès que le nouveau prix dépassera d'un pourcentage à fixer dans le marché le prix résultant des conditions initiales. Une telle disposition ne constitue pas une dérogation, mais un additif à celles qui sont prévues dans le cahier des clauses administratives générales au titre de la résiliation du fait de l'administration.

Il peut arriver également que pendant la durée d'exécution du marché le barème pratiqué par le titulaire ne soit plus compétitif avec des entreprises concurrentes. L'acheteur peut pallier cette difficulté par l'introduction dans le marché d'une clause de sauvegarde prévoyant que le titulaire s'engage à lui notifier son nouveau barème avec un mois de préavis, l'acheteur se réservant le droit de le rejeter et de résilier sans indemnité la partie non exécutée des prestations.

3.5. Pour permettre le calcul du prix de règlement, le marché doit prévoir que, si le barème a évolué par rapport à celui qui a été produit lors de la mise en jeu de la concurrence, le titulaire en fournira un extrait certifié conforme, pour les articles faisant l'objet du contrat ; cette obligation s'applique évidemment lorsque le barème évolue entre deux facturations.

4. Le marché est conclu avec un importateur pour un produit qui ne figure pas à son catalogue.

Dans ce cas, comme le prévoit la circulaire du ministre de l'Économie et des Finances du 27 juin 1972, il est possible de prévoir un ajustement par une clause de change lorsque la fluctuation de la monnaie du pays d'origine par rapport au franc français semble devoir être importante.

C. Le prix révisable

1. Il est possible de recourir à cette forme de prix de règlement, dans la mesure où la solution du prix ferme est jugée inapplicable, pour des marchés :

- de produits industriels faisant l'objet de spécifications techniques particulières fixées par l'acheteur ;
- de génie civil ou de bâtiment ;
- de prestations de services non courants, par exemple les études, y compris les missions de maîtrise d'œuvre.

La révision peut ne pas porter sur la totalité du prix mais ne concerner que la partie de celui-ci qui est présumée comporter des aléas particulièrement importants, le reste étant rassemblé dans le terme fixe, majoré en conséquence, de la formule paramétrique de révision.

2. Une formule de révision n'est pas un instrument de manipulation du prix de règlement ; elle a pour seul but de prendre en compte de façon forfaitaire, en hausse comme en baisse, l'évolution des conditions économiques.

Dans une telle optique de neutralité, il n'y a pas lieu de se demander si une formule est plus « sévère » ou plus « avantageuse », pour l'un ou l'autre des cocontractants, qu'une autre, ce qui suppose des hypothèses arbitraires sur l'évolution des coûts.

3. La révision d'un prix au moyen d'une formule paramétrique ne fait intervenir, d'une façon d'ailleurs simplifiée, la variation du coût des éléments de la prestation concernée (salaires, matériaux, matières premières, produits fabriqués, sous-ensembles, énergie, produits et services divers) que par le truchement d'indices dont l'évolution ne dépend pas de la volonté du titulaire du marché.

Une telle formule ne tient aucun compte des facteurs internes propres à l'entreprise : évolution de la productivité, améliorations ou innovations techniques, politique de sous-traitance.

Or ces facteurs tendent le plus souvent à réduire les temps de main-d'œuvre directe, à modifier la nature, ou à réduire la quantité et le coût des approvisionnements, ainsi que les charges fixes imputables à l'unité de prestation.

Les formules de révision doivent en conséquence être utilisées avec d'autant plus de circonspection que la durée d'exécution de la prestation est plus longue. La même remarque s'applique aux index (travaux publics, bâtiment, ingénierie) dont les valeurs mensuelles sont calculées au moyen de formules paramétriques.

4. Ces inconvénients sont atténués lorsque les concurrents les plus dynamiques ont tenu compte, dans l'établissement du prix initial, des réductions de coûts escomptées dans leur entreprise ; cela peut même constituer l'une des raisons qui ont conduit à attribuer le marché au titulaire.

Ce comportement est sain en lui-même puisqu'il fait bénéficier l'acheteur de la réduction future des coûts d'exécution.

5. Lorsque, au stade de la préparation d'un marché faisant l'objet d'une mise en concurrence, un acheteur se rend compte qu'il sera nécessaire de prévoir une révision du prix initial, la structure de la formule ainsi que ses conditions de mise en œuvre doivent être définies dans les pièces de la consultation, dans un double but :

- pour éviter que les concurrents ne soient tentés de proposer des formules dont la structure correspondrait à des spéculations sur les variations éventuelles des coûts ;

- pour que l'acheteur lui-même ne soit pas obligé de tenir compte de ce facteur dans le jugement des offres, qui est déjà une certaine complexité lorsqu'il fait intervenir les prix, la valeur technique et les délais d'exécution. Cette question ne se pose généralement pas pour les marchés de travaux prévoyant la révision au moyen d'un index. Ces règles ne sont évidemment pas applicables dans le cas de concours ou d'appel d'offres avec variantes larges : dans ces hypothèses, les candidats doivent établir des formules représentatives de la structure réelle du coût de la prestation. Il est toutefois recommandé de prévoir dans les pièces de la consultation les conditions de mise en œuvre de ces formules.

