L’AJI a commencé de vous présenter une série d’articles sous forme de fiches qui font le tour de la problématique des marchés publics en EPLE ; en s’intéressant donc principalement aux marchés à procédure adaptée (MAPA) qui représentent l’essentiel des procédures appliquées dans les établissements scolaires. De la définition d’un marché public aux risques liés à la Commande publique, cette série d’articles présente au fil des numéros de la revue les différentes étapes d’un marché, les points de vigilance et les erreurs à éviter, en s’efforçant de rendre le sujet le plus concret possible. Le respect de la réglementation en matière de marchés publics revêt une importance de plus en plus grande en matière de responsabilité dans le cadre de la nouvelle responsabilité des gestionnaires publics (RGP) ; il convient donc de bien connaître ce domaine.

Sont parues les fiches suivantes :

Fiche n°1 : les bases des marchés publics. Revue Intendance n° 185

Fiche n°2 : la détermination du besoin dans les marchés publics. Revue Intendance n° 185

Fiche n°3 : la publicité dans les marchés publics. Revue Intendance n° 186

Fiche n°4 : la mise en concurrence dans les marchés publics. Revue Intendance n° 187

Fiche n°5 : l’achèvement de la procédure. Revue Intendance n° 191

Dans le numéro 192 est paru un article traitant spécialement de la négociation dans le cadre des marchés publics.

**Fiche 6 :**

**Suivi de l’exécution des marchés publics.**

Votre marché a été notifié au fournisseur retenu et il va donc s’exécuter dans les modalités et formes définies par les documents contractuels. Si la procédure a été correctement faite, ces documents contractuels du marché seront composés du cahier de consultation rédigé par l’EPLE précisant les modalités et conditions, et par la proposition ainsi que l’acte d’engagement du fournisseur retenu les acceptant. Ces documents se suffisent à eux-mêmes ; et il n’est nul besoin de signer un contrat type en plus avec l’attributaire même si le fournisseur insiste : il ne peut y avoir deux contrats comportant des dispositions parfois différentes pour une même prestation.

Il est toujours risqué d’avoir comme pièce contractuelle non pas vos propres documents issus de la consultation, mais un contrat type du prestataire retenu. Outre le fait qu’il peut avoir des clauses différentes de votre cahier des charges, il peut comporter des obligations objet de litiges lors de la fin de ces contrats ou de l’application de clauses de reconduction.

Attention notamment aux contrats liés aux photocopieurs qui risquent d’être reconduits pour une nouvelle année s‘ils ne sont pas dénoncés en temps et heure. Ces contrats doivent faire l’objet d’une lecture attentive et complète, car ils sont la principale source de contentieux contractuel. Ainsi, il peut arriver qu’un EPLE soit contraint de continuer à payer un contrat de maintenance de photocopieur faute de résiliation dans les délais, alors même que le contrat de location de l’appareil est lui terminé.

**I - L’exécution du marché public.**

En règle générale, l’exécution d’un marché public ne connaît pas de problèmes majeurs du moment que les modalités sont clairement définies dans les documents, et que l’établissement veille à leur respect par le fournisseur. C’est là que l’on mesure l’importance de la rédaction des documents de consultation. L’EPLE devra notamment être attentif au fait que les éventuelles modifications tarifaires intervenant en cours de contrats sont bien effectuées conformément au cahier des charges, à la date et au montant prévu. C’est un des points que devront vérifier le secrétaire général et le comptable lors de la comparaison des factures avec les dispositions contractuelles. Toute modification des clauses du marché devra faire l’objet d’un avenant.

**II – Les modifications d’un marché public.**

L’avenant est l’acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même. La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l’exécution du contrat, c’est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles.

À noter que le terme d’avenant continue d’être employé fréquemment, mais qu’il a disparu du vocabulaire du code de la commande publique (CCP) suite à la réforme de 2016. Au lieu d’avenant, on devrait désormais utiliser le terme de « modification du marché public ».

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les cas prévus par l’article L.2194-1 du CCP :

- Lorsque les modifications, quel qu’en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, c’est le cas notamment des clauses de variation du prix (article R.2191-1 du CCP).

