

Gestion de la durée du marché

La durée du marché est la période pendant laquelle des obligations contractuelles existent.

Références Code des Marchés Publics : articles 1, 5, 12, 16, 81, 82 du CMP

L'ESSENTIEL

L'anticipation de ses besoins permet à la personne publique acheteuse de lancer, en temps utile, une nouvelle consultation :

- sans avoir à invoquer l'urgence impérieuse pour passer un marché négocié.
- avant qu'arrive à son terme un marché ayant le même objet alors qu'est nécessaire une continuité de la prestation.

L'anticipation des besoins dans le temps est une exigence primordiale car la personne publique acheteuse doit projeter ses besoins dans le temps pour fixer la durée du marché mais aussi annoncer, au moment de la mise en concurrence initiale, la reconduction éventuelle du marché avec le même titulaire, sans nouvelle mise en concurrence.

Il convient donc pour chaque personne publique de bien gérer la durée des marchés publics, en cours comme à venir.

Définition de la durée

La durée du marché est la période pendant laquelle des obligations contractuelles existent.

Distinction : la durée doit être distinguée du délai d'exécution qui se définit comme la période impartie au cocontractant pour accomplir ses obligations.

Le délai d'exécution se confond souvent avec la durée du contrat qui arrive à son terme en raison de la réalisation de son objet. Toutefois, la durée du marché peut comprendre plusieurs délais d'exécution, qu'il faut alors additionner afin de connaître la fin programmée des relations contractuelles.

Exemple : Le délai d'exécution d'un bon de commande peut dépasser la durée du marché initialement stipulée (la durée maximale d'exécution des bons de commande doit être indiquée dans le marché).

Détermination de la durée

La durée du marché doit être stipulée de manière expresse.

Obligation d'information

La durée doit figurer dans le marché pour toutes les procédures formalisées, en application de l'article 16 du CMP.

Les documents de mise en concurrence doivent l'indiquer au-delà des seuils communautaires car cette précision est également rendue obligatoire dans les modèles d'avis d'appel public à la concurrence imposés par l'article 36 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

En dessous des seuils communautaires mais à partir du seuil de 90 000 euros HT, l'indication de la durée du marché est également obligatoire. En effet, un avis d'appel public à la concurrence doit être publié pour tous les marchés dont le montant est supérieur ou égal à 90 000 euros HT et la durée fait partie des mentions obligatoires de l'avis d'appel public à la concurrence.

En dessous du seuil de 90.000 € il est très fortement recommandé, au nom du principe de transparence des procédures, principe énoncé à l'article 1er du CMP et applicable à tous les marchés publics, d'indiquer la durée dans la publicité du marché.

Calcul de la durée

Début

La durée du marché débute à la date à laquelle ce marché devient exécutoire (article 81 du CMP).

Les modalités d'obtention du caractère exécutoire dépendent de la personne publique acheteuse :

- *marchés de l'Etat* : leur notification au titulaire suffit à les rendre exécutoires;
- *collectivités et établissements publics locaux* : la notification doit être précédée par la transmission des pièces du marché au représentant de l'Etat (article L. 2131-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du CGCT) en application de l'article 82 du Code des marchés publics. Ce n'est donc qu'une fois ces deux formalités accomplies que démarre la durée du marché.
- *certaines établissements publics* : des particularités persistent pour des établissements publics de santé après réception par le représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle (article 82 du Code).

Cas particuliers:

- le décompte du délai d'exécution peut être déclenché, non pas par la notification du marché, mais par un **ordre de service postérieur** ;
- le contrat peut contenir une **clause différant son entrée en vigueur** ou conditionnant celle-ci à l'obtention d'un agrément, d'une autorisation administrative, etc.

Modification

La durée initialement convenue peut faire l'objet, en cours de contrat, de modifications venant la réduire ou l'augmenter :

- *par avenant* : les parties à un marché public peuvent modifier la durée de celui-ci (faculté encadrée par l'article 20 du Code des marchés publics). Toutefois, une prolongation de la durée du marché par avenant ne doit pas impliquer une hausse trop importante de son montant initial ce qui violerait d'une part les grands principes de la commande publique, et d'autre part l'article 20 du CMP selon lequel l'avenant ne doit pas bouleverser l'économie du marché (selon la jurisprudence : bouleversement de l'économie du marché en cas de variation du montant du marché supérieure à 20% environ) ;
- *la reconduction* : les reconductions permettent aux parties de décider, à l'expiration de la période initiale du marché, s'il y a lieu ou non de poursuivre sa mise en œuvre mais ne comportent aucune marge de négociation.