6. A défaut de pouvoir, pour des raisons évidentes de simplification dans le calcul du prix de règlement, introduire dans une formule de révision l'ensemble des paramètres correspondant à chacun des éléments du coût de la prestation, les acheteurs doivent porter un soin tout particulier tant au choix de ces paramètres et au calcul des coefficients qui s'y rapportent qu'à la détermination des dates de lecture finale des indices ou index qui sont utilisés.

Les paramètres pris en compte dans la formule doivent être à la fois suffisamment représentatifs des facteurs de coût pour les entreprises et aussi indépendants que possible des actions de ces dernières. En dehors du terme fixe, dont la valeur minimale est fixée par l'article 3 du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 précité, les coefficients qui affectent ces différents paramètres doivent représenter le plus exactement possible les divers éléments du coût total qui sont considérés comme variant proportionnellement à ces paramètres.

Lorsqu'une prestation fait intervenir un facteur de coût (du cuivre par exemple) soumis à des variations erratiques de grande amplitude qui peuvent modifier rapidement et de façon significative la structure de coût de la prestation, il est recommandé de déterminer le coefficient applicable au paramètre représentant ce facteur de coût en prenant comme base de calcul une valeur moyenne dudit facteur calculée sur plusieurs mois.

Quant aux dates de lecture finale des indices ou index, il est indispensable que celles-ci soient cohérentes avec le cycle de production de la prestation. C'est ainsi, notamment, que les indices représentatifs des matières ou fournitures entrant dans la fabrication d'un produit doivent être lus au plus tard à la date de leur approvisionnement par le titulaire du marché, alors que les indices relatifs aux salaires et aux charges sociales ainsi qu'aux « produits et services divers », qui sont censés représenter les frais divers de gestion de l'entreprise, doivent être lus aux différentes dates qui

correspondent à la mise en œuvre des matières, à la fabrication du produit et, le cas échéant, aux contrôles ou essais auxquels il doit être soumis.

Une autre solution peut consister à lire les indices utilisés dans la formule, non pas, comme précédemment, aux dates correspondant au barycentre des différentes étapes du cycle de production, mais sur toute la période couvrant chacune de ces étapes. Dans cette hypothèse, ce sont des moyennes d'indices qui sont prises en compte pour le calcul du prix de règlement.

7. Comme il a été précisé au 3 ci-dessus, les formules de révision doivent être utilisées avec d'autant plus de circonspection que la durée d'exécution de la prestation est plus longue.

En effet, alors que la structure du coût d'une prestation varie forcément dans le temps en raison soit de l'évolution propre à chacun des éléments de ce coût, soit des modifications de la technologie utilisée ou de la politique de sous-traitance de l'entreprise, la formule de révision tend à figer la situation initiale.

Sur une longue période, des distorsions importantes entre la structure de la formule de révision et celle du coût de la prestation peuvent ainsi se produire. La mise en œuvre de la formule de révision conduit alors à des résultats qui ne correspondent plus à la réalité technique et économique nouvelle.

Il est donc conseillé aux acheteurs, lorsqu'une formule de révision est susceptible d'être utilisée sur une très longue période, de prévoir explicitement, dans le marché, une renégociation, au moins tous les cinq ou six ans, de la structure de la formule de révision et, éventuellement, des prix du marché.

8. Dans l'esprit de nombreux acheteurs, la notion de révision des prix a fini par revêtir un caractère tellement inflationniste que le résultat de la révision est souvent envisagé, soit dans les rapports de présentation, soit dans les marchés, comme une plus-value inévitable.

Il convient de traiter la révision des prix de façon neutre et en particulier de ne pas recourir à des clauses telles que : « la révision du prix sera payée au fournisseur » ou à tout autre expression faisant allusion à une « revalorisation » ou à une « réévaluation » du prix initial.

9. Dans le cadre de leurs attributions définies par l'article 24 du Code des marchés publics, les groupes permanents d'étude des marchés ont, à l'occasion de l'élaboration d'un certain nombre de documents (guides, cahiers des clauses particulières, documents techniques, etc.), mis au point, avec l'accord des organisations professionnelles concernées, des structures de formules paramétriques applicables pour la révision de nombreux produits ou prestations de services.

