

FICHE 12 | Sachez gérer les imprévus dans la réalisation du marché



CONSEIL - Ne pas débiter une prestation non prévue au marché sans formalisation d'une décision de poursuivre ou d'un avenant au marché.

Lorsque l'économie et l'objet d'un marché ne sont pas remis en cause, il est possible de poursuivre l'exécution des prestations au-delà du montant prévu par le marché. Toutefois, cette situation requiert la conclusion d'un avenant ou la prise d'une décision de poursuivre, que les prix du marché soient forfaitaires ou unitaires.

↳ LES MODIFICATIONS DE MARCHÉS PUBLICS (exemples : avenant, décision de poursuivre, marché complémentaire)

La formalisation d'une modification est l'acte par lequel les parties à un contrat **modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses**.

Les marchés publics peuvent faire l'objet, en cours d'exécution, d'adaptations nécessaires sauf dans le cas où celles-ci se traduisent par des modifications substantielles. Selon la jurisprudence, la modification d'un contrat en cours de validité doit être considérée comme substantielle et doit par conséquent être qualifiée en nouveau contrat soumis aux règles du droit de la commande publique :

- ① Lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.
→ Par exemple, si le règlement de consultation interdisait la présentation de variantes, qui a eu pour conséquence d'éliminer l'offre innovante d'une entreprise, alors qu'elle répond parfaitement au besoin ;
- ② Lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus.
→ Par exemple, dans le cadre d'un marché de travaux de peinture d'un bâtiment, la modification consiste à ajouter des travaux d'isolation (changement de périmètre du marché) ;
- ③ Lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial (seule exception concernant 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).
→ Par exemple, lorsque la rémunération fixée à prix unitaires passe à prix forfaitaire ;
- ④ En cas de changement de cocontractant, sauf exceptions (soit lorsqu'une clause de réexamen le prévoit, soit en cas de restructuration de société).
→ Par exemple, lorsque l'exécution du contrat est désormais assurée par un sous-traitant exclusivement.

Sous les réserves précédentes, la modification peut porter sur tous les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché.

Tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local autre qu'un établissement public de santé et un établissement public social et médico-social entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsque le marché initial avait été lui-même soumis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis.

La modification doit être distinguée des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables (art. 30 du décret n°2016-360). La modification doit être **limitée à 50 % du montant du marché initial** et ne doit pas altérer la nature globale du contrat.

↳ COMMENT PRÉVENIR ET RÉGLER, À L'AMIABLE, UN DIFFÉREND PORTANT SUR L'EXÉCUTION D'UN MARCHÉ PUBLIC ?

♦ Prévenir les litiges : le recours à « l'interlocuteur unique »

Le pouvoir adjudicateur désigne très souvent, dès notification du marché, une personne physique, sans lien hiérarchique avec les personnes chargées du suivi du dossier, qui sera habilitée à le représenter auprès du titulaire du marché. Ce représentant du pouvoir adjudicateur, qui constitue l'interlocuteur unique du titulaire du marché, peut avoir un rôle de médiation, afin de résoudre les difficultés qui pourraient apparaître, lors de l'exécution du marché.

♦ Le règlement amiable des différends

La plupart des différends en cours d'exécution du marché sont réglés selon les procédures prévues par le marché. La persistance de différends importants ne doit pas conduire à une saisine systématique du juge. Plusieurs modes de règlement amiable sont à la disposition des parties au marché public.

- ⇒ **La médiation des marchés publics** : placée auprès du ministre chargée de l'économie, elle a pour mission de faciliter les relations entre les acheteurs publics et les entreprises. Elle peut être sollicitée par toute entreprise ou tout donneur d'ordres en cas de problème rencontré lors de la procédure de passation ou en cours d'exécution d'un marché public, notamment en cas de retard de paiement. Le processus de médiation est simple, gratuit et totalement confidentiel.



Pour plus d'informations :

<http://www.economie.gouv.fr/mediation-des-marches-publics>



⇒ **Les comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics (CCRA) :**

Ce sont des organismes consultatifs de conciliation, qui peuvent être saisis de tout différend ou litige survenu au cours de l'exécution d'un marché public ou d'un accord-cadre.

Composés de façon paritaire et présidés par un juge administratif, le comité national et les sept comités locaux (Paris, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lyon, Nancy et Marseille) ne constituent ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage.

Ils recherchent, à la demande du titulaire du marché ou de l'acheteur public, les éléments de fait et de droit en vue d'une solution amiable et équitable (art. 142 du décret 2016-360). L'originalité du rôle des comités est qu'ils ne statuent pas seulement en droit. Ils peuvent **prendre en compte l'équité** pour proposer la solution la plus appropriée aux parties. Les avis rendus par les comités ne s'imposent pas aux parties : celles-ci demeurent libres de le suivre ou non. La saisine d'un comité interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend les délais de recours contentieux. Les règles relatives à la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des CCRA sont fixées par le décret n°2010-1525 du 8 décembre 2010.



Pour plus d'informations : voir la rubrique dédiée aux CCRA sur le site :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/reglement-amiable-des-litiges>

⇒ **La conciliation :**

Les parties peuvent convenir de recourir à un tiers conciliateur. La conciliation est organisée librement. Elle peut être confiée à un magistrat administratif (art. L. 211-4 du code de justice administrative). Elle peut s'achever par une **transaction**.

⇒ **La transaction :**

On se reportera sur ce point à la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

⇒ **L'arbitrage :**

L'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage. La sentence arbitrale a un caractère juridictionnel.