Toute reconduction doit être expresse (article 16 du Code des marchés publics).

Le titulaire du marché ne peut refuser la reconduction que si le marché l'y autorise.

Fin

Principe: le marché se termine à l'expiration de la durée prévue ou à l'arrivée du terme

Des obligations nées au cours de la durée peuvent s'exécuter après (bons de commande).

Cas particuliers :

- une personne publique peut résilier le marché en cas de faute d'une particulière gravité commise par le titulaire (CE, sect., 26 nov. 1971, SIMA : Rec. CE, p. 723).
- le juge, saisi d'un déféré préfectoral à l'encontre d'une délibération autorisant l'autorité locale à signer une convention, peut annuler tant la délibération que la convention (CE, section, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, Rec. p. 302)

Dans ce cas, ledit acte juridique met fin aux obligations contractuelles du titulaire.

Limites

La durée du marché public ne doit pas être telle qu'elle confère une exclusivité au titulaire pour une durée trop longue et porte ainsi atteinte aux principes de transparence des procédures, de libre accès aux marchés publics et d'égalité de traitement des candidats, principes énoncés à l'article 1^{er} du CMP et applicables à tous les marchés publics.

Ainsi, pour tous les marchés publics, l'article 16 du CMP impose que la durée d'un marché soit fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Il en résulte que les marchés sans terme sont illégaux.

D'autre part, dans la décision « *Million et Marais* », le juge administratif accepte de contrôler la légalité des contrats publics au regard du droit de la concurrence (CE, section, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec. p. 406). Par conséquent, le juge administratif peut censurer la conclusion d'un marché public s'il présente une durée excessive anticoncurrentielle.

Exemple : en matière de mobilier urbain, le Conseil de la concurrence s'est prononcé sur la durée excessive de certains marchés publics dont était titulaire le Groupe Decaux (Cons. conc., 7 juillet 1998, décision n°98-D-52).

D'autre part et selon le CMP: certains marchés particuliers ainsi que les accords cadres et les systèmes d'acquisition dynamique voient leur durée maximale imposée par des dispositions particulières (art. 35-II 4° et 6°, 68 et 76, 77 et 78). Les articles 76, 77 et 78 du CMP disposent que la durée maximale des accords-cadres, des marchés à bons de commandes, ainsi que des systèmes d'acquisition dynamique est de quatre ans consécutifs.

Ces durées globales sont impératives et ne peuvent donc être dépassées, pas même par avenant. Cependant, la durée pourra être dépassée dans des cas exceptionnels dûment justifiés, ressortant notamment de leur objet, ou le fait que le prix doit être amorti sur une durée supérieure à 4 ans.

Marchés de communication et marchés complémentaires

L'article 68 du CMP prévoit que lorsque les marchés relatifs à des opérations de communication sont passés conformément à la procédure de dialogue compétitif ou à la procédure négociée, ils peuvent comporter une ou plusieurs phases de réalisation dont le montant global est défini préalablement à l'exécution du marché et, dans une telle hypothèse, les marchés sont alors passés pour une durée de quatre ans au plus.

Certains marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence

L'article 35-II 4° du CMP limite à trois ans la durée des marchés complémentaires exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes.

L'article 35 II 6° du CMP limite à trois ans à compter de la notification du marché initial, la durée pendant laquelle des marchés de services ou de travaux ayant pour objet des prestations similaires à celles confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence (cette possibilité doit avoir été prévue dans le premier marché). Il ne s'agit pas ici d'une limitation de la durée du marché, mais d'une limitation de la durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus.

LES BONNES PRATIQUES

Les marchés publics à durée réglementée

Certains marchés voient leur durée réglementée du fait d'une réglementation autre que celle propre aux marchés publics : les contrats d'exploitation de chauffage ou de climatisation (l'article 3 bis de la loi n° 74-908 du 29 octobre 1974 *relative aux économies d'énergie*) dont la durée est limitée à : seize ans s'ils comportent une clause de garantie totale de tout ou partie du matériel ; huit ans, correspondant à huit saisons complètes de chauffe s'ils comportent une clause de paiement de combustibles forfaitaire et indépendante des conditions climatiques ; et cinq ans, correspondant à cinq saisons complètes de chauffe dans les autres cas.