Il est vivement conseillé aux acheteurs d'utiliser ces formules dans leurs marchés en les adaptant, en tant que de besoin, aux caractéristiques particulières des prestations qu'ils se proposent de commander.

La liste de ces documents est donnée chaque année dans le numéro de décembre de « Marchés publics, la revue de l'achat public », consacré au « Répertoire des documents et adresses utiles aux acheteurs et fournisseurs publics ».

Quant aux produits ou prestations pour lesquels de telles formules n'ont pas été mises au point par les groupes permanents d'étude des marchés et qui relèveraient d'une formule paramétrique pour la révision de leur prix, il appartient aux acheteurs :

- d'une part, de vérifier par tous les moyens appropriés si une formule ancienne peut encore être utilisée pour une prestation bien déterminée ;
- d'autre part, dans la négative, d'élaborer en tant que de besoin des formules mieux adaptées aux produits ou prestations qu'ils se proposent de commander.

Dans les deux cas, ils ont intérêt à prendre l'attache des services de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes ou du secrétariat général de la Commission centrale des marchés.

10. Lorsqu'il s'agit de produits faisant l'objet de spécifications techniques imposées par l'acheteur et que les résultats d'enquêtes de coût de revient peuvent être utilisés, la formule doit être établie sur la base des enquêtes récentes.

En l'absence de telles enquêtes et pour des marchés négociés, les acheteurs doivent être invités à pratiquer des analyses de devis, conformément aux dispositions de la circulaire du 10 octobre 1969, en vue de dégager, pour un marché déterminé, les différents éléments constitutifs du coût de revient : coûts salariaux directs, matières premières, approvisionnements en produits ouvrés, sous-ensembles fonctionnel, frais généraux. A partir de cette analyse, une formule de révision peut être bâtie.

Il est rappelé à cet égard qu'une formule de révision comporte une structure assez simple qui ne saurait représenter la totalité des éléments de coût ; il s'agit au surplus d'une solution « forfaitaire » en

ce sens que les poids de chacun des paramètres retenus sont calculés sur des valeurs moyennes, et à partir d'un échantillon limité. Il serait donc illusoire de chercher à cet égard une précision excessive.

11. Limitation apportée au jeu des formules de révision :

La seule limitation actuellement apportée au jeu des formules de révision est prévue par l'article 3 du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 qui prévoit que la formule paramétrique doit inclure un terme fixe dont la valeur minimale est de 12,5 %.

Lorsqu'une formule paramétrique incluant un terme fixe de 12,5 % doit être introduite dans un marché traité à prix révisable, les acheteurs peuvent établir cette formule à partir de celle comportant un terme fixe de 15 % qu'ils utilisaient pour une même prestation antérieurement au 1er janvier 1987, en répartissant la différence de terme fixe sur les différents paramètres de la formule au prorata de leurs poids respectifs.

Il leur est également possible de présenter la formule de révision sous la forme suivante qui évite d'avoir à modifier la valeur des paramètres représentatifs des éléments de coûts en fonction de ses différentes utilisations possibles :

[FORMULE]

dans laquelle, P étant le prix révisé et Po le prix initial, la valeur de x, qui représente le terme fixe, ne peut pas être inférieure à 0,125 et celle de y supérieure à 0,875 ; il est, en outre, précisé que, dans tous les cas, le total des valeurs retenues pour a, b, c, d... doit être égal à l'unité. Dans cette hypothèse, c'est la valeur totale du terme fixe de 15 % de l'ancienne formule qui doit être répartie sur les paramètres de la formule.

12. Certains marchés peuvent comporter diverses formes de prix s'ils concernent des prestations différentes par leur nature, leur délai d'exécution ou de livraison.

Le cas le plus fréquent est constitué par les marchés qui comportent simultanément l'exécution de travaux immobiliers proprement dits (génie civil, gros œuvre, peinture, etc.) et la fourniture avec pose de matériels ou équipements de type industriel. Les références utilisées pour la révision des prix des travaux immobiliers et des produits industriels étant différentes, les prix de ces derniers ne peuvent donc pas être révisés au moyen des index TP ou BT. Pour ces matériels ou équipements, il importe donc :

- d'une part que leurs prix apparaissent distinctement dans le marché ;
- d'autre part que ces prix soient éventuellement révisés au moyen d'une formule paramétrique convenable.

D. Les précautions à prendre en matière de variation de prix

1. Les textes relatifs aux indexations de prix.

1.1. L'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 a supprimé un certain nombre d'entraves importantes à la libre fixation des prix de règlement des marchés.

Les seules dispositions de portée générale désormais en vigueur sont celles énoncées à l'article 79 modifié de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 dont le texte intégral figure en annexe II à la présente circulaire.