- En application de l’article R.2194-2, le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial. Mais cette modification implique l’impossibilité d’un changement de titulaire pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial. Elle est donc rarement utilisée dans les EPLE ; et les risques d’utiliser cette possibilité pour contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence sont réels, notamment au regard du délit de favoritisme.

- En application de l’article R.2194-5, le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu’un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. On a pu rencontrer ce cas en 2022 avec des marchés publics de denrées alimentaires confrontés à des pénuries d’approvisionnement engendrant un renchérissement important des coûts et un allongement des délais de livraison qui nécessitaient une modification substantielle des contrats en cours.

- Lorsqu’un nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public (article R.2194-6). On rencontre souvent ce cas à la suite d’une opération de restructuration économique (changement de nom du fournisseur), à condition que cette cession du marché entre sociétés n’entraîne pas d’autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l’acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial.

- Dans le cadre prévu par l’article R.2194-7 du CCP un avenant peut intervenir lorsque les modifications, quel qu’en soit leur montant, qui ne sont pas considérées comme substantielles.

Une modification est substantielle lorsqu’au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient attiré davantage d’opérateurs économiques, ou permis l’admission d’autres opérateurs économiques, ou permis le choix d’une offre autre que celle retenue ;

b) Elle modifie l’équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d’une manière qui n’était pas prévue dans le marché public initial ;

c) Elle modifie considérablement l’objet du marché public ;

d) Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues par l’article R.2194-6.

On voit donc que cette possibilité ne pourra que rarement être à la base d’une modification du marché pour les l’EPLE ; et que c’est surtout le cas suivant qui sera utilisé.

- Le plus souvent c’est dans le cadre prévu par l’article R.2194-8 du CCP qu’intervient l’avenant avec des modifications de faible montant. C’est-à-dire lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux. À noter que les diverses modifications successives pour un même marché sont cumulatives.

La modification (l’avenant) doit comporter l’identification de l’EPLE et du fournisseur, l’objet du marché initial, et bien entendu le détail des modifications apportées. Ce document devra, comme pour le marché initial, comporter la signature de l’ordonnateur et du titulaire du marché, et être dûment notifié. Si le marché a une incidence financière pluriannuelle, l’avenant devra être soumis au conseil d’administration pour autorisation de signature en application du principe du parallélisme des formes.

Les MAPA ne sont pas soumis à la publicité de la modification comme c’est le cas pour les marchés à procédure formalisée ni soumis à l’avis de la CAO (article L.1414-4 du CGCT).

**III – La fin du marché public.**

Les documents contractuels des marchés publics prévoient leur durée. Il convient d’être particulièrement attentif à la clause de vos marchés qui fixe les modalités de fin ou de reconduction ; surtout si vous avez signé un contrat proposé par le fournisseur.

Il est vivement recommandé à tout SG d’EPLE de tenir un tableau de suivi des différents contrats de l’établissement avec leur objet, montant, date de début et de fin. Cela peut être utile notamment pour respecter un éventuel préavis, ou pour anticiper la fin d’un marché qui nécessitera plusieurs semaines de procédure pour en finaliser un nouveau.

Votre marché peut prévoir diverses modalités pour son terme.

III.1 - Une durée ferme sans mention de reconduction.

Dans ce cas le contrat se termine à la date prévue dans les documents sans qu’une intervention soit nécessaire. La poursuite éventuelle devant faire l’objet d’une modification (avenant) comme décrit dans le chapitre précédent, dans le respect des principes de base du code de la commande publique,

III.2 - Une durée initiale (généralement une année) reconductible.

La reconduction d'un marché public s'analyse comme le renouvellement des obligations contractuelles à l'identique sur une période déterminée par les documents du marché. Cette reconduction peut être tacite ou expresse.

III.2.a - L’article R.2112-4 du CCP précise qu’« *un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s’y opposer* ».

Si la reconduction du contrat est tacite, elle est normalement prévue dans le marché initial avec les modalités, notamment de préavis, pour mettre fin au marché à chaque durée contractuelle. Vous devez être particulièrement attentif aux clauses du contrat fournisseur dans ce domaine. Sachez que s’il y a un délai minimum qui est celui du préavis contractuel, il n’y a pas de délai maximal ; et que vous pouvez très bien envoyer votre courrier plusieurs mois avant la date limite prévue du préavis. Bien entendu ce sera par lettre recommandée avec accusé de réception signé de l’ordonnateur.