Toutefois, lorsque l'exploitant met en œuvre et finance des travaux ayant, notamment, pour effet de faire appel aux énergies et techniques nouvelles, la durée de ces contrats peut, dans des conditions fixées par décret, être portée à seize ans.

Les marchés publics dont la durée n'est pas réglementée

Les marchés dont la durée n'est pas réglementée ne fait l'objet d'aucune limite sous réserve qu'elle soit adaptée à la nature du marché et ne fasse pas obstacle au libre jeu de la concurrence.

L'article 16 du Code des marchés publics impose de fixer la durée maximale d'un marché public en prenant en considération :

- d'une part, la nature des prestations confiées au titulaire ; et
- d'autre part, la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Nature des prestations

Pour apprécier la durée, il peut être, notamment, tenu compte :

- du temps nécessaire à la réalisation des prestations ;

Il semble possible de prendre en compte l'importance des moyens nécessaires à l'exécution du marché, et non pas seulement la seule prestation elle-même.

En effet, le contrôle du juge se limitera à l'erreur manifeste d'appréciation, comme en matière de délégation de service public (CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, RFDA 1994, p. 252).

- de la durée d'amortissement des matériels nécessaires à l'exécution du marché.

On citera une réponse ministérielle de 1996 qui a précisé que « *lier la durée du marché à la durée de l'amortissement des investissements consentis par le fournisseur peut paraître légitime lorsque le fournisseur consent une dépense en investissements dans le but de satisfaire la demande d'une seule collectivité, à titre exclusif et, sans possibilité de réaffectation du bien acquis. En revanche, dès lors que les équipements sont utilisés parallèlement ou successivement pour le compte des marchés de plusieurs clients publics ou privés il serait anormal de faire supporter par un seul client public l'amortissement de ces équipements. En outre cette pratique s'avérerait peu compatible avec l'exécution de certaines prestations (travaux routiers, opérations de construction) qui nécessitent la détention de moyens matériels suffisants susceptibles d'être mobilisés simultanément pour la durée d'exécution généralement assez brève sans que celle-ci n'équivaille à la durée pluriannuelle des amortissements comptable. C'est au cas par cas que la collectivité publique doit déterminer la durée optimale du marché qu'elle entend conclure* » (Rép. Min. n° 28612, JOAN Q 12 février 1996, p. 768).

Nécessité d'une remise en concurrence périodique

L'article 16 du CMP, en imposant la nécessité d'une remise en concurrence périodique, restreint les possibilités des personnes publiques dans la fixation de la durée de leurs marchés publics qui aurait pu être plus longue au regard du seul critère de la nature des prestations.

Toutefois, la portée de cette obligation est difficile à appréhender car il s'agit d'un critère de nature idéologique.

Il en résulte que la durée des marchés ne doit pas être excessive : elle doit être raisonnable.

A charge pour le juge de contrôler cette durée (selon le critère de l'erreur manifeste d'appréciation), en la mettant en balance avec le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales (Cons. const, 20 janvier 1993, n° 92-316 DC).

LES PIEGES A EVITER

- ne pas anticiper la fin des marchés publics en cours (notamment lorsqu'une continuité des prestations est requise, par exemple pour la fourniture de denrées alimentaires aux cantines scolaires) ;
- invoquer l'urgence impérieuse pour passer un marché négocié alors que les conditions requises ne sont pas réunies ;
- ne pas stipuler dans le marché de clause déterminant la durée du marché ;
- ne pas prendre en compte les éventuelles modifications de la durée du marché qui seraient intervenues au cours de la relation contractuelle (par exemple par avenant) ;
- procéder à une reconduction tacite ;
- prévoir une durée de marché telle qu'elle confère une exclusivité au titulaire pour une durée trop longue ;
- ne pas respecter les durées imposées par le Code des marchés publics pour certains marchés, pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique ;
- fixer une durée du marché sans rapport avec la nature des prestations ;
- fixer une durée du marché sans permettre une remise en concurrence périodique.

achatpublics.info

