



## Marchés publics Quand l'équipe titulaire du contrat change en cours de route

Le Conseil d'Etat a affiné le cadre juridique applicable à la modification de la composition d'un groupement d'entreprises au stade de l'exécution.

Par **Loïc Herlédan**, avocat associé, Bassi Herlédan, société d'avocats

**L**e Conseil d'Etat s'est prononcé le printemps dernier sur le régime juridique applicable aux modifications des groupements momentanés d'entreprises (GME) en cours d'exécution des contrats publics, l'intégrant au régime des modifications contractuelles prévu par le Code de la commande publique (CE, 16 mai 2022, n° 459408, mentionné dans les tables du recueil Lebon). Cette décision donne ainsi l'occasion de revenir sur une thématique peu abordée, et pourtant capitale pour de nombreux opérationnels régulièrement confrontés au départ (souhaité ou non) d'un cotraitant.

**Solidaire ou conjoints.** La formation de GME est une technique contractuelle intégrée dès 1992 au Code des marchés publics, permettant d'allier les compétences de plusieurs opérateurs dans le cadre d'une même prestation contractuelle sans avoir recours à la création d'une entité morale spécifique (CE,

24 février 1998, n° 53523). Aujourd'hui présentés à l'article R. 2142-20 du Code de la commande publique (CCP), les GME sont répartis en deux catégories. Les groupements solidaires d'une part, engageant la responsabilité de l'ensemble des cotraitants dans l'exécution du contrat (sauf exception contractuelle : CE, 24 février 1993, n° 116352); et les groupements conjoints d'autre part, dans lesquels chaque membre n'est engagé que dans la limite de ses seules prestations, à l'exception du mandataire du groupement, qui peut être désigné solidaire des autres membres (art. R. 2142-24 du CCP).

### L'intangibilité précontractuelle des GME

Ce regroupement de circonstance d'un ensemble d'opérateurs vise à considérer cet ensemble comme un seul et même candidat, dont la modification en cours de procédure doit être

strictement encadrée. Initialement prévu à l'article 51 du Code des marchés publics, et désormais à l'article R. 2142-26 du CCP, ce principe d'intangibilité des groupements d'entreprises vise à interdire, sauf cas exceptionnel, toute modification de leur composition entre le dépôt de la candidature et la signature du contrat. Au même titre que l'intangibilité des offres, celle des groupements vise à préserver les principes d'égalité de traitement et d'égal accès à la commande publique, notamment en empêchant les éventuelles ententes entre opérateurs, ou l'évolution des caractéristiques des opérateurs durant la procédure d'attribution (QE n° 19084, rép. min. publiée au JO Sénat le 9 février 2006, p. 360).

**Deux exceptions.** Certains aménagements restent cependant nécessaires afin de tenir compte des aléas survenant dans la vie des entreprises. En dehors des cas d'exclusion d'un cotraitant, justifiant son remplacement sur invitation de l'acheteur public (art. L. 2141-13 du CCP), deux exceptions sont ainsi admises (art. R. 2142-26).

La première correspond aux hypothèses de restructuration des sociétés membres du GME (rachat, fusion ou acquisition), que le droit français (CE avis, 8 juin 2000, n° 364803) comme le droit européen (CJUE, 3 février 2022, aff. C-461/20) intègrent

### L'intangibilité des groupements vise à préserver les principes d'égalité de traitement et d'égal accès à la commande publique.

aux réorganisations internes des entreprises sans conséquence sur les candidatures et offres présentées.

La seconde, soumise à l'autorisation préalable de l'acheteur, vise les cas dans lesquels l'un des cotraitants serait « dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait ». Les conditions d'ap-

plication d'une telle exception restent cependant particulièrement restreintes, le juge comme l'administration estimant que cette contrainte doit résulter d'une cause extérieure (QE n° 32667, rép. min. publiée au JOAN le 15 octobre 2013), excluant toute modification résultant d'une initiative propre au cotraitant sortant (CAA Douai, 1<sup>er</sup> décembre 2016, n° 14DA01892).

### La transposition de l'intangibilité au stade de l'exécution

La clarté du texte applicable en matière d'évolution des GME lors de la phase précontractuelle a paradoxalement engendré une certaine incertitude quant au régime applicable après signature du contrat. Les termes de l'article R. 2142-26 du CCP induisent une application du principe d'intangibilité limitée « entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché », excluant donc semble-t-il son application lors de la phase d'exécution. Mais le respect des principes d'égalité d'accès à la commande publique et de traitement des candidats a rapidement mené à une transposition du principe d'intangibilité et de ses exceptions à la phase d'exécution des contrats.

**Importance de la forme du groupement.** Cela a conféré une importance particulière à la forme du groupement (rép. min. du 15 octobre 2013 précitée). En effet, soit le GME s'organise autour d'obligations solidaires (entre membres ou par le seul mandataire), imposant alors la conclusion d'un avenant

de réorganisation, et attribuant les obligations contractuelles du défaillant au(x) membre(s) solidaire(s) restant(s). Une telle réorganisation, contractuellement définie pour les groupements conjoints avec mandataire solidaire soumis au CCAG travaux (article 52.7 du CCAG travaux 2021, article 48.7 du CCAG 2009), suppose cependant que le mandataire solidaire, ou les membres conjoints s'ils l'acceptent (art. 52.7.3 du CCAG 2021), soient en capacité, en interne ou via un contrat de sous-traitance, d'exécuter les prestations de l'entreprise défaillante.

Soit le groupement n'est que conjoint, imposant à l'acheteur public de conclure un marché de substitution déconnecté du contrat le liant au groupement, en vue d'exécuter les prestations du cotraitant défaillant.

### Une modification contractuelle très encadrée

La décision du Conseil d'Etat du 16 mai 2022, si elle a le mérite d'établir le fondement juridique des modifications des groupements en cours d'exécution, n'élargit que très légèrement les conditions de modification de la composition d'un groupement.

La Haute juridiction précise en effet que la substitution d'un ou plusieurs membres du groupement en cours d'exécution du contrat « constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence », à l'exception des hypothèses visées à l'article L. 2194-1 du CCP relatif à la modification du marché. En pratique, elle établit donc trois hypothèses permettant d'échapper à la remise en concurrence :

- d'abord, lorsqu'une clause de réexamen ou une option est prévue dans le contrat, intégrant donc les hypothèses visées au CCAG travaux portant modification du groupement ;

- ensuite, dans le cadre d'une opération de restructuration du titulaire ou d'un membre du groupement titulaire dans les conditions prévues à l'article R. 2194-6 ;

- enfin, en cas de circonstances imprévues au sens de l'article R. 2194-5, le Conseil d'Etat précisant que la mise en œuvre d'une clause de résiliation ne peut être considérée comme une circonstance imprévue. Les parties devront donc être particulièrement vigilantes quant aux motifs de la substitution d'un cotraitant, au risque d'entraîner l'irrégularité de leur avenant et les conséquences qui s'y attachent pour la suite du contrat. ●

### Ce qu'il faut retenir

► Avant la signature du contrat, les groupements sont intangibles (art. R. 2142-26 du Code de la commande publique). Ils ne peuvent voir leur composition être modifiée qu'en cas de défaillance de l'un de leurs membres, et sur autorisation préalable de l'acheteur public.

► Après la signature du contrat, les groupements restent intangibles par principe. La substitution d'un cotraitant reste possible en cas de clause spécifique, de restructuration du cotraitant ou de circonstances que les parties ne pouvaient prévoir.

► En l'absence de substitution possible, les membres solidaires du groupement peuvent prendre en charge l'exécution de la partie du contrat revenant au cotraitant défaillant.