

L'exécution complémentaire ou les modifications des marchés publics passés par les collectivités et établissements publics locaux

De nombreux événements sont susceptibles d'intervenir dans la vie d'un marché. Il importe que ces événements soient rendus « contractuels ». Les modifications apportées aux marchés, notamment la prolongation de leur exécution, doivent être actées dans des documents pouvant revêtir diverses formes, ou être prévues d'emblée dans les conditions générales du contrat initial : avenants, décisions de poursuivre, marchés complémentaires...

La présente note s'attache à répondre aux principales questions qui peuvent se poser, concernant ces différentes modalités, tenant notamment à leur définition, aux conditions de leur application ainsi qu'au formalisme à adopter en la matière.

Qu'est-ce qu'un avenant à un marché public ?

La circulaire du 14 février 2012 portant guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics énonce que l'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat (le titulaire du marché et le maître d'ouvrage pour les marchés de travaux) conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses.

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

Aux termes de l'article 118 du Code des marchés publics (CMP), un avenant peut modifier le montant d'un marché public dont les prix peuvent être aussi bien unitaires que forfaitaires.

Les avenants aux marchés ne doivent pas avoir pour effet de conférer à leur titulaire un avantage :

- soit par rapport aux candidats non retenus ;
- soit par rapport aux entreprises qui n'ont pas présenté de candidature mais qui auraient pu être intéressées par la nouvelle demande de la collectivité si elle avait été introduite lors de la passation du marché initial.

A quelles conditions un avenant peut-il régulièrement modifier le montant du marché initial ?

Il résulte de l'article 20 du CMP que, sauf sujétions techniques imprévues, un avenant peut modifier le montant d'un marché public sous réserve de ne pas en bouleverser l'économie et/ou de ne pas en changer l'objet.

La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du CMP, à ce jour abrogée, disposait qu'un avenant bouleverse l'économie d'un marché public lorsqu'il augmente le montant du marché initial de plus de 15%.

Il n'existe pas de pourcentage défini par la loi ; le juge se détermine au cas par cas, en tenant compte des circonstances de fait de l'espèce.

Actuellement, il semble plutôt que le juge administratif considère qu'un avenant est irrégulier si, d'une part, il change l'objet du marché en prévoyant l'exécution de prestations dissociables des travaux prévus par le marché initial et si, d'autre part, le montant de l'avenant augmente à minima de 15% le montant du marché initial.



Dans le cas d'un marché unique alloti, le juge administratif apprécie si un avenant bouleverse l'économie du marché en comparant le montant de l'avenant par rapport au montant initial total des lots du marché (arrêt du Conseil d'Etat du 19/01/2011, « SARL Entreprises Mateos »).

De surcroît, il fait la sommation des montants des avenants successifs à un marché pour apprécier dans quelle mesure un nouvel avenant en augmente le montant initial.

Par ailleurs, si un avenant ne prévoit pas l'exécution de prestations dissociables de celles initialement prévues, il est fort probable que son irrégularité sera constatée par le juge uniquement dans le cas où il augmente le montant du marché pour un montant bien supérieur à 15%.

Un avenant qui bouleverse l'économie du marché et/ou change son objet est irrégulier et ne saurait donc être exécuté. La collectivité contractante est tenue de lancer une nouvelle procédure de mise en concurrence, afin de conclure un marché qui aura pour objet l'exécution des prestations prévues par ledit avenant.

Par exception, un avenant peut être régulièrement signé **quel que soit son montant** en cas de sujétions techniques imprévues.

Ces dernières peuvent être définies comme des difficultés matérielles exceptionnelles qui étaient imprévisibles lors de la conclusion du marché public de travaux et dont la cause est extérieure aux parties au marché.

Un avenant peut régulièrement prévoir d'augmenter le montant du marché pour répondre à ces nouvelles sujétions, même s'il bouleverse son économie ou s'il change son objet.

Enfin, le marché ne doit pas être achevé avant la passation de l'avenant. Un avenant intervenu postérieurement à la réalisation des travaux supplémentaires doit être considéré comme un avenant de régularisation, donc illégal.