Attention cependant : si la tacite reconduction est la règle, elle doit être bornée dans le temps pour respecter le principe de la mise en concurrence périodique des marchés. Le Code de la commande publique érige en effet la limitation de durée en principe. Selon la nature des prestations objet du marché, on considère généralement qu’une remise en concurrence, et donc un nouveau marché, doit intervenir après quatre ou cinq ans. Un marché qui se renouvelle automatiquement au-delà de cette durée contrevient aux règles de la commande publique et peut engager la responsabilité des décideurs.

Le SG prendra donc soin lors de sa mise en concurrence de borner la durée du marché. Les documents de consultation pourront, à titre d’exemple, prévoir que « la durée du marché est de 4 ans sans reconduction » ou encore que « le marché est passé pour une année, reconductible 3 fois par tacite reconduction, dans la limite d’une durée totale de 4 ans ».

III.2.b - Si la reconduction du marché est expresse, la décision de le renouveler doit être notifiée par écrit au fournisseur avant la date d’échéance du contrat. Si l’ordonnateur n’a notifié aucune décision avant l’échéance du contrat, les relations contractuelles entre l’EPLE et le fournisseur s’arrêtent et le contrat n’existe plus. Le SG doit donc veiller à l’existence de cette décision de reconduction qui est fournie au comptable pour prouver la continuité du marché concerné.

**IV - La résiliation anticipée des marchés publics.**

La procédure normale de fin d’un marché est celle prévue par les documents contractuels. Mais il y a des situations qui nécessitent une résiliation anticipée du marché par l’EPLE. Les articles L.2195-1 à L.2195-6 précisent les cas où l’acheteur peut résilier un marché.

On distingue trois procédures qui sont la résiliation de plein droit, la résiliation pour motif d’intérêt général et la résiliation pour faute du titulaire du marché. On peut aussi classer dans ces procédures la transaction.

IV.1 - La résiliation de plein droit.

La résiliation de plein droit ne pose pas de problème particulier. Elle intervient lorsque le fournisseur se trouve dans l'impossibilité absolue de respecter le marché ; soit pour cause de force majeure indépendante de sa volonté et d'obstacles qui ne peuvent être surmontés, soit en application de l’article L.2195-4 du CCP (condamnations), soit encore dans le cas de sa disparition (décès, faillite notamment).

IV.2 - La résiliation pour motif d’intérêt général.

Un EPLE dispose toujours du droit de résilier unilatéralement un marché pour un motif d’intérêt général, et ce même en l’absence de clause contractuelle en ce sens. Mais la contrepartie à ce droit est l’entière indemnisation du titulaire qui, par définition, n’a commis aucune faute (article L.6 du CCP). Le motif d’intérêt général peut par exemple être la disparition du besoin, son évolution, des difficultés techniques ou financières d’exécution… Cette procédure n’est généralement pas employée par un EPLE ; mais peut se traduire par une transaction (voir ci-après).

Bien entendu on ne parle que d’un marché notifié au candidat retenu puisqu’un EPLE peut renoncer à tout moment à finaliser un marché public en déclarant la procédure de consultation sans suite ou infructueuse, et ce sans droit pour les candidats à une quelconque indemnisation.

IV.3 - La résiliation pour faute du titulaire d’un marché public.

Nous connaissons tous des situations de conflit avec un fournisseur qui ne respecte pas les conditions du marché ou dont les prestations ne sont pas conformes au cahier des charges. Il faut savoir qu’il est toujours possible de résilier unilatéralement un marché pour faute du prestataire.

On distingue la résiliation simple et la résiliation aux frais et risques. Dans le premier cas, le fournisseur est dégagé de ses obligations et ne doit ni ne perçoit aucune indemnisation suite au nouveau marché que passera l’EPLE. Dans le second cas, le titulaire du marché résilié devra assumer le surcoût engendré par la passation par l’EPLE d’un nouveau marché pour assurer la prestation qu’il n’a pas effectuée correctement.

Il ne faut pas craindre de mettre en œuvre cette possibilité de résiliation pour faute, mais il convient de respecter un certain nombre de précautions.

