

V - MARCHES PUBLICS DE FRUITS, LEGUMES ET POMMES DE TERRE A L'ETAT FRAIS

Le code des marchés publics (art. 1^{er}) mis en application par le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 pose les principes :

- de liberté d'accès à la commande publique ;
- d'égalité de traitement des candidats ;
- de transparence des procédures ;
- de choix de l'offre la plus économiquement avantageuse.

Le code n'impose nullement que le prix tienne une place prépondérante par rapport aux autres critères tels que, par exemple, la qualité des produits, le délai de livraison, la logistique offerte.

Les marchés publics d'achat de fruits, légumes et pommes de terre frais, sont des marchés de fourniture courante. A ce titre le cahier des clauses administratives générales (CCAG) « fournitures courantes et services » peut leur être applicable si l'acheteur le souhaite.

De façon générale, ces marchés s'exécutent au fur et à mesure de l'émission des bons de commande émis par l'acheteur pendant la durée du marché. Les marchés à bons de commande relèvent de l'article 72 du code des marchés publics (CMP – instruction d'application du 28 août 2001 n° ECOM0115651).

5.1. Marchés à bons de commande.

L'article 72 CMP précise (I.1 1^{er} alinéa) que « le marché à bons de commande détermine les spécifications, la consistance et le prix des prestations ou ses modalités de détermination ; il en fixe le minimum et le maximum en valeur ou en quantité. Le montant maximum ne peut être supérieur à 4 fois le montant minimum ».

Pour autant cette faculté ne doit pas conduire l'acheteur à utiliser systématiquement l'amplitude la plus large permise par la réglementation (1 à 4). En effet face à un appel d'offres très imprécis quant à sa quantité les fournisseurs, dans l'ignorance d'un besoin plus précisément évalué, déterminent leurs offres de prix sur la base du minimum de fournitures mis en concurrence, ce qui s'avère économiquement moins avantageux pour l'acheteur.

Le cahier des clauses particulières définit avec la plus grande rigueur et précisément les fournitures qui feront l'objet des bons de commande. Outre les références réglementaires, le minimum et le maximum du marché, il mentionne pour chacun des fruits ou légumes la variété, la catégorie et la présentation, ainsi que le rythme des livraisons.

Les bons de commandes émis par l'acheteur pendant la durée du marché doivent correspondre à l'objet du marché, et tenir compte de la saisonnalité de la production de fruits et légumes frais dont le fournisseur pourra tenir informé l'acheteur. Il convient d'exclure les mentions imprécises telles que « fruits de saison pour 300 couverts », et d'indiquer les variétés de fruits et légumes commandés, leurs catégories et quantités précises, ainsi que le délai de livraison.

Il convient d'éviter la commande de produits indisponibles, qui conduit très souvent à des contestations d'ordre contractuel.

5.2 – Choix de la forme de prix

L'article 16 du code des marchés publics dispose que « les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités ».

L'article 17 ajoute que : le prix initial du marché est conclu définitivement, c'est-à-dire que le prix ou les modalités de détermination sont fixés initialement dans le marché :

- le « marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations » ;
- « un marché est dit à prix ajustable ou révisable lorsque le prix peut être modifié pour tenir compte des variations économiques... Lorsqu'un marché comporte une clause de variation de prix, il fixe la périodicité de mise en œuvre de cette clause ».

Le décret n° 2001-738 du 23 août 2001, pris en application de l'article 17 du code des marchés publics, prévoit les règles suivant lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations des conditions économiques.

Les marchés de fruits et légumes frais sont des marchés à prix unitaires. Ces prix étant soumis aux variations économiques de production, et portant sur des commandes s'échelonnant le plus souvent sur 1 à 3 années, il est recommandé de prévoir une clause de variation de prix.

Les fruits et légumes frais constituant des fournitures courantes faisant l'objet d'échanges commerciaux sur le marché, permettant d'établir leur cotation, il est recommandé d'opter pour le prix ajustable, ce qui nécessite de fixer dans le marché une référence d'ajustement représentative de l'évolution du prix des fruits et légumes commandés, ainsi que les modalités d'application de l'ajustement.