Par contre, il peut être pris à tout moment de la vie d'un marché tant que ce dernier n'est pas juridiquement terminé (ainsi, bien que cette situation paraisse peu normale, un avenant pourrait intervenir après la réception des travaux, voire même après le DGD, puisque des liens juridiques subsistent jusqu'à la levées des sûretés).

Quel est le formalisme applicable en matière d'avenant ?

L'autorité compétente pour signer l'avenant passé par une collectivité territoriale est l'exécutif local (le maire, le président du conseil général ou régional...), sous réserve que cette signature ait été préalablement autorisée par l'assemblée délibérante.

La signature de l'avenant n'est régulière que si la délibération de l'assemblée locale a d'abord été transmise au contrôle de légalité préfectoral pour les marchés excédant 200 000€ HT.

Cependant, il résulte de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28/12/2009 « Commune de Béziers », que les litiges nés de l'exécution d'un avenant signé sans que la délibération autorisant sa signature ait été préalablement transmise au préfet seront tranchés sur le terrain contractuel.

Cela signifie que l'avenant ne sera pas nul pour ce seul motif et que les parties demeureront liées par le marché et susceptibles d'engager leur responsabilité en cas de manquement à leurs obligations contractuelles.

En outre, l'assemblée locale peut déléguer à son exécutif la compétence de signer les marchés de la collectivité pour la durée de son mandat. Dans ce cas, l'exécutif local peut signer les avenants à un marché sans solliciter préalablement une nouvelle autorisation de l'assemblée, que quel soit le montant de ces avenants.



Un avenant qui modifie le montant d'un marché doit obligatoirement être soumis à la commission d'appel d'offres (CAO) avant signature, dès lors que cet avenant augmente de plus de 5% le montant initial d'un marché passé, selon une procédure formalisée, par une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements publics.

Les marchés passés selon une procédure adaptée ne sont donc pas soumis à cette obligation.

La CAO rend un avis à l'assemblée locale avant que cette dernière prenne sa décision sur l'opportunité d'autoriser l'exécutif local à signer l'avenant. Si ce dernier bénéficie d'une délégation de compétence pour signer les avenants aux marchés passés par sa collectivité, c'est à lui que la CAO rend son avis, sans qu'il soit tenu de le suivre.

Seuls les avenants aux marchés publics de travaux d'un montant supérieur à 200 000€ HT doivent être transmis au contrôle de légalité préfectoral pour être exécutoires ; les autres sont exécutoires de plein droit.

Enfin, les avenants qui augmentent le montant d'un marché conclu verbalement et d'un montant inférieur à 15 000€ hors taxe peuvent être passés verbalement.

Au contraire, les avenants aux marchés passés sous forme écrite doivent être écrits et signés par les parties au contrat.

Un avenant doit-il être passé dans la mesure où, du fait de la clause de révision de prix prévue au marché, le montant initial se trouverait dépassé ?

Il convient de distinguer la notion de « *montant du marché* » de celle de prix de règlement.

Le montant du marché est le montant initial, qui correspond à l'évaluation de la dépense établie aux conditions économiques du marché, à partir des prix du marché.

C'est ce montant qui est utilisé pour choisir la procédure de passation, dès lors qu'un seuil est atteint, et pour déterminer s'il y a dépassement du marché au regard des prestations réalisées (articles 20 et 118 du CMP).

Par ailleurs, le prix de règlement est celui qui découle du prix initial par application des règles contractuelles permettant de prendre en compte la variation des conditions économiques applicables à la prestation faisant l'objet du marché (actualisation, révision...).

Dès lors, il convient de vérifier que le montant des travaux n'est pas dépassé au regard du montant initial et non au regard du prix de règlement qui n'est en fait qu'une simple application des clauses contractuelles.

Dans la 2^{ème} hypothèse, il n'y a pas lieu de prendre en compte l'augmentation provenant de la révision des prix pour déterminer l'augmentation du montant du marché.

Donc, l'augmentation résultant des clauses relatives aux révisions de prix ne donne pas lieu à avenant.

Quels sont les principaux cas où la passation d'un avenant est obligatoire ?

