



SPF CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE
SERVICE DES MARCHES PUBLICS

Recommandations concernant les hausses de prix importantes, notamment en raison de la guerre en Ukraine

Introduction

Compte tenu de diverses circonstances, dont la reprise économique après la crise du covid-19 mais également de la récente guerre en Ukraine et des diverses sanctions qui ont été imposées par la suite à la Russie et des incertitudes auxquelles ce conflit militaire donne lieu, de nombreux produits finis, de produits manufacturés ou de matières premières ont connu des augmentations et des fluctuations de prix considérables voire extrêmes au cours des dernières semaines (c'est entre autres le cas pour l'énergie, les carburants, l'aluminium, l'acier, le cuivre, les colles, les produits hydrocarbures, le bois, etc.). En outre, il ne peut être exclu que des problèmes d'approvisionnement puissent survenir pour certains produits. Les problèmes susmentionnés ne se posent pas seulement dans de nombreux marchés de travaux et de services manuels¹, mais peuvent également se faire sentir dans certains marchés de fournitures et de services.

Ces circonstances entraînent dans de nombreux cas des difficultés importantes pour les soumissionnaires lorsqu'il s'agit de fixer les prix dans des marchés publics dont la procédure de passation est en cours et pour lesquels des offres doivent encore être soumises. La période pendant laquelle les fournisseurs peuvent maintenir un certain prix a été considérablement réduite pour un certain nombre de produits.

En outre, de nombreux marchés publics rencontrent également des problèmes au cours de l'exécution, en raison de l'absence de clause de révision des prix ou, le cas échéant de l'inadéquation de ces clauses et, le plus souvent, du fait que les indices auxquels elles se



FOD KANSELARIJ VAN DE EERSTE MINISTER
DIENST OVERHEIDSOPDRACHTEN

Aanbevelingen ivm de aanzienlijke prijsstijgingen met name ingevolge de oorlog in Oekraïne

Inleiding

Gelet op diverse omstandigheden waaronder het economisch herstel na de covid-19 crisis en ook en met name de recente oorlog in Oekraïne en de diverse sancties die vervolgens genomen werden tegen Rusland en de onzekerheden waartoe dit militair conflict aanleiding geeft, kennen heel wat afgewerkte producten, halffabricaten en grondstoffen de laatste weken aanzienlijke tot extreme prijsstijgingen en prijschommelingen (dit is onder meer het geval voor energie, brandstoffen, aluminium, staal, koper, lijmen, koolwaterstofproducten, hout, ...). Bovendien valt niet uit te sluiten dat toeleveringsproblemen kunnen optreden voor bepaalde producten. De voormelde problematiek doet zich niet alleen voor bij vele opdrachten van werken en manuele diensten², maar kan zich ook laten voelen bij bepaalde opdrachten van leveringen en diensten.

Deze omstandigheden leiden ertoe dat inschrijvers in heel wat gevallen aanzienlijke moeilijkheden ondervinden bij de prijszetting voor de overheidsopdrachten waarvan de plaatsingsprocedure lopende is en waarvoor nog offertes moeten worden ingediend. De duurtijd waarbij toeleveranciers een bepaalde prijs kunnen aanhouden is voor een aantal producten immers in aanzienlijke mate korter geworden.

Daarnaast doen zich bij heel wat overheidsopdrachten ook problemen voor bij de uitvoering, ingevolge de afwezigheid van prijsherzieningsclausules of, in voorkomend geval, de onaangepastheid van dergelijke clausules en, in de meeste gevallen, het feit dat de

¹ Visés à l'annexe 1^{er} de l'AR RGE

² Als bedoeld in bijlage 1 bij het KB AUR

réfèrent en reflètent plus suffisamment rapidement l'évolution des prix. Ces circonstances peuvent, dans certains cas, conduire à une rupture de l'équilibre contractuel. Cela soulève en pratique un certain nombre de questions. C'est pourquoi des recommandations ont été élaborées, dans lesquelles des conseils pratiques sont fournis à toutes les parties contractantes concernées.

Malgré ces circonstances, il est essentiel que les parties arrivent à une solution acceptable pour la continuité du marché. En outre, il est rappelé que l'entrepreneur principal a l'obligation de veiller à ce que ses sous-traitants soient correctement dédommagés, dans la mesure où ils ont droit à une part du dédommagement issu de la modification éventuelle du contrat.

A. MARCHES EN COURS

Que faire si une augmentation extrême des prix n'est pas correctement prise en compte par une clause de révision des prix dans un marché en cours d'exécution ?

De nombreux marchés contiennent une clause de révision des prix. Pour la plupart des marchés de travaux, par exemple, les documents du marché prévoient une clause de révision qui fixe les modalités de révision des prix en fonction de l'évolution des prix. En effet, l'insertion d'une telle clause pour ces derniers marchés est le plus souvent obligatoire.³ Les formules utilisées dans ces clauses doivent être basées sur des paramètres objectifs et vérifiables et refléter la structure réelle des coûts par l'utilisation de coefficients de pondération appropriés.⁴

À la lumière de la situation actuelle, une clause de révision des prix qui reflétait la structure réelle des coûts peut, dans la pratique, ne pas ou ne plus absorber les fluctuations exceptionnelles de prix et, par conséquent, ne pas répondre de manière adéquate à l'évolution des

indexen waarnaar deze verwijzen onvoldoende snel de prijsevolutie reflecteren. Deze omstandigheden kunnen in sommige gevallen leiden tot een ontwrichting van het contractueel evenwicht. Hieromtrent stellen zich in de praktijk een aantal vragen. Om die reden werden aanbevelingen ontwikkeld waarin praktische wenken worden aangereikt voor alle betrokken contractpartijen.

