

Adaptabilité des formules de révision en cours du marché

INTRODUCTION

L'obligation de prévoir une formule de révision dans les marchés publics est conditionnée par l'article 38/7. Les marchés concernés doivent donc prévoir une (ou plusieurs) formules de révision pour répercuter les différentes hausses des coûts des salaires, matériaux et énergie intervenant dans le coût d'un chantier et proportionnellement à leurs importances dans le cadre du chantier en question.

A priori, le donneur d'ordre public ne connaît pas la structure des coûts du chantier et l'entrepreneur qui remet son offre ne connaît pas dans quelles mesures ses coûts vont évoluer lors de l'exécution.

En règle générale, si le MAO est correctement utilisé et si un nombre suffisant de formules de révision sont utilisées pour les différentes phases du chantier, les formules de révision reflètent au mieux les évolutions des coûts.

Dans les cas contraire, l'entreprise peut dénoncer, en cours de chantier, l'écart entre la révision des prix telle que calculée par la formule de révision et l'évolution de ses coûts. **Dans ces conditions, l'entreprise doit proposer une formule de révision de remplacement décrivant objectivement et davantage la structure de ses coûts** et basée sur des éléments objectifs mesurant les évolutions des différents coûts ; à savoir les indices publiés par le SPF économie.

Enfin la formule de révision ne doit pas et ne peut pas refléter l'ensemble des surcoûts subits par l'entreprise mais uniquement les évolutions des coûts des main d'œuvre, matériaux et énergie dument constatées par le SPF économie.

1) OBJECTION DES PA :

La formule de révision est un élément du contrat et sa modification n'est pas possible en cours de marché.

REPONSE :

FAUX. L'article 57§2 de la loi du 30/3/1976 précise que les contrats ne peuvent contenir de clauses de révision de prix que dans la mesure où celles-ci ne s'appliquent qu'à concurrence d'un montant maximum de 80 % (*) du prix final et se réfèrent à des paramètres représentant les coûts réels, chaque paramètre étant uniquement applicable à la partie du prix correspondant au coût qu'il représente.

((*) Cette obligation a été supprimée par l'arrêté royal du 15 juillet 2011)

En d'autres termes, la révision ne peut donc concerner que des éléments constitutifs du prix du marché (soit des produits et matériaux outre les salaires et charges sociales, réellement mis en œuvre sur le marché considéré) et ce dans une proportion adéquate des différents termes présents dans une formule de révision contractuelle.

En conséquence, si la formule de révision fixée par les documents de marché n'est pas le reflet de la réalité des composantes du marché, elle peut être adaptée en cours de marché.

Corolairement, l'article 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 RGE stipule que « *les documents du marché relatifs à un marché de travaux ou à un marché de services visés à l'annexe 1 du présent arrêté prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision des prix en fonction de l'évolution des prix des principaux composants suivants :*

1° les salaires horaires du personnel et les charges sociales ;

2° en fonction de la nature du marché, un ou plusieurs éléments pertinents tels que les prix de matériaux, des matières premières, les taux de change.

La révision des prix est basée sur des paramètres objectifs et contrôlables et utilise des coefficients de pondération appropriés ; elle reflète ainsi la structure réelle des coûts. »

En conséquence, une formule de révision qui ne reflète pas la structure réelle des coûts ne répond pas aux obligations ci-dessus et doit être adaptée.

2) OBJECTION DES PA :

L'adaptation de la formule de révision contrevient à l'égalité entre les soumissionnaires.

REPONSE :

FAUX. Cette mise en adéquation d'une formule de révision ne contrevient pas au principe de l'égalité des soumissionnaires dans la mesure où tout soumissionnaire non retenu et placé dans les mêmes conditions que l'adjudicataire en phase d'exécution du marché s'il avait été retenu, aurait pu prétendre à pareille mise en adéquation.

Il faut également noter que la révision en tant que telle n'exerce aucune influence sur la comparaison des prix lors du processus d'attribution du marché.

La révision ne sort ses effets que lors de l'exécution du marché, seul le principe et ses modalités étant fixés dans les documents du marché.

3) OBJECTION DES PA :

L'adjudicataire n'a pas dénoncé l'inadéquation de la formule de révision avant ou lors du dépôt de son offre. Il est supposé l'avoir accepté telle quelle.

REPONSE :

FAUX. La structure de la formule de révision n'est jamais qu'une approximation de la structure des coûts réels de l'entreprise. Cette approximation pouvait être jugée raisonnable lors de la publication du marché ou lors du dépôt des offres. Ce ne sont que l'importance de certaines hausses (ou baisses. En effet une diminution des prix résultant de l'application de la formule de révision peut être disproportionnée par rapport aux baisses des coûts réels dont a bénéficié l'entreprise) des coûts, intervenues après le dépôt des offres et toujours en vigueur au moment de l'exécution, qui mettent en évidence ces approximations et les rendent, éventuellement, économiquement insupportables.

Complémentairement, dans le cadre de l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ARP, seules les erreurs ou omissions qui rendent impossible l'établissement d'un prix ou la comparaison des offres doivent être communiquées au pouvoir adjudicateur au moins dix jours avant la date ultime de remise des offres. La structure d'une formule de révision, quelles que soient ses inadéquations supposées à ce stade, n'empêche en rien le soumissionnaire d'établir son prix, valable à la date de la remise de son offre.