Les acheteurs ont également intérêt à se reporter au commentaire du ministre des Finances et des Affaires économiques du 15 mai 1959 relatif à l'application des dispositions de l'article 79 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 et de l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 concernant les indexations et dont des extraits figurent dans la brochure des Journaux officiels, n° 2007.

1.2. L'article 79 modifié pose deux interdictions essentielles :

- l'interdiction d'une indexation fondée sur le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), sur le niveau général des prix ou sur le niveau général des salaires ;
- l'interdiction d'une indexation fondée sur des prix ou des références de prix n'ayant pas de rapport direct avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties.

Ces deux interdictions se cumulent : même en cas de « relation directe », l'indexation sur le SMIC, le niveau général des prix ou des salaires, est expressément interdite.

En outre, ces références ne doivent pas être utilisées, qu'elles figurent à titre unique pour une indexation, ou qu'elles soient incluses dans une formule paramétrique reprenant d'autres indices ou références.

Pour l'appréciation des références interdites, il est précisé que :

- le niveau général des prix concerne les indices généraux de prix, qu'il s'agisse des prix de gros ou des prix de détail publiés par l'INSEE ; toutefois, s'agissant de l'indice mensuel des prix à la consommation, chacun des postes qui le composent peut être utilisé lorsque aucune autre référence satisfaisante ne peut être trouvée ;

- le niveau général des salaires s'entend des références excluant une activité professionnelle déterminée. C'est ainsi, par exemple, qu'il ne peut pas être fait référence à l'indice général des salaires France entière ou au taux de salaire horaire toutes activités confondues.

Quant à la relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties, elle implique que la référence choisie corresponde au prix ou au coût d'un élément substantiel, ait un rapport important ou à tout le moins étroit avec l'objet du contrat, ou, ce qui est en pratique le plus souvent le cas, ait un lien direct avec l'activité de l'un des cocontractants.

1.3. Il est rappelé que le non-respect des dispositions relatives aux indexations de prix peut entraîner l'annulation par les tribunaux, lorsqu'ils sont saisis, soit de la seule clause litigieuse, soit du marché dans son ensemble.

2. Le choix et les modalités de lecture des indices, index ou autres références.

2.1. Le choix des paramètres pris en compte dans une formule de variation de prix doit se porter sur des références qui ne sont pas sujettes à caution, et donc, de préférence, sur des indices, index ou prix publiés sous l'autorité de l'Administration, dans la mesure où ces publications satisfont au besoin exprimé.

L'annexe III à la présente circulaire donne la liste des indices, index ou prix actuellement publiés par différents services officiels.

2.2. Les modalités de lecture des indices, index ou autres références choisis doivent être prévues de façon claire et précise dans le marché afin d'éviter toute divergence ultérieure d'interprétation.

Une attention toute particulière doit être portée sur les points suivants.

2.2.1. Le choix entre indices afférents et indices connus :

Ce choix n'est pas indifférent, même si pour cela il est nécessaire que soit précisée au préalable la date à laquelle la clause de variation de prix sera mise en œuvre.

Il s'agit en fait de choisir entre le dernier indice connu à la date de l'indexation et l'indice afférent à la période ou à la date, fixée contractuellement, à laquelle les prestations s'exécutent.

Pour pallier les délais de publication souvent importants de deux à cinq mois des indices et index, de nombreux acheteurs utilisent, notamment dans les marchés de prestations de services, la méthode du « dernier indice connu ».

Cette méthode présente plusieurs avantages :

- elle évite la double facturation, la première provisoire avec les derniers indices connus au moment de l'établissement du décompte ou de la facture, la deuxième définitive après la publication des indices afférents à la période d'exécution des prestations prévue contractuellement ;
- elle permet de réduire, dans de notables proportions, les frais de facturation à la charge des entreprises ;
- elle supprime, enfin, tout délai pour la liquidation définitive du marché.

La lecture d'indices connus pour des facturations définitives peut, cependant, poser un double problème :

- celui de graves distorsions entre les hausses de coûts supportées par le titulaire du marché et celles prises en compte lors de la mise en jeu de la formule utilisée (actualisation, ajustement, révision, mise à jour), lorsque celle-ci comporte des indices de matières premières (produits énergétiques, métaux non ferreux, etc.) dont les prix peuvent subir des variations très importantes sur une courte période ;
- celui de la prise en compte de périodes de variation différentes des durées réelles écoulées. Il suffit, en effet, d'une avance ou d'un retard de quelques jours dans la publication d'une référence pour qu'un mois de plus ou de moins soit pris en compte.

Il est, cependant, possible de remédier à cet inconvénient en prévoyant expressément dans le marché que la période couverte par les indices ou index utilisés, à défaut d'être celle couvrant l'exécution de la prestation, est d'une durée égale à celle qui aurait normalement dû être prise en compte. Ce résultat est obtenu en décalant d'un même nombre de mois la lecture des indices ou index initiaux et finaux.