Ondanks deze omstandigheden is het van essentieel belang dat de partijen tot een oplossing komen die aanvaardbaar is voor de continuïteit van de opdracht. Daarnaast wordt eraan herinnerd dat het tot de verplichting van de hoofdaannemer behoort om toe te zien op het correct vergoeden van zijn onderaannemers, in de mate ook zij recht hebben op een deel van de vergoeding die volgt uit de wijziging, desgevallend, van de opdracht.

A. LOPENDE OPDRACHTEN

Wat indien een extreme prijsstijging niet goed opgevangen wordt door een prijsherzieningsclausule bij een opdracht in uitvoering ?

In heel wat opdrachten wordt een prijsherzieningsclausule voorzien. Voor de meeste opdrachten voor werken is bijvoorbeeld in de opdrachtdocumenten een herzieningsclausule opgenomen waarin de modaliteiten voor de herziening van de prijzen in het licht van de prijsontwikkeling zijn vastgelegd. De opname van een dergelijke clausule voor deze laatste opdrachten is in de meeste gevallen immers verplicht⁵. De formules die in deze clausules worden aangewend moeten steunen op objectieve en controleerbare parameters en de werkelijke kostenstructuur weergeven, door middel van het gebruik van passende wegingscoëfficiënten.⁶

In het licht van de huidige situatie kan het zo zijn dat een prijsherzieningsclausule die weliswaar de werkelijke kostenstructuur weerspiegelde in de praktijk niet meer de uitzonderlijke fluctuaties opvangt en dan ook niet voldoende tegemoet komt aan de prijsevolutie die de

³ en vertu de l'article 38/7, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, ci-après l'AR RGE (sauf s'il y est dérogé dans des cas dûment justifiés en vertu de l'article 9, § 4, alinéa 2, de l'AR RGE).

⁴ voir article 38/7, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal RGE

⁵ in gevolge artikel 38/7, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, hierna het KB AUR genoemd (tenzij hiervan wordt afgeweken in behoorlijk verantwoorde gevallen overeenkomstig artikel 9, § 4, tweede lid, KB AUR)

⁶ zie artikel 38/7, § 1, lid 2, KB AUR

prix que l'adjudicataire a effectivement connue dans la chaîne d'approvisionnement⁷. Les paragraphes suivants expliquent comment les adjudicateurs peuvent traiter de tels cas.

Tout d'abord, relevons que les clauses de révision des prix intègrent la hausse des prix, avec un décalage dans le temps lié d'une part au délai nécessaire de l'évolution des indices de révision, et d'autre part au rythme de paiement contractuellement convenu entre les parties au contrat. Ceci est normal, et ne justifie pas en soi la modification de la formule de révision des prix ou l'évocation d'une autre cause de modification du contrat. Néanmoins, les fluctuations exceptionnelles de prix que l'on connaît actuellement peuvent rendre ce décalage dans le temps problématique dans certains cas (voir infra).

Compte tenu des circonstances rappelées en introduction, il paraît a priori plus logique pour l'adjudicataire, si les conditions sont réunies, **d'invoquer l'application de l'article 38/9 de l'AR RGE⁹**. Les conditions applicables en la matière ont été récemment rappelées, à la suite de la crise du COVID-19, au moyen d'une FAQ, sur le site internet ci-dessous :

<https://www.publicprocurement.be/fr/faq/consequenc-es-des-mesures-sanitaires-liees-au-covid-19-sur-les-marches-publics-faq>

(questions 10, 11, 12 et 13). Pour de plus amples explications, il est renvoyé à la FAQ susmentionnée. Si l'adjudicataire souhaite invoquer des circonstances imprévisibles, il doit dénoncer par écrit les faits et circonstances invoqués (les hausses soudaines de prix dans la chaîne d'approvisionnement et le fait qu'elles ne

opdrachtnemer reëel ondervindt in de toeleveringsketen.⁸ Hierna wordt toegelicht hoe de aanbesteders met dergelijke gevallen kunnen omspringen.

Allereerst zij erop gewezen dat de prijsherzieningsclausules rekening houden met de prijsverhoging maar dat hiermee een tijdsverschil gepaard gaat dat verband houdt met enerzijds de noodzakelijke vertraging in de ontwikkeling van de herzieningsindexcijfers en anderzijds het tussen de contractpartijen contractueel overeengekomen betalingsritme. Dit is normaal en rechtvaardigt op zichzelf niet dat de prijsherzieningsformule wordt gewijzigd of dat een andere reden wordt aangevoerd om de overeenkomst te wijzigen. De huidige uitzonderlijke prijschommelingen kunnen dit tijdsverschil in sommige gevallen echter problematisch maken (zie hieronder).