Si les prestations attendues ne sont pas satisfaisantes ou conformes, il est impératif de se constituer un dossier avec des documents, des copies des courriels et des lettres envoyés avant de procéder à une mise en demeure. Trop souvent, lorsqu’ils ont atteint la limite de leur patience et qu’ils souhaitent passer au stade supérieur vis-à-vis d’un fournisseur défaillant, les établissements ne peuvent faire état que de vagues plaintes par téléphone, et ne sont pas en mesure de prouver l’ancienneté et la persistance des problèmes. C’est pourquoi il est fortement conseillé de toujours doubler une communication téléphonique par un échange de courriel, ceci afin de pouvoir s’y référer ultérieurement en cas de besoin. Un courriel du style « suite à communication téléphonique de ce jour avec… je vous confirme que je rencontre le problème suivant… j’ai pris note de votre engagement de… etc. » peut s’avérer fort utile pour l’avenir. Ce conseil est valable pour les litiges dans le cadre des marchés, mais également pour tout autre problème ayant notamment trait à des livraisons, des factures, etc. Trop souvent les communications par téléphone se « perdent » chez le fournisseur ou ne laissent pas de trace, et le problème refait surface ultérieurement.

Si les différents écrits n’ont pas résolu les dysfonctionnements du marché, il convient alors d’adresser une mise en demeure au titulaire du marché par lettre recommandée avec AR. S’il n’est pas donné suite à la mise en demeure, l’ordonnateur peut résilier unilatéralement le marché public ; là aussi par lettre recommandée avec AR. Cette décision doit être motivée et doit mentionner expressément le type de résiliation conformément à ce qui avait été annoncé dans la mise en demeure et sa date d’effet. Ne pas oublier de mentionner les voies de recours. Il convient de noter que lorsqu’il s’agit de marchés pluriannuels n'entrant pas dans le champ de la délégation donnée par le conseil d’administration à l’ordonnateur, la décision de résiliation doit résulter d'une nouvelle délibération du CA (parallélisme des formes).

Ne vous laissez pas impressionner par des argumentations fallacieuses du fournisseur. Et si votre dossier est bien constitué, vous avez toutes les chances d’avoir gain de cause sans recours au tribunal, car les sociétés hésitent à s’engager sur le terrain de la juridiction administrative qui ne leur est pas très favorable.

Mais s’il conteste la résiliation, le fournisseur peut saisir le juge administratif dans les deux mois suivant la date à laquelle il a été informé ; voir en cas d’urgence demander la suspension de la résiliation devant le juge des référés. Selon les arguments présentés par les deux parties et la gravité des dysfonctionnements avérés, le juge peut soit rejeter la demande présentée par le fournisseur, soit lui octroyer une indemnité ou encore ordonner la reprise des relations contractuelles en annulant la résiliation. En règle générale on constate que la jurisprudence est souvent favorable à la personne publique ; et un établissement ne doit pas craindre d’engager une procédure en résiliation d’un marché public lorsque son dossier est solide.

Reste également la solution de la transaction pour mettre fin au conflit et au marché.

IV.4 - La transaction.

Le recours à la transaction est possible, à tout moment, pendant l'exécution du marché ou en cours de procédure contentieuse, notamment dans les cas suivants :

- indemnisation du titulaire du marché pour des travaux ou prestations supplémentaires réalisés hors contrat,

- réparation des dommages subis par l'acheteur public ou par le titulaire du marché,

- règlement des conséquences d'un marché annulé par le juge.

La transaction est recommandée dans tous les cas où la créance du demandeur peut être évaluée de manière suffisamment certaine et un contentieux inutile et coûteux peut être évité.

Il s'agit d'un contrat négocié et écrit dont l'objectif est d'arriver au règlement complet du litige par des concessions réciproques équilibrées, et de définir les sommes dues.

La transaction a fait l’objet d’un article complet dans le numéro 174 de cette revue ; la procédure est également décrite au paragraphe 2.2.4.7 de l’instruction codificatrice M9-6.

Nota : au moment de la rédaction de cet article il existe un projet d’actualisation du code de la commande publique visant notamment l’article R.2194-2 mais sans modification substancielle.