2.2.2. La périodicité de la mise en jeu des formules de variation de prix et la fixation d'un seuil de déclenchement.

La périodicité de la mise en jeu d'une clause de variation de prix est en relation étroite avec les indices (mensuels ou trimestriels), index ou références retenus dans le marché. Hormis certains cas particuliers (travaux, produits énergétiques, certaines matières premières importées...), les conditions économiques actuelles permettent raisonnablement d'envisager des périodes plus longues que le mois : un trimestre, voire un semestre ou même une année.

Il est également possible de prévoir dans le marché un seuil de déclenchement de la formule de variation de prix. Ce dispositif consiste à ne prendre en compte la variation du prix de la prestation, donnée par le jeu de la formule contractuelle, que si cette variation traduit une évolution, en hausse comme en baisse, supérieure à un pourcentage fixé dans le marché.

Il appartient à l'acheteur de fixer ce pourcentage en tenant compte notamment du contexte économique, de la nature de la prestation et de la durée du marché.

E. Le cas particulier des taux horaires

Les taux horaires complets, marge incluse, sont utilisés de plusieurs manières par certains acheteurs publics ; les commentaires qui suivent s'appliquent également aux cas où il est fait usage de taux journaliers ou mensuels.

Lorsqu'un (ou des) taux horaire (s) est (sont) cité (s) dans un marché comme base de facturation, le (s) taux sera (seront) multiplié (s) par les nombres d'heures définies par le marché.

Dans un tel cas, le taux horaire est assimilable à un prix unitaire.

Si le marché ne peut pas être conclu à taux horaires fermes, deux solutions sont possibles :

1. Le titulaire établit un barème applicable à l'ensemble de sa clientèle pour la facturation de services courants : travaux de montage, de réparation, de dépannage, etc.

Les taux horaires contractuels sont alors rattachés, par exemple au moyen d'un coefficient, aux taux de ce barème ; on utilise dans ce cas la solution de l'ajustement.

2. Il n'existe pas de barème. Aucune référence d'ajustement n'étant possible, le marché doit contenir une formule paramétrique de révision, ce qui entraîne l'application des règles indiquées ci-dessus concernant la révision des prix des prestations de services.

C'est le cas notamment d'un taux horaire déterminé à partir d'une enquête comptable effectuée par l'Administration dans une entreprise et qui est la somme du coût horaire constaté et d'une marge négociée.

Lorsque le taux horaire résultant d'un barème ou enquête, mis à jour entre deux enquêtes comptables, n'est qu'un élément de détermination du prix d'une prestation, par exemple pour un matériel ou un service autre que courant, et que ce prix est lui-même prévu révisable, la révision devra respecter les règles prévues pour cette forme de prix par la présente circulaire.

F. La taxe sur la valeur ajoutée

Il est rappelé que, dans les marchés publics, qu'il s'agisse de prix initial ou final ou de montants, les documents et les calculs doivent faire apparaître : la valeur hors TVA, le taux de la TVA applicable, le montant de la TVA et la valeur TVA incluse.

Cette règle est valable au stade de la consultation ; en effet, pour que la concurrence joue de façon claire et équitable, il convient que tous les concurrents proposent des prix hors TVA, le montant de la TVA et des prix TVA incluse.

Une exception peut cependant être admise lorsqu'un prix fait l'objet d'un ajustement par référence à un prix qui est lui-même publié TVA incluse ; il en est ainsi en particulier de nombreux prix de gros et de la totalité des prix de détail publiés au Bulletin mensuel de statistique édité par l'INSEE.

Lorsqu'une remise sur prix de barème est exprimée en francs, et non en pourcentage, il convient de préciser si elle s'entend hors TVA ou TVA incluse.

IV. Dispositions transitoires concernant les marchés en cours d'exécution au 1er janvier 1987

Il est possible que des marchés en cours d'exécution à la date du 1er janvier 1987 contiennent une clause de variation de prix faisant référence à des textes abrogés issus de la réglementation générale des prix. Si toutes les commandes n'étaient pas encore passées ou les livraisons pas encore effectuées à la date du 1er janvier 1987, l'acheteur doit en tirer deux conséquences :

- d'une part, le marché demeure valable et le titulaire est tenu d'honorer ses engagements ; quant à l'Administration, elle n'a aucun intérêt à résilier le marché, car elle se placerait dans un cas ouvrant droit à indemnité pour le titulaire ;
- d'autre part, en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 79 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958, tel qu'il a été complété par l'article 10 de la loi n° 77-1457 du 29 décembre 1977, le libre jeu des formules de variation de prix ne peut pas conduire à rattraper la partie écrêtée des hausses traduites par ces formules pendant la période de prix réglementés.