Rekening houdend met de in de inleiding vermelde omstandigheden, lijkt het a priori logischer dat de opdrachtnemer, als de voorwaarden daartoe vervuld zijn, de **toepassing inroept van artikel 38/9 van het KB AUR¹⁰**. De voorwaarden die in dit verband van toepassing zijn werden onlangs in herinnering gebracht, naar aanleiding van de COVID-19 crisis, door middel van een aantal FAQ, op onderstaande website :

<https://www.publicprocurement.be/nl/faq/gevolgen-van-de-gezondheidsmaatregelen-ingevoelge-covid-19-op-de-overheidsopdrachten-faq>

(vragen 10, 11, 12 en 13). Voor nadere toelichting wordt verwezen naar de voormelde FAQ. Als de opdrachtnemer onvoorzienbare omstandigheden wil inroepen, dan moet hij de ingeroepen feiten en omstandigheden waarop hij zich baseert (de plotse

⁷ Il convient de rappeler que la jurisprudence s'est déjà prononcée à plusieurs reprises sur des questions similaires. La Cour de cassation a en effet décidé, dans son arrêt du 13 septembre 2001, qu'une clause de révision des prix qui s'écartere de manière significative de la structure réelle des prix est nulle. Par ailleurs, dans un arrêt du 18 mars 2005, la Cour de cassation a jugé que les parties ne sont pas liées par la clause de révision des prix si son application n'est plus conciliable avec l'intention initiale que les parties avaient lorsqu'elles ont souscrit à cette clause, à savoir une révision de prix basée sur l'évolution des coûts réels. Enfin, dans un arrêt du 23 mars 2006, la Cour de cassation a décidé qu'un juge ne peut pas, sans le consentement des parties, simplement remplacer la clause annulée par une autre clause même si la clause initiale ne correspond plus à l'évolution réelle des prix.

⁸ Er wordt aan herinnerd dat de rechtspraak zich al meerdere malen over soortgelijke kwesties heeft uitgesproken. In haar arrest van 13 september 2001 oordeelde het Hof van Cassatie dat een prijsherzieningsclausule die aanzienlijk afwijkt van de eigenlijke prijsstructuur, nietig is. Bovendien heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 18 maart 2005 geoordeeld dat partijen niet gebonden zijn aan de prijsherzieningsclausule indien de toepassing ervan niet langer verenigbaar is met de oorspronkelijke bedoeling die partijen hadden toen zij deze clausule onderschreven, namelijk een prijsherziening op basis van de ontwikkeling van de werkelijke kosten. Ten slotte heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 23 maart 2006 geoordeeld dat een rechter zonder toestemming van de partijen het nietig verklaarde beding niet kan vervangen door een ander beding, zelfs indien de initiële clausule niet langer overeenstemt met de werkelijke prijsontwikkeling.

⁹ Tel qu'il a été inséré par l'arrêté royal du 22 juin 2017

¹⁰ Zoals deze bepaling werd ingevoegd door het koninklijk besluit van 22 juni 2017

sont pas reflétées de manière adéquate dans l'indice utilisé, ou les problèmes d'approvisionnement) sur lesquels il se fonde dans les trente jours soit de leur survenance, soit de la date à laquelle il aurait dû en avoir connaissance. Cette dénonciation doit aussi exposer de manière succincte l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché, dans le délai (cf. art. 38/15, al. 1^{er} de l'AR RGE). Dans l'intérêt des deux parties, il importe que la dénonciation soit claire : l'adjudicataire gagne à la faire par envoi recommandé pour avoir date certaine, en indiquant expressément qu'il s'agit d'une « dénonciation » en essayant de préciser les éléments du marché qui seraient impactés. Il est parfois difficile, dans la situation actuelle, d'identifier un point de départ clair pour le délai précité de trente jours. Le délai commence à courir au moment où l'adjudicataire constate (ou est censé avoir constaté) que les circonstances ont pour conséquence une rupture de l'équilibre contractuel du marché. Dans la plupart des cas, le déclenchement de la guerre en Ukraine ne constitue dès lors pas le point de départ du délai. Néanmoins, il est important pour l'adjudicataire de respecter le délai susmentionné puisque ce délai est prescrit sous peine de déchéance.

Il n'est pas non plus exclu que l'adjudicateur puisse appliquer l'article 38/2 ou l'article 38/4 ou les articles 38/5 et 38/6 de l'AR RGE dans la mesure où les conditions propres à chacune de ces hypothèses de modification sont remplies.

Dans le cadre de marchés de fournitures et services non-manuels, la condition selon laquelle le préjudice doit s'élever au moins à quinze pour cent (visé à l'article 38/9, § 3, 2°, de l'AR RGE), n'est pas remplie dans la plupart des cas. Néanmoins, dans le cadre de la crise actuelle, il pourrait être indiqué de rétablir l'équilibre contractuel dans le cas où le marché pourrait difficilement être exécuté sans modification. Cependant, la perte effective subie par l'adjudicataire étant la conséquence d'événements extérieurs et imprévisibles, elle ne devrait pas être supportée par l'adjudicateur seul. L'adjudicateur pourrait appliquer l'article 38/2 de l'AR RGE, par exemple pour apporter des modifications dans la clause de révision des prix. D'ailleurs, la Cour de Cassation a déjà précisé que les parties ne sont pas liées par une clause de révision des prix si son application n'est plus conciliable avec

prijshervhogingen in de toeleveringsketen en het feit dat deze onvoldoende weerspiegeld wordt in de gebruikt index, dan wel de bevoorradingsproblemen) schriftelijk kenbaar maken en dit binnen de dertig dagen ofwel nadat ze zich hebben voorgedaan of na de datum waarop hij ze had moeten kennen. In deze melding moet ook bondig worden aangegeven welke invloed deze feiten of omstandigheden hebben op het verloop en de kostprijs van de opdracht en dit binnen de gestelde termijn (cf. art. 38/15, eerste lid, KB AUR). In het belang van beide partijen is het belangrijk dat de melding duidelijk is: de opdrachtnemer heeft er belang bij deze melding via een aangetekende zending te versturen om over een vaste datum te beschikken, waarbij hij moet trachten te specificeren welke elementen van de opdracht geïmpacteerd zouden kunnen zijn. Soms is het moeilijk om, in de huidige situatie, een duidelijk aanvangspunt te identificeren voor de voormelde termijn van dertig dagen. De termijn begint te lopen wanneer de opdrachtnemer zich ervan bewust wordt (of geacht wordt zich ervan bewust te zijn) dat de omstandigheden leiden tot een ontwijking van het contractuele evenwicht. In de meeste gevallen is het uitbreken van de oorlog in Oekraïne dus niet het beginpunt van de termijn. Toch is het voor de opdrachtnemer belangrijk om de voormelde termijn na te leven, aangezien deze is voorgeschreven op straffe van verval.

