



**PRÉFET
DU HAUT-RHIN**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

DIRECTION DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITÉS
LOCALES

BUREAU DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITÉS
LOCALES

Affaire suivie par :
pref-collectivites-locales@haut-rhin.gouv.fr

Colmar, le **18 AVR. 2023**

Le préfet du Haut-Rhin

à

Mesdames et messieurs les maires
Mesdames et messieurs les présidentes et
présidents d'établissements publics de
coopération intercommunale et de syndicats
mixtes
Messieurs les présidents d'offices publics de
l'habitat

En communication à :

Messieurs les sous-préfets
Monsieur le directeur départemental des
finances publiques
Madame la présidente de la fédération du
bâtiment et des travaux publics du Haut-Rhin

Objet : circulaire relative à la passation et l'exécution des contrats de la commande publique face à la forte hausse des prix de certaines matières premières.

P.J. : foire aux questions de la direction générale des collectivités locales relatives aux solutions permettant de faire face aux conséquences de la survenance de circonstances imprévisibles sur l'exécution des contrats de la commande publique.

Par une circulaire préfectorale du 17 mai 2022, complétée par un message électronique du 17 octobre 2022, qui faisait suite à un avis du Conseil d'État daté du 15 septembre 2022, je vous invitais à veiller à l'application de plusieurs recommandations relatives à l'exécution des contrats de la commande publique face à la forte hausse des prix de certaines matières premières et aux difficultés d'approvisionnement qui en découlent.

Face à cette situation qui perdure, la présente circulaire a pour objet d'appeler votre attention sur trois recommandations dont la mise en œuvre, en tant que pouvoirs adjudicateurs, doit faire l'objet d'une vigilance particulière.

1) l'insertion d'une clause de révision des prix dans tous les contrats de la commande publique

Les marchés publics doivent obligatoirement être conclus à prix révisibles lorsque les prestations sur lesquels ils portent sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution du contrat. La méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation (CE, 9 décembre 2009, département de l'Eure, n° 328 803).

Cette obligation, codifiée à l'article R. 2112-13 du code de la commande publique (CCP), s'applique à tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Ainsi, les établissements publics industriels et commerciaux de l'État ou des collectivités territoriales, les personnes publiques *sui generis* et toutes les personnes morales de droit privé soumises au code de la commande publique doivent prévoir une clause de révision des prix au sein de leurs marchés publics, lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Cette obligation générale a été rappelée récemment par une réponse ministérielle à une question parlementaire (JO AN 26/10/2021, p. 7835).

De plus, lorsque les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées en fonction d'une référence (index nationaux du bâtiment et des travaux publics, indice, liste de prix dite *mercuriale de prix...*), il est recommandé de rechercher celle qui est la plus en adéquation avec les prestations concernées. Comme exposé dans la circulaire du 17 mai 2022, il convient de veiller à ce que les formules de révision des prix ne contiennent pas de terme fixe et que les contrats ne contiennent ni clause butoir, ni clause de sauvegarde. En ce qui concerne plus particulièrement les index nationaux du bâtiment et des travaux publics, qui sont les plus communément utilisés, il est impératif de privilégier aux index généraux (par exemple, l'index TP01) les index spécifiques correspondant aux prestations qui font l'objet du marché, afin de pouvoir compenser au mieux les pertes financières des entreprises induites par la flambée des prix. Pour ce qui est des marchés en cours d'exécution, il est possible de modifier les modalités de calcul de la clause de révision des prix sur le fondement de l'article R. 2194-5 du CCP au titre des circonstances imprévues qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir, à condition de respecter les conditions exposées ci-dessous et précisées par le Conseil d'État dans son avis du 15 septembre 2022.

2) la modification des contrats de la commande publique en cours d'exécution

Les parties peuvent convenir, pour faire face à une circonstance imprévisible, d'une modification des conditions financières ou de la durée des contrats de la commande publique dans les hypothèses, conditions et limites prévues par le droit de la commande publique. Dans ce cadre, le Conseil d'État a rappelé, dans son avis du 15 septembre 2022, que si le prix contractualisé ne peut, en principe, être modifié, ce principe n'est pas absolu et connaît des exceptions. Outre l'application d'une éventuelle clause de réexamen prévue dans le contrat, le code de la commande publique offre deux possibilités de modification sans nouvelle procédure de mise en concurrence pour faire face au contexte actuel : les modifications pour circonstances imprévisibles (R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP) et les modifications de faible montant (R. 2194-8 et R. 3135-8 du CCP).

En ce qui concerne les modifications fondées sur des circonstances imprévisibles, il convient de respecter le cadre et les conditions définies par le Conseil d'État dans son avis précité du 15 septembre 2022. Dans le contexte actuel, le Conseil d'État admet que les dispositions du code de la commande publique autorisent une modification d'un contrat portant sur le prix, les tarifs, les conditions d'évolution des prix ou les autres clauses financières, sans que cette modification ne soit liée à une évolution des caractéristiques et des conditions d'exécution des prestations, lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévues, dans le but de compenser les surcoûts imprévisibles supportés par le cocontractant. Pour qu'une modification intervenant dans ce cadre puisse être considérée comme légale, trois conditions doivent être réunies : la modification doit être limitée à 50 % du montant initial du contrat ; la modification doit être justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses (augmentation des dépenses ou diminution des recettes) excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties ; la modification doit être limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles.

En tout état de cause, si l'économie du contrat est bouleversée, le titulaire de ce dernier peut se voir reconnaître un droit à indemnisation, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, qui est codifiée à l'article L. 6 du CCP. Les titulaires des contrats peuvent faire valoir ce droit, lorsque les conditions nécessaires à sa mise en œuvre sont réunies, même après l'application des clauses contractuelles ou d'une modification du contrat.

En cas d'interrogations relatives à la mise en œuvre des modifications évoquées ci-dessus ou de la théorie de l'imprévision, je vous invite à vous référer à la récente foire aux questions de la direction générale des collectivités locales sur le sujet, que vous trouverez en annexe de la présente circulaire.

3) le respect des délais de paiement

Dans le contexte actuel, il est essentiel que les délais de paiement soient, dans la mesure du possible, respectés, dès lors que les retards de paiement ont des effets particulièrement négatifs sur les liquidités et la gestion financière des opérateurs économiques, et plus particulièrement sur les petites et moyennes entreprises. Pour ce faire, il convient d'être particulièrement vigilant au sujet du lancement de la procédure de validation des factures sur le logiciel « Chorus Pro », qui permet d'enclencher le délai de paiement. Dans le même cadre, lorsque des avenants portant sur la réalisation de prestations supplémentaires sont conclus, il est recommandé de veiller à ce que leur signature intervienne dès que possible, afin que les prestations concernées puissent faire l'objet d'une facturation dans les meilleurs délais.

Mes services restent à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Pour le préfet et par délégation,
Le secrétaire général,

Christophe Marot