Une telle situation se rencontre en particulier dans les marchés de prestations de services ou de fournitures répétitives s'exécutant sur une longue période. Il incombe donc à l'acheteur de prendre toutes dispositions pour éviter un tel rattrapage (adoption de nouvelles modalités de calcul des variations de prix ou négociation, le cas échéant, d'un avenant définissant de nouvelles règles de détermination des prix de règlement). Quelle que soit la solution choisie, il est nécessaire qu'elle raccorde le dernier prix pratiqué en vertu des dispositions antérieures au premier prix résultant de la nouvelle méthode.

Lorsque ces marchés utilisent une formule de révision de prix, le terme fixe de 15 % qu'elle comporte ne doit pas être modifié.

La variété des prestations et produits commandés par le secteur public étant très grande, il est possible que les solutions décrites par la présente circulaire ne permettent pas de régler tous les cas particuliers.

En tout état de cause, les services acheteurs sont invités à faire preuve d'initiative et de responsabilité. Ils peuvent proposer aux fournisseurs, si nécessaire après avoir pris l'attache du secrétariat général de la Commission centrale des marchés, des services de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes ou de la direction de la Comptabilité publique, des méthodes qui paraîtraient les mieux adaptées à la prestation considérée et à la situation locale.

Les règles qui découlent du décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 ne sont applicables de plein droit qu'aux marchés conclus au nom de l'État ou par les établissements publics nationaux autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial. Cependant, il est nécessaire que l'ensemble des dispositions prévues pour l'État par ce décret soit appliqué aux marchés des entreprises et établissements publics nationaux non régis par le Livre II du Code des marchés publics. Il est aussi très vivement souhaitable que les collectivités territoriales et leurs établissements publics fassent application de ces mêmes règles dans leurs marchés.

Les autres dispositions de la présente circulaire qui ne découlent pas directement du décret susvisé sont des recommandations destinées à faciliter la préparation, la passation et l'exécution des marchés ; elles concernent donc l'ensemble des acheteurs du secteur public.

La circulaire n° 80-01 du 30 octobre 1980 relative aux prix dans les marchés publics est abrogée.

Nous vous serions en conséquence reconnaissants de bien vouloir appeler l'attention des services et établissements publics placés sous votre autorité sur la présente circulaire qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Annexe I

Textes en vigueur à la date de publication de la présente circulaire

A. Textes généraux

1. Code des marchés publics.

Dispositions relatives aux prix :

Articles 45 (6°), 78, 79, 80, 81 et 82 pour les marchés de l'État et des établissements publics nationaux autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial ;

Articles 255 (5°), 275, 277 et 278 pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Dispositions relatives à la révision des prix :

Article 171 pour les marchés régis par le livre II ;

Article 348 pour les marchés régis par le livre III.

2. Dispositions relatives aux variations des prix en fonction des conditions économiques.

Décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 (Journal officiel du 25 novembre 1979, p. 2924 et 2925, et Brochure des Journaux officiels, n° 2007) pour les marchés de l'État et des établissements publics nationaux autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial ;

Circulaire du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation du 12 janvier 1987 (Journal officiel du 17 janvier 1987, p. 619 et 620) relative aux conséquences sur les prix des marchés publics de l'abrogation de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

3. Intéressement sur les coûts et les prix.

Circulaire du ministre de l'Économie et des Finances n° 2485 du 4 mars 1969 relative au guide des clauses de caractère incitatif dans les marchés (Brochure des Journaux officiels, n° 2007).

4. Marchés de longue durée.

Pour les travaux : lettre collective du ministre de l'Économie et des Finances, n° 72 M du 1er septembre 1966 (Brochure des Journaux officiels, n° 2007).

Pour les marchés industriels : lettre collective du ministre de l'Économie et des Finances, n° 89 M du 6 décembre 1967 (Brochure des Journaux officiels, n° 2007).

5. Marchés négociés.

Directives du Premier ministre du 10 octobre 1969 sur la négociation des prix et des marges et guide annexé élaboré par la Commission centrale des marchés (Brochure des Journaux officiels, n° 2007).

6. Intervention de la section des prix de la Commission centrale des marchés.

Circulaire du ministre délégué à l'Économie et aux Finances du 10 février 1978 relative à l'examen de certains marchés et projets de marchés par la section des prix de la Commission centrale des marchés (Brochure des Journaux officiels, n° 2007).

7. Achats de fournitures étrangères.

Circulaire du ministre de l'Économie et des Finances du 27 juin 1972 et son additif du 2 avril 1974 (Brochure des Journaux officiels, n° 2007).