Het is evenmin uitgesloten dat door de aanbesteder toepassing wordt gemaakt van de artikelen 38/2 of 38/4 of van de artikelen 38/5 en 38/6 van het KB AUR, voor zover de voorwaarden die eigen zijn aan elk van de voormelde hypothesen van wijziging van de opdracht vervuld zijn.

In het geval van opdrachten voor leveringen en niet-manuele diensten is in de meeste gevallen niet voldaan aan de voorwaarde dat het geleden nadeel ten minste vijftien procent moet bedragen (als bedoeld in artikel 38/9, § 3, 2°, van het KB AUR). Niettemin zou het in de context van de huidige crisis aangewezen kunnen zijn het contractuele evenwicht te herstellen indien de opdracht moeilijk kan worden uitgevoerd zonder enige wijziging. Aangezien het werkelijke verlies dat de opdrachtnemer lijdt het gevolg is van externe en onvoorzienbare omstandigheden, mag het echter niet alleen door de aanbesteder worden gedragen. De aanbesteder zou toepassing kunnen maken van artikel 38/2 van het KB AUR om bijvoorbeeld wijzigingen aan te brengen in de prijsherzieningsclausule. Bovendien heeft het Hof van Cassatie reeds duidelijk gemaakt dat partijen niet gebonden zijn door een prijsherzieningsclausule indien

l'intention initiale que les parties avaient lorsqu'elles ont souscrit à cette clause et qu'il incombe alors aux parties de modifier la clause, sans que cette négociation ne soit subordonnée à la condition d'un dépassement d'un seuil (voir la note en bas de page 7 pour les références vers les arrêts de la Cour de Cassation). L'adjudicateur doit veiller à ce qu'une partie des aléas du marché reste à charge de l'adjudicataire. En pratique, cela signifie que l'adjudicateur devra refuser d'apporter une modification dans le cas où le préjudice est inférieur à un certain pourcentage du montant initial du marché. Pour fixer le taux à prendre en compte, l'adjudicateur pourrait s'inspirer des marges bénéficiaires qui s'appliquent généralement dans le secteur concerné¹¹. Il est par ailleurs conseillé aux adjudicateurs et aux opérateurs économiques d'engager des discussions afin de trouver un accord.

Il convient de préciser que l'adjudicataire devra également fournir des justificatifs dans le cas où la modification se base sur une autre disposition que l'article 38/9 de l'AR RGE, par exemple l'article 38/2 AR RGE. Dans le cas contraire, l'adjudicateur ne dispose pas d'informations utiles pour accepter, le cas échéant, la modification. Il va de soi que le dialogue entre parties est à privilégier.

Compte tenu de ce qui précède, il est conseillé aux adjudicateurs, dans les cas où cela s'avère nécessaire, de prendre contact avec l'adjudicataire afin de trouver ensemble une clause de révision des prix mieux adaptée et de remplacer ou d'adapter la clause en question. Les possibilités suivantes peuvent être envisagées (pour autant qu'elles répondent aux conditions de l'hypothèse ou des hypothèses invoquées en vertu des articles précités) :

a) Première possibilité : envisager de remplacer ou d'adapter la clause de révision des prix

de toepassing ervan niet langer verenigbaar is met de oorspronkelijke bedoeling die partijen bij het aangaan van de clausule hadden en dat het dan aan de partijen is om de clausule te wijzigen, zonder dat deze onderhandeling afhankelijk wordt gemaakt van de voorwaarde dat een drempel wordt overschreden (zie voetnoot 7 voor verwijzingen naar de arresten van het Hof van Cassatie). De aanbesteder moet ervoor zorgen dat een deel van de risico's van de opdracht bij de opdrachtnemer blijft liggen. In de praktijk betekent dit dat de aanbesteder moet weigeren een wijziging door te voeren als het verlies minder bedraagt dan een bepaald percentage van de oorspronkelijke waarde van de opdracht. Bij de bepaling van het in aanmerking te nemen percentage zou de aanbesteder inspiratie kunnen putten uit de winstmarges die in het algemeen in de betrokken sector van toepassing zijn¹². Het is ook raadzaam dat de aanbesteders en de ondernemers besprekingen aanvatten om tot een akkoord te kunnen komen.

Er zij op gewezen dat de opdrachtnemer ook bewijsstukken zal moeten overleggen in het geval de wijziging gebaseerd is op een andere bepaling dan artikel 38/9 KB AUR, bijvoorbeeld op artikel 38/2 KB AUR. Anders beschikt de aanbesteder niet over de nuttige informatie om, in voorkomend geval, de wijziging te kunnen aanvaarden. Het spreekt voor zich dat het aan te bevelen valt dat de partijen hieromtrent de dialoog aangaan.