- ✓ L'allongement du délai d'exécution, lorsque les parties décident librement de le modifier.
- ✓ L'augmentation du volume des prestations faisant l'objet du marché, entraînant une augmentation de son montant.
- ✓ Les travaux supplémentaires.
- ✓ Les travaux modificatifs dont l'exécution entraîne le dépassement du montant initial du marché: il convient de noter que l'article 14 du CCAG prévoit la fixation non définitive, par ordre de service, des prix destinés à rémunérer des prestations supplémentaires ou modificatives nécessaires au bon achèvement des ouvrages, pour lesquelles le marché n'avait pas prévu de prix. Mais l'accord définitif doit être matérialisé par la conclusion d'un avenant...
- ✓ Les marchés à prix provisoires prévus par l'article 19 du CMP (sont notamment visées les situations exceptionnelles concernant des prestations présentant un caractère d'urgence impérieuse ou des aléas techniques importants, comme les cas de catastrophes naturelles): ils doivent préciser l'échéance à laquelle devra intervenir l'avenant fixant le prix définitif.
- ✓ L'indemnisation du titulaire suite à la diminution ou à l'augmentation du marché au-delà de certaines limites. Cf notamment l'article 15.3 du CCAG Travaux, qui indique que le titulaire a le droit d'être indemnisé du préjudice éventuellement causé par l'augmentation des travaux lorsque celle-ci dépasse un certain plafond; l'avenant doit fixer le montant de l'indemnisation.
- ✓ Les modifications ne remettant pas en cause les conditions de la consultation. Exemple: précisions quant à l'étendue d'une garantie, dans la mesure où cette précision n'a pas pour effet d'assouplir les contraintes du titulaire.
- ✓ La remise ou la modification de pénalités pour retard dans l'exécution des prestations.
- ✓ La disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption, aboutissant à la création d'une société nouvelle (avenant de transfert)
- ✓ Le transfert du marché d'une collectivité territoriale à une autre.

Quels sont les principaux cas où la passation d'un avenant n'est pas nécessaire ?

- ✓ Changement de maître d'œuvre en cours d'exécution du marché de travaux: le titulaire est averti par une simple lettre de la collectivité ou l'établissement maître d'ouvrage.
- ✓ Changement d'élection de domicile du titulaire d'un marché de travaux: une lettre adressée au maître d'œuvre et au maître d'ouvrage est suffisante.
- ✓ Changement de domiciliation bancaire du titulaire: simple lettre à adresser à la collectivité, qui préviendra le comptable public assignataire.
- ✓ Poursuite de l'exécution du marché dont le titulaire fait l'objet d'une procédure collective: si l'administrateur judiciaire a décidé cette poursuite, un certificat administratif de l'ordonnateur indiquant comment doivent être effectués les paiements est adressé au comptable assignataire.
- ✓ Changement de siège social, de raison sociale ou de forme juridique (sans création d'une nouvelle personne morale) du titulaire: un certificat administratif, accompagné d'une copie ou d'un exemplaire du journal d'annonces légales, relatant la décision de l'assemblée générale de la société, est adressé au comptable assignataire.

- ✓ Diminution de la masse des travaux d'un marché conclu à prix unitaires, du fait de l'exécution de quantités inférieures à celles prévues.
- ✓ Travaux modificatifs n'ayant pas pour effet d'augmenter le montant du marché : cas où les travaux sont réalisées en remplacement de prestations prévues initialement ou du fait de la diminution de certaines autres ; les nouveaux prix doivent être contractualisés, sans nécessité de conclure un avenant ; l'établissement d'un bordereau supplémentaire des prix unitaires ou forfaitaires semble suffisant.
- ✓ L'allongement du délai d'exécution des prestations : un ordre de service, notifié à l'entrepreneur par le maître d'ouvrage, est suffisant pour acter de cette prolongation en cas de changement dans la nature ou l'importance des travaux, d'intempéries entraînant un arrêt de travail sur le chantier, de difficultés imprévues en cours de chantier, d'ajournement de travaux par décision de l'administration contractante (cf article 19.2 du CCAG Travaux).

Quelles sont les modalités de recours aux décisions de poursuivre ? **Comment les distinguer des avenants ?**

La décision de poursuivre est un acte unilatéral (à la différence de l'avenant), pris par la personne responsable du marché, qui a pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe.

Elle doit être **expressément prévue au marché** (cf article 118 du CMP).

A l'instar des avenants, et conformément aux dispositions de l'article 20 du CMP, elle ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en affecter l'objet, sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties.