5.3 – Prix initial et prix de règlement

Il convient de distinguer le prix initial du prix de règlement.

Le prix initial (cf. ci-dessus) est celui figurant dans les documents contractuels, il est définitif. Le prix de règlement est le prix payé au fournisseur au fur et à mesure de l'exécution du marché, et tient compte le cas échéant des variations des conditions économiques.

Le prix initial est offert par les candidats au marché, suivant les modalités pratiques fixées par l'acheteur dans le règlement de la consultation.

Il est recommandé de faire établir ce prix par référence à un indice d'évolution des prix, une cotation, une mercuriale, le barème du candidat, la seule condition réglementaire étant que ces références soient représentatives de l'évolution du prix de la prestation faisant l'objet du marché.

Le prix de règlement peut être basé, en respectant cette condition réglementaire, sur la même référence.

5.4 – Expression du prix initial et détermination du prix de règlement

5.4.1. – Prix initial.

Les offres de prix sont formulées par les candidats au marché suivant les modalités fixées dans le règlement de la consultation établi par l'acheteur.

Généralement il est prévu que ces offres sont exprimées en termes de % de baisse (plus rarement de hausse) ou de coefficient de minoration (parfois d'augmentation) par rapport à une référence fixée par l'acheteur.

Par exemple :

- Référence fixée :
 - soit cotation du Service des nouvelles des marchés (SNM) ;
 - soit barème du fournisseur ;
 - soit...

- Cette référence est identifiée par l'acheteur :
 - barème du fournisseur applicable au ... ;
 - cotation SNM du ... 2002, cours moyen.

- Formulation des offres par les fournisseurs :
 - en coefficient : 0,97 par exemple ;
 - en pourcentage : 3 % de baisse.

Le décret précité du 23 août 2001 prévoit que si « un délai supérieur à 3 mois s'écoule entre la date d'établissement du prix initial figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations », le prix initial **peut** être actualisé. Le marché doit prévoir les modalités de cette actualisation. L'actualisation ne peut intervenir qu'une seule fois pour un même marché.

Il convient donc de se montrer vigilant par rapport aux rabais proposés lors de l'appel d'offres et notamment de veiller à ce que la compétition sur les prix ne s'exerce pas au détriment de la qualité du produit ou des services de préparation et de livraison qui lui sont associés, ou ne s'accompagne de risques de surfacturation lors des livraisons.

La collectivité a toute liberté pour demander une présentation de l'offre de prix des entreprises qui puisse lui permettre de mieux choisir (décomposition des prix...).

A cet égard, l'article 55 du code des marchés publics précise que si une offre paraît anormalement basse, la collectivité « peut la rejeter par décision motivée, après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifier les justifications fournies. »

5.4.2. – Détermination du prix du règlement

Elle est prévue dans le cahier des charges du marché qui indique :

- la référence d'ajustement (cf. 5.5.1.) ;
- la périodicité d'ajustement ;
- éventuellement une clause butoir permettant de neutraliser certaines hausses ou baisses trop importantes.

5.4.3. – Tarif du fournisseur.

Si la référence fixée par l'acheteur est le tarif du fournisseur, il est prévu que :

- le fournisseur doit mettre à disposition de l'acheteur ses conditions générales de vente applicables à l'ensemble des clients du même circuit de distribution ;
- le tarif du fournisseur doit être précis, avec notamment, pour les produits normalisés, les indications obligatoires relatives à l'origine, la catégorie de classement, le calibre, et la variété le cas échéant. Pour les autres produits, le nom du pays d'origine est obligatoire en cas d'importation.
- le cahier des charges identifie très précisément ce tarif ;

- lors de la remise des offres, les candidats au marché remettant le tarif de la semaine précédant le dernier jour de cette remise, ainsi que ceux des deux semaines précédant ce tarif. Ces tarifs doivent être ceux appliqués aux clients du même circuit de distribution, annoncés comme références professionnelles lors de la remise des offres.