In het licht van wat voorafgaat worden de aanbesteders aangeraden om, in de gevallen waarbij dit nodig is, contact op nemen met de opdrachtnemer om samen op zoek te gaan naar een beter aangepaste prijsherzieningsclausule en om de betreffende clausule te vervangen of aan te passen. De onderstaande mogelijkheden kunnen overwogen worden, voor zover voldaan is aan de voorwaarden van de hypothese/n die wordt/worden ingeroepen overeenkomstig de artikelen waarnaar hierboven werd verwezen):

a) Eerste mogelijkheid : overwegen om de prijsherzieningsclausule te vervangen of aan te passen

¹¹ A ce sujet, la Banque nationale de Belgique a publié une étude traitant notamment des marges bénéficiaires des entreprises suite aux différentes crises : G. BIJNENS et C. DUPREZ, *Les firmes et la hausse des prix énergétiques*, mai 2022, https://www.nbb.be/doc/ts/publications/other/220513_firmes_hausse_prix_energetiques.pdf (voir notamment page 27).

¹² In dit verband heeft de Nationale Bank van België een studie gepubliceerd die met name betrekking heeft op de winstmarges van de ondernemingen ingevolge de verschillende crisissen : G. BIJNENS et C. DUPREZ, *Bedrijven en de stijging van de energieprijzen*, mei 2022, https://www.nbb.be/doc/ts/other/220513_bedrijven_stijging_energieprijzen.pdf (zie met name pagina 27)

Dans un certain nombre de cas, il est inopportun d'inclure une référence générale à l'indice "I" qui se compose d'une liste reprenant l'évolution des prix de quelque 26 catégories de matériaux de construction, et pondérée en fonction des matériaux utilisés sur un chantier type et qui aboutit parfois donc à une prise en compte insuffisante des produits de construction effectivement utilisés pour la réalisation du marché en question. Lorsque les proportions des produits de construction utilisés s'écartent sensiblement de ce qui est habituellement le cas (par exemple, en raison de l'utilisation d'une construction à ossature en bois), il est préférable de travailler avec des paramètres spécifiques et des formules mieux adaptées à un marché public concret. Toutefois, ce serait aller trop loin que de dire qu'une simple référence à l'indice général de construction "I" ne serait jamais justifiée pour prendre en compte l'impact des matériaux de construction. Une telle approche peut être appropriée et peut même être la meilleure approche si beaucoup de matériaux de construction de différents types sont utilisés, dans des proportions conformes à ce qui est habituellement le cas. Le même raisonnement vaut également pour d'autres indices généraux (par exemple l'indice santé ou l'indice des prix à la consommation qui seraient utilisés dans les formules de révision). L'idéal est évidemment de pouvoir se référer à des indices les plus spécifiques que possibles.

Il n'est pas exclu que, dans l'hypothèse traitée dans le présent point et pour autant que toutes les conditions soient réunies, une modification soit également apportée au terme fixe, par laquelle il sera réduit ou partiellement remplacé par une référence à un indice approprié.

b) Deuxième possibilité : envisager uniquement un ajustement temporel de la clause de révision des prix

Dans de nombreux cas, un ajustement temporel de la clause de révision des prix peut être utile. En effet, il est possible que la formule et l'indice utilisés reflètent adéquatement la structure réelle des prix et leur fluctuation, mais que l'effet de cette fluctuation soit visible avec un retard (d'un ou plusieurs mois, selon les cas). Ce phénomène est inévitable et est dû au fait que l'indice est composé de prix du passé récent (mais néanmoins du passé). En général, un tel retard dans le mécanisme d'indexation ne constitue pas un problème majeur. Cependant, dans la situation actuelle, certains prix ont augmenté si rapidement que la différence entre

In een aantal gevallen valt het af te raden een algemene verwijzing op te nemen naar de index "I", die is samengesteld uit een lijst met de prijsontwikkeling van een 26-tal categorieën bouwmaterialen, en een weging hebben volgens de gebruikte materialen op een doorsnee werf en er zodoende soms toe leidt dat onvoldoende rekening wordt gehouden met de bouwproducten die concreet worden aangewend voor de realisatie van de betreffende opdracht. Wanneer de verhoudingen in de aangewende bouwproducten gevoelig afwijkt van wat doorgaans het geval is (bijvoorbeeld omdat wordt gewerkt door middel van houtskeletbouw), valt het te verkiezen te werken met specifieke parameters en formules die beter aangepast zijn aan de concrete overheidsopdracht. Echter zou het te ver gaan te stellen dat een verwijzing, voor de impact van de bouwmaterialen, louter, naar de algemene bouwindex "I", nooit gerechtvaardigd zou zijn. Dergelijke benadering kan passend zijn en zelfs de beste benadering, indien heel wat bouwmaterialen van diverse aard worden verwerkt en in proporties die in lijn liggen met hetgeen doorgaans het geval is. Dezelfde redenering geldt voor andere algemene indexcijfers (bv. de gezondheidsindex of de consumptie index die in de herzieningsformules zouden worden aangewend). Idealiter zou het mogelijk moeten zijn om naar zo specifiek mogelijke indexcijfers te verwijzen.