8. Théorie de l'imprévision.

Circulaire du Premier ministre et du ministre de l'Économie et des Finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (Journal officiel du 30 novembre 1974 et Brochure des Journaux officiels, n° 2007).

B. Textes relatifs à certains produits et services

1. De réglementation générale des prix.

(Arrêtés maintenus en vigueur visés à l'article 61 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 et figurant dans les annexes I et II du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986.)

1.1. Arrêtés généraux.

Arrêté n° 84-72 A du 19 septembre 1984 relatif aux prix à la production des produits industriels en tant qu'il s'applique aux prix d'édition des livres.

Arrêté n° 25-553 du 6 décembre 1968 modifié relatif au tarif pharmaceutique national.

Arrêté n° 82-88 A du 27 septembre 1982 modifié, ensemble l'arrêté n° 83-35 A du 29 juin 1983, relatifs aux marges de distribution des grossistes répartiteurs et des pharmaciens d'officine.

Arrêtés n° 83-9 A du 4 février 1983, n° 84-55 A du 29 juin 1984 et n° 86-31 A du 10 juillet 1986 relatifs aux prix des médicaments remboursables aux assurés sociaux.

Arrêté n° 86-2 A du 14 janvier 1986 relatif à la détermination des prix des produits et services inscrits au tarif interministériel des prestations sanitaires.

Arrêté n° 86-15 A du 7 mars 1986 relatif aux tarifs des transports effectués par des véhicules sanitaires terrestres privés agréés, arrêté n° 86-16 A du 7 mars 1986 relatif aux tarifs des transports effectués par des véhicules sanitaires terrestres privés non agréés, ensemble les arrêtés préfectoraux pris pour leur application et en vigueur à la date du 29 décembre 1986.

1.2. Arrêtés en vigueur dans les départements d'Outre-mer et dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Arrêté ministériel n° 76-64 P du 23 juin 1976 relatif au prix de vente au détail de certains produits pharmaceutiques.

Arrêté ministériel n° 76-72 P du 8 juillet 1976 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux produits alimentaires de grande consommation.

Arrêté ministériel n° 77-62 P du 28 avril 1977 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux matériaux de construction, ensemble l'arrêté ministériel n° 77-74 P du 8 juin 1977 modifié relatif aux prix et aux marges de distribution de certains matériaux de construction à la Martinique.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux biens et services de santé, aux livres, aux articles scolaires, aux produits énergétiques et aux travaux de bâtiment.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux prix et aux marges de secteurs faisant l'objet d'arrêtés maintenus en vigueur au plan national.

Arrêté ministériel n° 76-48 P du 12 mai 1976 relatif à la détermination du prix de revient des produits importés de l'étranger ou en provenance de la métropole dans les départements d'Outre-mer, en tant qu'il concerne les secteurs dont les prix demeurent réglementés.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux prix des produits et services de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

2. Propres aux marchés publics.

2.1. Circulaire du ministre de l'Économie et des Finances, n° 510 du 15 avril 1982 relative aux achats de livres par les services, collectivités et établissements publics et à la détermination des prix de règlement (Journal officiel du 13 mai 1982 [NC], p. 4553).

2.2. Circulaire du ministre de l'Économie, n° 1845 du 22 novembre 1979 relative aux marchés publics de nettoyage des locaux (Journal officiel du 30 novembre 1979 [NC], p. 9703).

2.3. Circulaire du ministre de l'Économie du 28 septembre 1979 relative à la régionalisation des index TP et BT (Bulletin officiel des services des prix, n° 21 du 20 octobre 1979, p. 275).

Annexe II
Texte intégral de l'article 79 modifié de l'ordonnance n° 58-1374
du 30 décembre 1958 relatif aux indexations

Article 79

1. Sont abrogées toutes dispositions générales de nature législative ou réglementaire tendant à l'indexation automatique des prix de biens ou de services. Dans chaque cas particulier, les conditions d'application de cette abrogation seront fixées par décret contresigné par le ministre des Finances et des Affaires économiques et les ministres intéressés.

2. Demeurent toutefois en vigueur les dispositions de l'article 31 xa du Code du travail⁽¹⁾ relatives à l'indexation du salaire minimum garanti.

3. Dans les nouvelles dispositions statutaires et conventionnelles, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliment, sont interdites toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti⁽²⁾, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur le prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties⁽³⁾. Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti, toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'INSEE⁽⁴⁾.

Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles en cours, les clauses prévoyant de telles indexations cessent de produire effet au-delà du niveau atteint lors de la dernière revalorisation antérieure au 31 décembre 1958, lorsque ces dispositions concernent, directement ou indirectement, des obligations réciproques à exécution successive⁽⁵⁾.