Bien qu'ils soient présentés comme des moyens alternatifs, décision de poursuivre et avenant ne sont pas véritablement interchangeables.

En effet, la décision de poursuivre pour travaux supplémentaires ne peut être utilisée que pour augmenter le volume des prestations à réaliser pour parvenir à l'achèvement de l'ouvrage, et ces prestations ne peuvent en aucun cas être différentes de celles prévues au marché initial.

En outre, elle doit correspondre au bordereau de prix initial. Il est donc **impossible de recourir à la décision de poursuivre pour introduire des prestations nouvelles ou différentes de celles du marché initial ou de nouveaux prix.**

Si la poursuite du marché impose la définition de nouvelles prestations ou la modification, en tout ou partie, de celles initialement prévues, la personne publique est tenue de conclure un avenant.

Il est important de souligner que la notion de « décision de poursuivre » n'apparaît plus dans le nouveau CCAG Travaux issu de l'arrêté du 8 septembre 2009, puisque l'article 15.4 met en place un dispositif contractuel qui autorise, dès la conclusion du marché, la poursuite des travaux jusqu'à un plafond de 105% pour les marchés à prix forfaitaire et 125% pour ceux à prix unitaires, sauf émission par le maître d'œuvre d'un ordre de service arrêtant les travaux au moins 10 jours avant la date à laquelle le montant initial contractuel sera atteint.

Ainsi, puisqu'aucun CCAG ne prévoit désormais la possibilité de prendre une décision de poursuivre, il en résulte que **la seule référence à un CCAG ne peut plus permettre de prendre une telle décision.**



Pour pouvoir y recourir, il convient d'en prévoir expressément la possibilité dans les documents contractuels (CCAP...), quel que soit le type de prestation concernée.

Si cette procédure présente le mérite de dispenser de soumission pour avis à la commission d'appel d'offres, son utilité est désormais réduite car, dès lors que le CCAG est visé, le montant maximum contractuel des travaux est de 105% ou 125%.

En effet, s'agissant de la simple exécution du contrat, aucun acte contractuel nouveau n'est nécessaire pour autoriser la réalisation des prestations tant que le plafond n'est pas dépassé.

Pour le paiement de ces travaux, le comptable public n'est donc pas fondé à exiger la production d'un avenant.

En revanche, il doit disposer de **la justification, sous quelle que forme que ce soit (mention dans un document, attestation, certificat administratif...), de l'information portée à la connaissance du maître d'œuvre par le titulaire, au moins un mois à l'avance, de la prochaine atteinte du montant contractuel.**

Autrement dit, 2 conditions doivent être respectées ici: la transmission de l'information et le délai à respecter pour cette transmission.

A défaut de la justification précitée, le comptable ne peut procéder au paiement, conformément aux dispositions du CCAG.

L'article 15.2.1 du CCAG, qui impose au titulaire de mener à son terme la réalisation de l'ouvrage (sous réserve des stipulations de l'article 15.4), ne rend obligatoire la passation d'un avenant (ou d'une décision de poursuivre, si elle est prévue au marché) que si la limite fixée par l'article 15.3 (augmentation de 5% du montant contractuel pour un marché à prix forfaitaires et de 25% pour un marché sur prix unitaires) est dépassée.

Quelles sont les modalités de recours aux marchés complémentaires ? **Comment les distinguer des avenants ?**

Les marchés complémentaires constituent des marchés **sans publicité ni mise en concurrence préalable** (article 35-II du CMP), permettant de commander, de gré à gré, auprès d'un cocontractant en place, des prestations supplémentaires d'une nature similaire ou complémentaire à celles déjà réalisées par ce dernier dans le cadre d'un marché initial.

Il convient de distinguer :

- Les marchés complémentaires de fournitures (art.35-II, 4°), qui ont pour objet de confier à un fournisseur initial soit le renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit l'extension d'installations existantes.
- Les marchés complémentaires de services ou de travaux (art. 35-II, 5°), qui ne peuvent porter que sur des prestations ne figurant pas dans le marché initial, mais qui apparaissent nécessaires à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial. Il s'agit de parachever le marché initial par l'ajout de prestations non programmées.
- Les marchés de services ou de travaux similaires (art. 35-II,6°), qui ne peuvent porter que sur la commande de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire du marché initial.