Er valt niet uit te sluiten dat, in de hier behandelde hypothese en voor zover aan alle voorwaarden voldaan is, ook een wijziging wordt aangebracht aan de vaste factor, waarbij deze waar nodig wordt gereduceerd of gedeeltelijk vervangen door een verwijzing naar een passende index.

b) Tweede mogelijkheid : louter overwegen een beperkte aanpassing in de tijd door te voeren van de prijsherzieningsclausule

In heel wat gevallen kan een aanpassing in de tijd van de prijsherzieningsclausule soelaas bieden. Het is immers mogelijk dat de gebruikte formule en index de reële prijsstructuur en de prijsfluctuatie adequaat weergeven, maar dat het effect van deze fluctuatie met vertraging (van één of meerdere maanden, afhankelijk van het geval) zichtbaar wordt. Dit verschijnsel is onvermijdelijk en is te wijten aan het feit dat de index is samengesteld uit prijzen uit het recente verleden (maar niettemin uit het verleden). In het algemeen vormt een dergelijke vertraging ingevolge de indexmechanisme geen groot probleem. In de huidige situatie zijn sommige prijzen

les prix actuels et les prix sur la base desquels l'indice est calculé pourrait perturber l'équilibre contractuel. Dans ce cas, les parties pourraient convenir que le pouvoir adjudicateur paiera provisoirement un prix basé sur le dernier indice disponible, mais que ce prix sera définitivement réglé un ou plusieurs mois plus tard (par exemple, deux mois pour l'indice matériaux de construction "I" version 2021 et un mois pour l'ancien indice matériaux de construction "I") sur la base de l'indice du mois au cours duquel les travaux faisant l'objet de la facture ont été réalisés. Ce règlement définitif peut donner lieu au versement d'un supplément de prix par le pouvoir adjudicateur ou à la restitution d'une partie du paiement provisoire par le contractant. Il est important de noter qu'un tel mécanisme, s'il est utilisé, doit être appliqué pendant toute la durée restante du contrat. Les modalités concrètes du système de paiement provisoire et de règlement définitif susmentionné doivent être précisées par les parties, en fonction des paramètres de l'indice utilisé et des spécificités du marché.

Il est également possible de modifier la clause de révision des prix afin d'augmenter la fréquence de la révision des prix. Il pourrait en effet par exemple être fait application d'une telle clause de manière mensuelle (ou hebdomadaire). Cette période devrait être déterminée en fonction de l'objet du marché et de la périodicité de la mise à jour des indices.

c) Troisième possibilité : dans des situations exceptionnelles, tenir compte des prix réels

Si l'adjudicateur estime que les conditions d'application de l'article 38/9 AR RGE sont réunies, il peut également être approprié, dans certains cas exceptionnels et pour autant que les approches précitées n'offrent pas de solution et que l'adjudicataire fournisse les preuves nécessaires à cet effet, de rétablir l'équilibre contractuel en accordant une indemnité compensatoire. Pour déterminer l'indemnité, l'adjudicateur pourrait entre autres prendre en compte le prix réel auquel l'adjudicataire a été confronté concrètement pour l'achat des produits nécessaires à l'exécution du marché concret. Cette approche présuppose que l'adjudicataire transmette des données très précises à l'adjudicateur. En particulier, une telle approche peut être envisagée si de forts chocs de prix se sont produits. En effet, les paramètres utilisés dans les formules de révision des

echter zo snel gestegen dat het verschil tussen de huidige prijzen en de prijzen op basis waarvan de index wordt berekend, het contractuele evenwicht zou kunnen verstoren. In een dergelijk geval zouden de partijen kunnen overeenkomen dat de aanbesteder een prijs voorlopig betaalt op basis van de laatste beschikbare index, maar dat deze prijs één of enkele maanden later (bijvoorbeeld twee maanden voor index bouwmaterialen "I" versie 2021 en één maand voor de oude index bouwmaterialen "I") definitief zal worden afgerekend op basis van de index van de maand waarin de werken werden uitgevoerd die het voorwerp uitmaken van de betreffende factuur. Deze definitieve afrekening zou kunnen leiden tot de betaling van een prijssupplement door de aanbesteder of tot de teruggave door de opdrachtnemer van een deel van de voorlopige betaling. Het is belangrijk op te merken dat een dergelijk mechanisme, indien het wordt gebruikt, gedurende de gehele resterende duur van de uitvoering van de overeenkomst moet worden toegepast. De concrete modaliteiten voor het voormelde systeem van voorlopige betaling en definitieve afrekening moeten door de partijen nader worden ingevuld, afhankelijk van de parameters van de aangewende index en de eigenheden van de opdracht.

Het is ook mogelijk om de prijsherzieningsclausule te wijzigen om de frequentie van de prijsherziening te verhogen. Dergelijke clausule zou bij voorbeeld maandelijks (of wekelijks) kunnen worden toegepast. Dit tijdsinterval zou vastgesteld moeten worden naar gelang van het voorwerp van de opdracht en de frequentie waarmee de indexen worden bijgewerkt.

c) Derde mogelijkheid : in uitzonderlijke gevallen, rekening houden met de reële prijzen

Indien de aanbesteder oordeelt dat de voorwaarden voor toepassing van artikel 38/9 KB AUR vervuld zijn kan het eveneens gepast zijn, in sommige uitzonderlijke gevallen, voor zover de voormelde benadering geen oplossing bieden en voor zover de opdrachtnemer alle nodige bewijzen in dit verband aandraagt, om het contractueel evenwicht te herstellen door het toekennen van een compenserende vergoeding. Om de hoogte van de vergoeding te bepalen, zou de aanbesteder onder andere rekening kunnen houden met de reële prijs waarmee de opdrachtnemer in concreto geconfronteerd werd voor de aanschaf van de producten die nodig waren voor de uitvoering van de concrete opdracht. Deze aanpak veronderstelt dat door de opdrachtnemer erg precieze gegevens doorgegeven worden naar de aanbesteder. Met name indien zich

prix sont basés sur des valeurs moyennes, ce qui signifie que les fluctuations parfois extrêmes des prix sont nivelées, alors que le prix réel auquel l'adjudicataire a été soumis peut avoir été sensiblement plus élevé au moment où il a été contraint d'acheter les produits en question. Il est préférable que l'utilisation de cette méthode soit aussi courte que possible et donc limitée dans le temps, quitte à l'envisager à nouveau pour une nouvelle période assez courte, si cela s'avère nécessaire.