Est interdite toute clause d'une convention portant sur un local d'habitation prévoyant une indexation fondée sur l'indice « loyers et charges » servant à la détermination des indices généraux des prix de détail. Il en est de même de toute clause prévoyant une indexation fondée sur le taux des majorations légales fixées en application de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948, à moins que le montant initial n'ait lui-même été fixé conformément aux dispositions de ladite loi et des textes pris pour son application⁽⁶⁾.

Est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision⁽⁷⁾.

Annexe III

Indices, prix et index publiés

A. Les indices et les prix

1. Pour les marchés de produits industriels ou de prestations de services dont la révision des prix s'effectue généralement au moyen d'une formule paramétrique, les indices susceptibles de représenter les différents paramètres qu'elle doit comporter (salaires et charges sociales, matières premières, fournitures approvisionnées à l'extérieur, frais généraux) peuvent être recherchés :

- d'une part, dans le Bulletin mensuel de statistique édité par l'INSEE qui publie un nombre important d'indices de prix à la production, qui se substituent progressivement aux séries de prix de gros en voie de disparition, ainsi que quatre indices de coût de la main-d'œuvre, dont deux sont mensuels (industries mécaniques et électriques, confection administrative) et deux trimestriels (industrie textile, services marchands couverts par le n° 87 de la nomenclature des activités et produits), et des indices des taux de salaire horaire par branche professionnelle. Sont également publiés l'indice mensuel des prix à la consommation (séries France entière et région parisienne) ainsi que les différents postes qui le composent ;

- d'autre part, dans le Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes qui publie mensuellement un certain nombre d'indices de prix de matières et matériaux, un indice des salaires dans le secteur du bâtiment et des travaux publics et cinq indices composites de produits et services divers, dits « Psd », représentatifs des frais divers de gestion. Ces derniers indices peuvent, à l'exception du Psd T réservé au secteur de l'industrie du téléphone, être utilisés indifféremment après un rapprochement entre leur composition et la structure des frais à représenter.

Les définitions de ces indices ont été publiées au Bulletin officiel des services des prix du 9 novembre 1979.

2. En l'absence d'indices ou de références officiels adaptés, il est possible de recourir aux publications des organismes privés spécialisés (Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment, l'Usine nouvelle, Métal bulletin, etc.), sous réserve de vérifier la définition des références publiées et leur adéquation aux paramètres à représenter.

B. Les index

1. Pour les marchés de travaux, la révision se fait normalement au moyen d'index TP (travaux publics) base 100 en janvier 1975, ou d'index BT (bâtiment) base 100 en janvier 1974. Les valeurs de ces index sont publiées mensuellement :

- dans le Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, pour les travaux publics et le bâtiment ;
- dans le Bulletin officiel du ministère de l'Équipement, du Logement, de l'Aménagement du territoire et des Transports, pour le bâtiment.

Il est possible, pour certains travaux, qu'aucun index ne soit adapté : il est alors admis que le maître d'ouvrage utilise une formule de révision paramétrique qu'il lui appartient de préciser dès le lancement de la consultation ; cette formule doit être assortie d'un terme fixe d'une valeur minimale de 12,5 %.

2. Pour les marchés d'ingénierie (infrastructure, bâtiment et industrie) l'index « ingénierie », comporte 70 % de salaires et 30 % de « produits et services divers » catégorie D.

La valeur mensuelle de l'index est calculée en chaîne à partir de la base 100 correspondant aux conditions économiques du mois de janvier 1973 ; elle peut être lue dans le Bulletin officiel du ministère de l'Équipement, du Logement, de l'Aménagement du territoire et des Transports.

Lorsque l'index est utilisé pour la révision, il doit intervenir avec un terme fixe F d'une valeur minimale de 12,5 %. A cet effet, l'index de référence E, visé par la directive d'application des textes sur les marchés publics d'ingénierie et d'architecture pour le calcul du coefficient de révision des acomptes, sera calculé à partir de l'index « ingénierie » par la formule suivante et tel que, pour le mois m :

dans laquelle I_m et I_0 sont les valeurs prises par l'index « ingénierie » respectivement le mois m et le mois d'établissement du prix.

1. Aujourd'hui article L. 141-3 du Code du travail relatif au salaire minimum de croissance (SMIC), d'après la loi du 2 janvier 1970.
2. Aujourd'hui article L. 141-3 du Code du travail relatif au salaire minimum de croissance (SMIC), d'après la loi du 2 janvier 1970.
3. Alinéas introduits par l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959.
4. Alinéas introduits par l'article unique de la loi n° 70-600 du 9 juillet 1970.
5. Alinéas introduits par l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959.
6. Alinéas introduits par l'article unique de la loi n° 70-600 du 9 juillet 1970.
7. Alinéa introduit par l'article 10 de la loi n° 77-1457 du 29 décembre 1977