Il n'y aura donc jamais de raison de dénoncer des formules de révision avant ou lors du dépôt des offres.

4) OBJECTION DES PA

Les indices utilisés dans les formules de révision sont établis par le SPF économie. Ils sont donc représentatifs du marché.

REPONSE :

Ce n'est pas l'utilisation des indices établis par le SPF économie qui est remis en cause (D'ailleurs, la formule qui sera proposée par l'entreprise utilisera des indices également publiés par le SPF économie). Ce sont soit le choix des indices (qui ne représenteraient pas les matériaux réellement utilisés dans ce marché), soit les coefficients qui sont appliqués sur ces indices (et qui ne représenteraient pas les proportions dans lesquelles ces matériaux sont réellement utilisés) qui engendrent un manque de représentativité (une inadéquation) de l'évolution des coûts, par la formule de révision.

Complémentairement, les indices publiés par le SPF économique sont sensés (en effet des décalages ont déjà été constatés) représenter les évolutions des marchés des matériaux. Mais cette seule propriété ne garantit pas que leur utilisation soit représentative du marché de travaux concerné.

5) OBJECTION DES PA (OU SPW MI) :

La formule de révision ne constitue qu'un tempérament au principe du forfait et il ne peut être question de payer l'entreprise selon ses prix coutants.

REPONSE :

La formule de révision adaptée proposée par l'entreprise ne peut être assimilée à une indemnisation selon ses prix coutants. En effet, toute formule de révision se base sur des éléments objectifs représentatifs de l'évolution globale des prix des marchés des matériaux et n'intègre en rien les prix coutants réellement payés par l'entreprise en charge des travaux. Ceci confirme, le caractère approximatif de la révision des prix accordée à l'entreprise via cette formule de révision.

Si, après éventuelle adaptation de la formule de révision, et pour autant que l'entreprise ait dénoncé des circonstances imprévisibles, l'entreprise constatait, en fin de chantier, que les circonstances imprévisibles dénoncées préalablement avaient, au-delà des prix révisés, un impact supérieur à 2.5% du montant du marché, il lui appartiendrait d'en réclamer l'indemnisation, sur base de ses coûts réels et dans le cadre de l'article 38/9 (et dans les 90 jours après RP). Mais l'application de l'article 38/9 n'est pas l'objet de cette note.

6) **OBJECTION DES PA :**

Les contrats de fourniture et les stocks des entreprises pourraient faire en sorte que les couts de revient des matériaux évoluent différemment de l'inflation constatées par les mercuriales.

REPONSE :

Comme rappelé précédemment, au stade de l'application de la formule de révision, et de l'article 38/7, il ne s'agit que de répercuter les hausses globales des matériaux, illustrées par quelques matériaux représentatifs de l'ensemble des matériaux utilisés, constatées par des indices objectifs, et au prorata de leurs utilisations effectives. Il ne s'agit pas d'une indemnisation basée sur les couts réels subits par l'entreprise. Si les couts réels des entreprises devaient entrer en ligne de compte ce ne pourrait se faire que via les applications des articles 38/9 et/ou 38/10 (révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé en faveur de l'adjudicataire en raison de circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger).

Les éventuelles économies réalisées par l'entreprise lors de ses achats et stockage ne peuvent bénéficier au pouvoir adjudicateur que dans le cadre des 38/9 ou 38/10 et d'une indemnisation selon les prix coutants.

7) **OBJECTION DES PA :**

La volatilité des prix rendrait inadéquate toute nouvelle formule proposée.

REPONSE :

Au contraire, c'est la volatilité des prix qui démontre l'inadéquation de la formule initiale et nécessite de rechercher si une autre formule de révision ne serait pas plus adaptée pour mieux correspondre à l'évolution globale des couts.

La volatilité des prix entre la date du dépôt des offres et la date de l'exécution n'a aucune influence sur la structure de la formule de révision puisque la formule de révision doit représenter la structure des couts estimés à la date du dépôt des offres.

8) OBJECTION DES PA :

L'estimation du préjudice réel ne peut intervenir qu'en fin de marché

REPONSE :

Le PA ne conteste pas l'existence d'une hausse sensible des coûts (mesurables via les mercuriales) mais non répercutée par la formule de révision prévue. Le PA ne conteste pas que cette absence de répercussion de ces hausses (via la formule de révision) porte préjudice à l'entreprise du fait qu'elle doive, au minimum, le financer jusqu'à la fin du contrat ; qu'elle ne pourra l'évaluer correctement qu'après réception préalable et qu'aucun délai n'est fixé pour approuver son estimation et la payer. Cette position met à mal la trésorerie des entreprises et les met en position d'insécurité.

Il importe d'indemniser approximativement, via une ou plusieurs formules de révision adéquates, les entreprises de leurs surcoûts d'achats des matériaux, le plus tôt possible et au fur et à mesure de son exécution, conformément aux recommandations fédérales. Si le PA craint d'indemniser trop les entreprises, il est toujours possible de vérifier, en fin de chantier, le dédommagement global et de l'ajuster en plus ou en moins.