Ainsi les tarifs applicables au cours de la semaine N seront ceux du tarif de la semaine N – 1. Les prix sont non variables au cours d'une même semaine.

Il est recommandé de prévoir que les variations de prix d'une semaine à l'autre ne pourront être supérieures à celles constatées pour les mêmes produits sur la cotation S.N.M. du marché d'intérêt national le plus proche.

5.4.4. – Cotations des marchés d'intérêt national (MIN)

Il existe au niveau national plusieurs MIN (au moins un par région), du Ministère de l'Agriculture étant présent dans chacun d'eux (**cf. annexe**).

Les mercuriales mises au point par le SNM sont des documents qui comprennent les cotations de tous les produits d'un secteur donné (ex : fruits et légumes) pour un marché donné. Un commentaire complète l'information chiffrée. Les cotations sont quotidiennes, hebdomadaires ou mensuelles. Elles sont accessibles par e-mail (www.snm.agriculture.gouv.fr), minitel (36/15 SNM), télécopie (01.45.51.73.02), ou abonnement postal (SNM, 3, rue Barbet de Jouy, 75349 Paris 07 SP).

Une cotation comprend un libellé de produit : espèce, variété, catégorie, calibre, conditionnement..., et normalement 3 chiffres : le prix mini, le prix maxi et le prix modal (prix moyen). Les 3 cours sont indissociables et constituent une cotation. La mercuriale comprend également une moyenne hebdomadaire du cours moyen.

Les cours des cotations diffusés par le SNM s'entendent pour des fournitures enlevées sur les quais du MIN. Il convient donc de les majorer du prix du transport de ces quais aux lieux de livraison fixés par l'acheteur, ce dernier devant apprécier si la majoration proposée par le fournisseur est acceptable.

Le code des marchés publics, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, laisse toute liberté à l'acheteur pour fixer sa référence de fixation du prix initial et d'ajustement du prix, sous réserve qu'elle soit représentative de l'évolution des prix de la prestation objet du marché.

La cotation SNM ne s'impose donc que si l'acheteur l'a décidé.

La cotation établie dans chaque MIN correspond à un prix de marché de gros.

5.5. – Marché à bons de commande sans mini et sans maxi, passé avec plusieurs fournisseurs

Par dérogation aux dispositions de droit commun du code des marchés publics, à savoir :

- un même marché n'est attribué qu'à un titulaire,
- le marché doit prévoir une quantité ou un montant précis, ou, à défaut (marché à bons de commande), un minimum et un maximum,

l'article 72 (I, 4è) du code des marchés publics, relatif aux marchés à bons de commande prévoit que « la personne publique peut lancer une procédure d'appel d'offres et conclure, pour les mêmes prestations, des marchés sans minimum et sans maximum, avec plusieurs titulaires, lorsque ceci est rendu nécessaire..., par la forte volatilité des prix des produits ».

Le même article ajoute que dans ce cas « le prix peut ne pas être indiqué dans le marché, mais ce dernier doit néanmoins contenir tous les éléments permettant de le déterminer au moment de l'émission de chaque bon de commande. » Le règlement de la consultation annonce que ces marchés donneront lieu à remise en compétition lors de l'attribution des bons de commande et indique le nombre maximal de titulaires qui seront retenus. Il indique que, lors de la survenance des besoins, tous les titulaires seront remis en compétition sur la base du cahier des charges initial et que le choix de l'attributaire du bon de commande sera fonction du prix et, le cas échéant, du délai. Il précise que les réponses des entreprises seront transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de réception.

La remise en compétition prévue à l'alinéa précédent a lieu dans des formes et délais identiques pour tous les candidats en assurant la confidentialité des réponses. Le contenu de chaque réponse est enregistré.

La personne responsable du marché ou son représentant pour l'Etat ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, choisit l'attributaire du bon de commande ».

