

LES MODIFICATIONS DU MARCHE PUBLIC (ex avenant)

L'avenant est l'acte contractuel par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses.

L'article 20 de l'ancien Code des marchés publics (abrogé au 1^{er} avril 2016) prévoyait qu'en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre pouvait intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne pouvait bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.

Aujourd'hui, le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 reprend les termes de la directive n°2014/24/UE sur les marchés publics et intègre entièrement les cas de recours aux modifications du contrat. **Les modalités sont prévues aux articles 139 et 140 du décret de 2016 et sont notamment applicables aux marchés de maîtrise d'œuvre comme le prévoit la jurisprudence : « la loi MOP et le CMP ne prévoient aucune dérogation à ce que ce principe (de modification du contrat par le biais d'avenant) s'applique au marché de maîtrise d'œuvre ».**

Les cas de recours aux modifications du marché sont limitativement énumérés. En effet, l'article 139 du décret n°2016-360 énonce 6 hypothèses de modification qui sont les suivantes :

1. **Les clauses de réexamen**, dont l'objet est large et qui permettent de prévoir, dès le contrat initial, des évolutions ;

La clause doit être suffisamment précise sur le champ d'application, la nature des modifications et ses conditions de mise en œuvre.

2. **Les prestations supplémentaires devenues nécessaires ;**

L'objet du marché ne peut être remis en cause.

S'agissant des pouvoirs adjudicateurs, le montant de ces modifications ne peut être supérieur à 50% du montant du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

3. **Les circonstances imprévisibles** (pour un acheteur qualifié de « diligent »), lesquelles s'apparentent à la notion de sujétions techniques imprévues ;

S'agissant des pouvoirs adjudicateurs, le montant de ces modifications ne peut être supérieur à 50% du montant du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

4. **Le remplacement du titulaire, notamment dans le cas d'une cession ;**

5. **Les modifications de montant limité :**

Lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française (221 000 €HT pour les marchés de services et de fournitures et 5 548 000 €HT pour les marchés de travaux) et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux.

6. Les modifications non substantielles.

Une **modification est considérée comme substantielle** lorsqu'elle change la nature globale du marché. En tout état de cause une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation 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 ;
- 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 ;
- Elle modifie considérablement l'objet du marché public ;
- Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire sauf exception (hypothèse prévue au 4).

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, l'acheteur prend en compte le montant cumulé de ces modifications.

Le marché de maîtrise d'œuvre et rémunération provisoire du titulaire :

Les marchés de maîtrise d'œuvre organisent le passage de la rémunération provisoire du titulaire à sa rémunération définitive, par le biais d'un avenant quasi obligatoire, du fait de la détermination de l'estimation définitive des travaux, proposée par ses soins. En effet, selon les dispositions de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 et son décret d'application de 1993, la rémunération du maître d'œuvre dépend de la nature de l'ouvrage à construire, de sa complexité, mais également de son estimation qui sera soumise à l'acheteur public, maître d'ouvrage de l'opération (*article 9 de la loi n°85-704, du 12 juillet 1985*)

Les marchés de maîtrise d'œuvre prévoient dans leur CCAP les modalités de passation d'une rémunération à l'autre, et notamment le fait qu'un avenant doit être conclu à ce titre. Le coût prévisionnel des travaux sur lequel s'engage la maîtrise d'œuvre et le forfait définitif sont arrêtés par avenant conformément aux dispositions des articles 29 et 30 du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993.

L'article 30 du décret 93-1268 du 29 novembre 1993 (relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé) dispose qu'en cas de modification de programme ou de prestations décidées par le maître de l'ouvrage, le contrat de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'un avenant qui arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux concernés par cette modification, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les modalités de son engagement sur le coût prévisionnel des travaux (*CE, 29 sept. 2010, n°319481, Société Babel*).

Exemple la cour d'appel a reconnu que n'a pas pour objet de bouleverser l'économie du contrat ou d'en changer l'objet, un avenant ayant pour objet de modifier la mission du maître d'œuvre dès lors :

- Qu'il est d'un montant limité et qu'il porte sur un projet dont l'architecture, l'organisation et les superficies sont comparables à celle du projet initial. (*CAA Bordeaux, 7 mai 2006, n°02BX01468*).

La fixation de la rémunération définitive ne fait pas obstacle à la signature d'un avenant ultérieur modifiant cette rémunération.

La Cour d'appel de Paris (*CAA Paris, 25 février 2013, n°12PA00864, « Société d'économie mixte Sempariseine c/ Société Patrick Berger et Jacques Anziutti et a. »*) a validé une augmentation par avenant de 28,48% de la rémunération du maître d'œuvre en considérant que cette augmentation ne conduit pas à un bouleversement de l'économie du marché. La cour a estimé en l'espèce, que, les évolutions du programme réalisées se rapportent à des missions indissociables des prestations du marché initial. Compte tenu de la complexité du marché de maîtrise d'œuvre, l'évolution même importante de la rémunération est acceptable.