Le cas échéant, bien que l'article 38/9 ne le prévoit pas expressément, en lien avec le caractère provisoire d'une modification apportée dans ce contexte, les parties pourraient également envisager un dédommagement provisionnel. En effet, le délai de 90 jours à compter de la réception provisoire, dans lequel l'adjudicataire peut introduire sa réclamation, pour démontrer l'existence d'un préjudice très important (art. 38/9 AR RGE) et chiffrer et justifier précisément celui-ci (art. 38/16 AR RGE), révèle que la logique est celle d'une indemnisation a posteriori, lorsque le préjudice subi par l'adjudicataire peut être chiffré dans son entièreté à la fin du marché (ou le cas échéant dès que le seuil de 2,5 % ou 15 % est déjà atteint en cours d'exécution du marché). Autrement dit, la réparation ne porte en principe que sur le passé et c'est à l'adjudicataire à supporter, dans un premier temps, les surcoûts en question, avant le cas échéant d'être dédommagé par l'adjudicateur.

Afin de pallier cette difficulté supplémentaire dans le contexte actuel, outre le fait de prévoir que l'application de nouveaux prix est limitée dans le temps et que son opportunité sera réévaluée périodiquement, il est recommandé à l'adjudicateur d'être explicite quant à son caractère provisionnel, avec donc une régularisation en fin de marché, à la hausse ou à la baisse, sur la base des justifications chiffrées liées au marché que l'adjudicataire pourra donner (art. 38/16 AR RGE). Et s'il ne devait pas y parvenir, ces provisions devront alors être remboursées, le cas échéant par prélèvement sur les montants encore dus à l'adjudicataire, voire sur le cautionnement (art. 72 AR RGE).

sterke prijsschokken hebben voorgedaan kan een dergelijke benadering overwogen worden. Immers wordt bij de samenstelling van de parameters die aangewend worden bij prijsherzieningsformules, gebruik gemaakt van gemiddelde waarden, waardoor de soms extreme prijsschommelingen worden uitgevlakt, terwijl de concrete prijs waaraan de opdrachtnemer onderhevig was gevoelig hoger kan liggen op het moment waarop deze genoodzaakt was de betreffende producten aan te kopen. Het verdient de voorkeur deze methode zo kort als mogelijk toe te passen en dus in de tijd te beperken, ook al betekent dit dat, zo nodig, het mechanisme mogelijkerwijs opnieuw moet overwogen worden voor een volgende nieuwe korte periode.

Zo nodig zouden de partijen, hoewel dit niet uitdrukkelijk bepaald wordt in artikel 38/9, gelet op het voorlopige karakter van een in dit verband aangebrachte wijziging, ook een voorlopige vergoeding kunnen overwegen. Uit de termijn van 90 dagen vanaf de voorlopige oplevering, waarbinnen de opdrachtnemer zijn claim kan indienen, om het bestaan van een zeer aanzienlijke schade aan te tonen (art. 38/9 KB AUR) en deze nauwkeurig te becijferen en te rechtvaardigen (art. 38/16 KB AUR), blijkt immers dat de logica deze van een vergoeding a posteriori is, wanneer de door de opdrachtnemer geleden schade aan het einde van de opdracht volledig kan worden becijferd (of, in voorkomend geval, zodra de drempel van 2,5 % of 15 % reeds tijdens de uitvoering van de uitvoering van de opdracht is bereikt). Met andere woorden, de vergoeding heeft in beginsel slechts betrekking op het verleden en het is in eerste instantie aan de opdrachtnemer om de desbetreffende extra kosten te dragen, alvorens hij eventueel door de aanbesteder wordt gecompenseerd.

Om het hoofd te bieden, in de huidige context, aan deze bijkomende moeilijkheid, wordt aanbevolen dat de aanbesteder niet alleen bepaalt dat de toepassing van nieuwe prijzen beperkt is in de tijd en dat de geschiktheid ervan periodiek opnieuw zal worden geëvalueerd, maar ook dat hij uitdrukkelijk wijst op het voorlopige karakter ervan, met een aanpassing naar boven of naar beneden aan het einde van de opdracht, op basis van de becijferde rechtvaardigingen die verband houden met de opdracht en die de opdrachtnemer kan verstrekken (art. 38/16 KB AUR). En mocht hij hierin niet slagen, dan zullen deze provisies moeten terugbetaald worden, desnoods door inhouding op de bedragen die nog verschuldigd zijn aan de opdrachtnemer, of zelfs op de borgtocht (art. 72 KB AUR).

Qu'en est-il des délais de vérification et de paiement?

L'adjudicateur, amené à analyser certaines pièces qui lui sont transmises par l'adjudicataire en vue d'obtenir une révision du marché, pourrait être tenté d'allonger le délai de vérification suite à la déclaration de créance.