A l'exclusion des marchés de prestations similaires (art. 25-II,6°), **le recours aux marchés complémentaires doit être motivé par des circonstances objectives, extérieures aux parties et limitativement énumérées par le CMP.**



Ces conditions très restrictives en limitent l'application.

La conclusion d'un marché complémentaire de fournitures suppose que soit démontré que le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur (la collectivité ou l'établissement) à utiliser un matériel technique différent.

Cette exigence semble impliquer que le fournisseur initial doit être le seul à pouvoir fournir les matériels recherchés par le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, il doit être démontré que le recours à un matériel différent de celui proposé par le fournisseur initial créerait une incompatibilité avec le matériel déjà en place ou entraînerait des difficultés d'utilisation et d'entretien trop importantes.

Les conditions posées au recours aux marchés complémentaires de services ou de travaux sont encore plus restrictives.

Non seulement la personne publique doit démontrer l'existence d'une circonstance imprévue, rendant nécessaires des prestations complémentaires, mais également apporter la preuve que le titulaire en place est incontournable (les prestations concernées ne pouvant être techniquement ou économiquement dissociées du marché initial « sans inconvénient majeur »).

Aucun plafonnement n'est prévu pour les marchés de services ou de travaux similaires.

Il en va de même ou presque pour les marchés complémentaires de fournitures. En effet, si le montant d'un tel marché, cumulé avec celui du marché initial, ne peut avoir pour effet de dépasser les seuils communautaires de mise en concurrence, cette condition tombe si le marché a été passé par appel d'offres. Leur seule limite est dans la durée (3 ans maximum, périodes de reconduction comprises).

Seuls les marchés complémentaires de services et de travaux sont plafonnés : ils ne doivent pas dépasser 50% du montant du marché principal.

Même s'il est conclu sans publicité préalable ni mise en concurrence, un marché négocié complémentaire constitue un marché autonome, juridiquement distinct du marché initial, tout en étant justifié par l'existence de ce dernier.

L'avenant, quant à lui, ne peut être dissocié du marché de base, il n'en n'est qu'un additif, dans la mesure où il s'analyse comme une modification des stipulations contractuelles initiales.

De plus, l'avenant peut être utilisé en dehors de sujétions techniques imprévues, alors que le marché négocié complémentaire suppose toujours une situation anormale, imprévisible et extérieure.

Si les conditions de fond évoquées ci-dessus sont réunies pour l'utilisation d'un marché complémentaire, cet instrument contractuel peut a priori présenter principalement deux avantages, en comparaison de l'avenant :

- l'absence de plafonnement ou un plafonnement « confortable » (marchés de travaux ou de services) ;
- la possibilité offerte aux parties d'en négocier entièrement les termes, sans restriction par rapport au marché initial (les modalités d'exécution des prestations complémentaires peuvent s'écarter, même substantiellement, de celles prévues au marché initial, qu'il s'agisse du prix, des délais d'exécution, des pénalités applicables, des garanties, etc.).



La simple mise au point d'un marché peut-elle être suffisante dans certains cas ?

Comme le prévoient les articles 59-II et 64-II du CMP : « Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché **sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres** ».

La mise au point intervient après le choix de l'attributaire du marché et avant la notification de ce dernier.

Elle doit correspondre à un simple aménagement de l'offre et non à une modification des documents de consultation, ni à une négociation.

Elle ne peut remettre en cause les conditions de la mise en concurrence, notamment dans ses caractéristiques essentielles comme le prix.

Elle permet de corriger des erreurs ou des anomalies évidentes (erreur de calcul par exemple, quant à l'offre de l'entreprise finalement retenue ou quant aux composantes du marché).

La mise au point peut s'inscrire soit sur l'acte d'engagement lui-même, après les signatures de chacune des parties au marché, soit sur un document annexé à l'acte d'engagement (l'acte d'engagement faisant référence à cette annexe, ce qui lui donne force contractuelle).

Dans les deux formules, la mise au point doit être rédigée précisément et signée des deux parties.

Quant aux modifications postérieures à la notification d'un marché, elles doivent être actées dans un avenant, sans que, là non plus, elles ne puissent avoir pour effet de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale, notamment au regard des caractéristiques du prix.