Procédure :

Les « avenants » doivent porter sur des prestations à exécuter après leur passation. Il ne permet pas de régulariser l'illégalité d'un marché existant (*Rép. Min. n°49551 : JOAN Q 18 déc. 2000, p.7146*)

Les modalités de passation des avenants aux marchés de maîtrise d'œuvre obéissent au régime général des marchés publics.

1. Autorité compétente pour passer un « avenant »

L'autorité compétente pour signer un avenant est la même que celle qui a autorité pour signer un contrat.

- Compétence de l'assemblée délibérante

Au sein de la collectivité territoriale, c'est à l'assemblée délibérante que revient la décision de passer des avenants aux contrats.

- Délégation de compétence à l'exécutif

Pour les marchés publics et les accords-cadres, elle peut déléguer cette compétence à l'exécutif local quel que soit le montant de cet avenant (*articles L.2122-22,4° ; L.3221-11 et L.4231-8 CGCT, modifiée par la loi n°2009-179 du 17 févr. 2009, art. 10, 1°*).

2. L'avis de la commission d'appel d'offres (CAO)

Aux termes de l'article L1414-4 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) : « ***tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres.*** Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis ».

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent :

- des marchés qui n'ont pas été eux-mêmes soumis à une telle procédure consultative.
- lorsque le marché est conclu par l'Etat ou un établissement public de santé, social ou médico-social.

3. Le calcul du montant de « l'avenant »

Le seuil de 5% s'apprécie sur la base de l'évolution du montant du contrat par rapport au montant initial de celui-ci. Cela signifie qu'en cas de succession d'avenants, il faut à chaque fois comparer l'augmentation avec le montant initial du contrat et non avec le montant modifié par le précédent avenant (*Rép. Min. n°25104 : JOAN Q, 31 août 2000, p. 3007*).

Allotissement : en cas de fractionnement, le calcul du seuil des 5% doit être réalisé sur le montant total du marché, et non lot par lot. Cette solution ne vaut, bien entendue, que si le marché est unique. En l'espèce, il avait été attribué à un seul groupement d'entreprises et décomposé en lots techniques. *A contrario*, si plusieurs entrepreneurs avaient pris en charge le projet, l'augmentation aurait dû être calculée marché par marché (*CE, 19 janv. 2011, n° 316783*).

Pluralité d'avenants : en cas de pluralité d'avenants, le pourcentage s'apprécie pour tout avenant qui, pris individuellement est inférieur à 5 % du montant initial du contrat, mais dont le cumul avec le ou les avenants précédents a pour effet de majorer le montant initial de plus de 5 % (*Rép. min. n° 25104 : JO Sénat Q, 31 août 2000, p. 3007*). Cette solution est prise pour éviter tout détournement de procédure par les cocontractants.

Marchés à tranches : pour apprécier le seuil de 5 % lorsque le marché comporte des tranches, il y a lieu de retenir le montant ferme du marché, c'est-à-dire, suivant le cas le montant de la tranche ferme, si les tranches optionnelles n'ont pas été affermies, le montant total de la tranche ferme et des tranches optionnelles, si celles-ci ont été affermies.

4. Publicité

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur public doit pour les prestations supplémentaires et les circonstances imprévues, publier un avis de modification au JOUE.

Formalisme :

Les modifications du marché doivent obligatoirement faire l'objet d'un écrit. Il est nécessaire que les parties aient exprimé leur volonté de passer un « avenant » au contrat. Cette dernière s'exprime par la signature des parties, qui peut être électronique (depuis la mise en place de la dématérialisation).

Dérogation à la mise en œuvre d'un avenant :

Dans l'hypothèse où une modification de programme ou de prestation a été décidée par le maître de l'ouvrage, le droit du maître d'œuvre à l'augmentation de sa rémunération est uniquement subordonné à l'existence de prestations supplémentaires de maîtrise d'œuvre utiles à l'exécution des modifications décidées par le maître de l'ouvrage. En revanche, ce droit n'est subordonné ni à l'intervention de l'avenant qui doit normalement être signé en application des dispositions de l'article 30 du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993, ni même, à défaut d'avenant, à celle d'une décision par laquelle le maître d'ouvrage donnerait son accord sur un nouveau montant de rémunération du maître d'œuvre (*CE, 10 février 2014, n°365828*).

Les avenants aux MAPA de maîtrise d'œuvre :

En application de l'article L.1414-4 du CGCT, il semble que l'avis de la commission d'appel d'offres n'a pas à être sollicité pour les avenants aux MAPA supérieurs à 5% du montant initial du contrat si le marché public n'a pas été soumis à la CAO. Toutefois, l'acheteur doit se conformer aux règles internes en vigueur dans sa collectivité.