Dans ce cas, l'adjudicateur doit garder à l'esprit qu'en cas de retard dans la vérification et ensuite dans le paiement des factures, il est redevable à l'égard de l'adjudicataire, de plein droit et sans mise en demeure, d'intérêts pour retard, conformément à l'article 69 de l'AR RGE. Mais surtout, il doit bien être conscient qu'un tel retard de paiement peut avoir des conséquences néfastes pour l'adjudicataire, qui se trouve déjà dans une situation difficile du fait des hausses de prix. Il est dès lors recommandé, dans le cas où la vérification des pièces justificatives liées aux demandes de modification du marché ne peut être réalisée dans le délai prévu, de procéder au minimum au paiement de l'incontestablement dû.

B. MARCHES FUTURS

Le marché actuel étant dans certain cas très volatile, les prix fluctuent parfois très fortement de jours en jours. Il est dès lors conseillé à chaque adjudicateur de prendre cette situation en compte lorsqu'il passe son marché.

L'adjudicateur doit apporter un grand soin à la préparation de son marché dans de telles circonstances. Il est notamment conseillé d'insérer deux clauses dans les documents du marché.

D'abord, l'adjudicateur devrait prévoir une clause de révision, même si l'article 38/7 de l'AR RGE ne l'impose pas. En effet, les fluctuations de prix étant tellement rapides et ayant un impact sur un grand nombre de matériaux, il est important de prévoir à l'avance comment seront traitées ces fluctuations de prix.

Ensuite, l'adjudicateur devrait prévoir des clauses de réexamen traitant du bouleversement de l'équilibre contractuel. Ces clauses peuvent prendre la forme d'une adaptation de la clause qui figure à l'article 38/9 de l'AR RGE. Il est également possible de prévoir une clause de

Wat me de verificatie- en betalingstermijnen?

De aanbestedder, die bepaalde documenten die hem door de opdrachtnemer zijn toegezonden met het oog op een herziening van de overeenkomst moet onderzoeken, zou in de verleiding kunnen komen om de verificatietermijn die volgt op de schuldvordering te verlengen.

In dit geval moet de aanbestedder er rekening mee houden dat hij, in geval van vertraging bij de verificatie en de daaropvolgende betaling van de facturen, aan de opdrachtnemer van rechtswege en zonder ingebrekestelling moratoire interesten moet betalen overeenkomstig artikel 69 KB AUR. Maar bovenal moet hij zich ervan bewust zijn dat een dergelijke betalingsachterstand nefaste gevolgen kan hebben voor de opdrachtnemer, die zich reeds in een moeilijke situatie bevindt als gevolg van de prijsstijgingen. Daarom wordt aanbevolen dat, indien de verificatie van de bewijsstukken die verband houden met de verzoeken tot wijziging van de opdracht niet binnen de gestelde termijn kan worden uitgevoerd, ten minste het onbetwiste verschuldigde bedrag betaald wordt.

B. TOEKOMSTIGE OPDRACHTEN

De huidige markt is in sommige gevallen erg volatiel en de prijzen schommelen soms sterk van dag tot dag. Het is derhalve raadzaam dat elke aanbestedder bij de gunning van opdrachten met deze situatie rekening houdt.

De aanbestedder moet in dergelijke omstandigheden zeer zorgvuldig te werk gaan bij de voorbereiding van zijn opdracht. Het is met name raadzaam twee clausules in de opdrachtdocumenten op te nemen.

In de eerste plaats zou de aanbestedder een herzieningsclausule moeten opnemen, zelfs indien dit niet voorgeschreven wordt door artikel 38/7 van het KB AUR. Aangezien de prijschommelingen zo snel gebeuren en van invloed zijn op zoveel materialen, is het van belang van tevoren te voorzien hoe men met deze prijschommelingen zal omspringen.

In de tweede plaats zou de aanbestedder moeten voorzien in herzieningsclausules met betrekking tot de ontwrichting van het contractuele evenwicht. Deze clausules kunnen de vorm aannemen van een aanpassing van de in artikel 38/9 KB AUR vermelde

réexamen conformément à l'article 38 de l'AR RGE. Une telle clause pourrait par exemple prévoir comment les variations du prix de l'énergie ou des carburants pourraient mener à une adaptation des prix du marché. L'adjudicateur pourrait également s'inspirer du mécanisme décrit à l'article 38/9 de l'AR RGE pour développer une clause de réexamen conformément à l'article 38 de l'AR RGE qui s'appliquerait spécifiquement pour régler des problèmes d'approvisionnement et/ou d'augmentation des prix causés par des conflits armés et des crises sanitaires. Cette clause pourrait notamment prévoir un seuil de préjudice très important inférieur aux seuils visés à l'article 38/9 de l'AR RGE.

clause. Het is eveneens mogelijk te voorzien in een herzieningsclausule overeenkomstig artikel 38 van het KB AUR. In een dergelijke clausule zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald hoe wijzigingen in de energie- of brandstofprijzen kunnen leiden tot een aanpassing van de prijzen van de opdracht. De aanbesteder zou ook inspiratie kunnen putten uit het in artikel 38/9 van de KB AUR beschreven mechanisme om een herzieningsclausule op te stellen overeenkomstig artikel 38 van het KB AUR die specifiek van toepassing zou zijn op leveringsproblemen en/of prijsstijgingen ten gevolge van gewapende conflicten en gezondheids crisissen. Deze clausule zou met name kunnen voorzien in een drempel voor het zeer belangrijk nadeel die lager uitvalt dan de in artikel 38/9 van het KB AUR bedoelde drempels.