L'instruction d'application du code des marchés publics du 28 août 2001 indique que les denrées alimentaires fraîches, qui font l'objet d'une cotation sur un marché organisé, peuvent être considérées comme ayant des prix à forte volatilité. (point 72 – 4.5.2.1).

5.6. Variantes

Aux termes de l'instruction d'application du code des marchés publics (points 50.2 et 50.3), « le principe posé par le code des marchés publics est celui de la **liberté pour le candidat de proposer des variantes à son offre**.

La personne responsable du marché conserve la possibilité de refuser ces variantes dans certains cas, refus qui doit pouvoir être justifié par l'objet du marché ou des circonstances particulières. Dans cette hypothèse, le règlement de la consultation doit préciser et définir les limites en indiquant les spécifications du cahier des charges qui sont intangibles.

La variante devant être proposée avec l'offre de base, elle doit être présentée en même temps. A défaut elle est irrecevable.

L'instruction ajoute (point 53.6) que « lorsque des variantes ont été proposées, la comparaison des offres et des variantes doit s'opérer séparément. Dans un premier temps la personne responsable du marché, ou la commission d'appels d'offres, examine les offres (de base) conformes entre elles et les classe. Elle procède de même pour les offres variantes. Dans un deuxième temps, la personne responsable du marché compare l'offre de base la mieux classée avec la variante la plus intéressante. Les variantes ne peuvent en aucun cas être un critère de choix ».

5.7 – Recommandations

5.7.1. Dysfonctionnements d'exécution des marchés - Remèdes

Les dysfonctionnements les plus couramment relevés par les services de contrôle (DGCCRF) dans l'exécution des marchés publics, sont constitués par des surfacturations des produits livrés, en termes de quantité, mais aussi essentiellement en termes d'inadéquation entre la qualité livrée, inférieure à celle spécifiée au marché, et le prix facturé correspondant à une qualité supérieure.

L'attention des acheteurs est donc appelée sur la nécessité :

- **de formuler très précisément l'objet du marché, et des bons de commande qui l'exécutent ;**
- **de contrôler attentivement les produits livrés au regard des spécifications du marché.**

Ce contrôle de l'acheteur passe par :

- la formation de réceptionnaires aux critères techniques des produits ;
- la coordination entre les services de l'acheteur participant à l'acte d'achat, notamment le contrôle des factures au regard de la fiche type de réception des marchandises ;
- la formalisation de documents types facilitant le contrôle de réception des fournitures.

5.7.2. Choix vigilant des attributaires des marchés à bons de commande sans mini ni maxi passés avec plusieurs fournisseurs

Aux termes de l'instruction d'application du code des marchés publics pour son article 72, lors de la survenance des besoins dans le cas de la procédure de remise en compétition des titulaires, la désignation de l'attributaire du bon de commande « ne peut intervenir qu'au regard du critère du prix, et le cas échéant de délai (...). Les titulaires du marché pourront ainsi proposer soit une diminution du prix initialement proposé, soit des remises sur ce prix. Le choix est automatique, il ne peut laisser place à une nouvelle appréciation qualitative des prestations, celle-ci ayant été formulée lors de la décision initiale de retenir les titulaires ».

Il est donc recommandé à l'acheteur public, lors du choix des titulaires des marchés, de se montrer encore plus vigilant qu'à l'ordinaire quant à l'appréciation de la compétence technique de ceux-ci et de la qualité de leurs offres de prestations, cette appréciation ne pouvant ensuite être remise en cause pour l'attribution des bons de commande.

Certains professionnels de la filière des fruits et légumes se sont engagés dans une démarche de certification de service ; celle-ci permet de certifier que les caractéristiques du service rendu aux acheteurs (clients) sont conformes à un cahier des charges validé par un comité de certification représentant les professionnels, les clients et les pouvoirs publics²

² Les informations relatives à la certification de service QUALIPOM'FEL peuvent être détenues sur le site : www.fruits-et-legumes.net