



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

AVENANTS ET PRESTATIONS COMPLÉMENTAIRES

MATHIAS AMILHAT & BRIGITTE ROMAN-SÉQUENCE

Référence de publication : Amilhat, Mathias et Roman-Séquence, Brigitte (2020) *Avenants et prestations complémentaires*. JurisClasseur Contrats et marchés publics (fasc. 56).

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

AVENANTS ET PRESTATIONS COMPLÉMENTAIRES

Mise à jour du 16 mai 2022 - § 66 Conditions du référé contractuel contre un avenant

Mise à jour du 16 mai 2022 - § 71 Contestation d'un avenant par la voie du recours
« Tarn-et-Garonne »

POINTS-CLÉS

- Lors de l'exécution des marchés, différents **aléas** peuvent apparaître et conduire les parties à modifier le marché initialement conclu, selon différents procédés, dont celui des **avenants** (V. n° 3 à 28). Il s'agit dans ce domaine spécifique de l'application du principe général de la **mutabilité des contrats**.
- La **liberté contractuelle** de modifier l'accord initial n'est pas totale. Des **procédures de conclusion** (V. n° 37 à 65) et des règles précises sanctionnées par le juge administratif (V. n° 66 à 80) la limitent notamment au regard des exigences de **transparence** et de mise en concurrence des marchés publics.
- Afin de répondre à ces questions d'adaptation du contrat dans le temps, l'ancien Code des marchés publics avait défini une catégorie particulière de **marchés négociés complémentaires** (V. n° 81 à 101) encadrée par des conditions de passation de forme et de fond.
- **Le Code de la commande publique** – à la suite de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et de son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 – **bouleverse le régime des avenants et des prestations complémentaires** . Les avenants et les décisions de poursuivre sont remplacés par **les modifications en cours d'exécution du marché** (V. n° 29 à 35), tandis que les marchés complémentaires laissent place aux **marchés complémentaires de fournitures et**

aux marchés de travaux ou de service ayant pour objet des prestations similaires au marché initial (V. n° 102 à 104).

INTRODUCTION

§ 1 Encadrement de la liberté contractuelle

Depuis plusieurs années se dessine un mouvement réglementaire et juridictionnel qui conditionne la modification des contrats, expression de la liberté contractuelle à la base de la théorie des contrats administratifs, au respect de règles strictes de fond et de forme. Cet encadrement est principalement une réponse au souci de bonne gestion des deniers publics et de transparence des procédures de passation des marchés publics. Ainsi, la volonté contractuelle est limitée par des raisons de morale publique, l'avenant pouvant au regard du Code pénal constituer un délit davantage injustifié (V. *JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 33*).

§ 2 Assurer l'efficacité des marchés publics

Il est de plus en plus reconnu par la doctrine administrative, que la mise en œuvre des procédures de passation des marchés publics ne peut conduire, en l'état, à l'efficacité de l'achat public. C'est pourquoi, en instituant l'efficacité de l'achat comme principe, le pouvoir réglementaire et le législateur ont tenté de répondre à la question de l'adaptation des contrats dans le temps. Les directives de 2004 ont ainsi entraîné la création d'une nouvelle procédure de marchés négociés qui peut être utilisée pour l'achat de prestations complémentaires . Les directives de 2014 reprennent cette possibilité et consacrent un certain nombre de règles relatives à l'exécution des marchés. La « vie » du contrat est ainsi encadrée et tente de concilier efficacité de l'achat public et respect des règles de concurrence.

I. PRINCIPES DE LA MODIFICATION DES MARCHES

A. Principes

1° Mutabilité des marchés

§ 3 Exécution des marchés

« Exécuter un contrat, c'est, pour chacune des deux parties, réaliser les obligations que le contrat met à sa charge. Cette constatation conduit d'abord à placer au premier rang des notions qui dominent l'exécution du contrat celle de la commune intention des parties. Cette première donnée est naturellement valable pour toute espèce de contrat ; elle est commune à la théorie des contrats administratifs et à celle des contrats de droit privé ; le consensualisme est la conception générale du droit contractuel français moderne » (*A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs : t. 1, 2e éd., LGDJ, 1983, p. 699*). Dans le droit des marchés publics, l'exécution d'un marché résulte donc de la mise en œuvre des dispositions contractuelles d'ordre administratif ou technique (voir les cahiers des clauses administratives générales et particulières et les cahiers des clauses techniques générales et particulières).

§ 4 Évolution des marchés dans le temps

L'évolution des besoins du service public et plus largement le changement de circonstances conduisent à modifier les marchés et notamment à réaliser des prestations complémentaires non prévues initialement. Il convient à ce propos de distinguer les procédés de modification envisagés sous l'empire du Code des marchés publics de ceux qui ont été prévus au travers de l'ordonnance

relative aux marchés publics (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 : JO 24 juill. 2015, p. 12602*) et de son décret d'application (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : JO 27 mars 2016, texte n° 28*), désormais repris dans le Code de la commande publique. L'ordonnance de 2015 et le décret de 2016 sont entrés en vigueur le 1er avril 2016 et se sont appliqués à tous les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou pour lesquels un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication à compter de cette date et jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de la commande publique le 1er avril 2019. Les marchés publics passés avant le 1er avril 2016 restent soumis au régime antérieurement prévu par le Code des marchés publics.

Dans le cadre du Code des marchés publics applicable avant le 1er avril 2016, l'avenant est le procédé contractuel qui permet de prendre en charge les modifications des marchés dans le temps (*CMP, art. 20*). Toutefois, il existe également des modifications unilatérales des contrats que l'Administration peut imposer à son cocontractant au titre de son pouvoir général de contrôle et de direction ; c'est le procédé de la décision de poursuivre (en marchés de travaux) et plus généralement des ordres de services (*CMP, art. 118 . – CE, 2 févr. 1983, n° 34027, Union des transporteurs publics urbains de Bordeaux : JurisData n° 1983-606955 ; Lebon, p. 33. – A. de Laubadère, Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs : RDP 1954, p. 37*).

Avec le nouveau dispositif issu de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et de son décret d'application, les notions d'avenant et décision de poursuivre disparaissent. Il convient désormais de « parler de “modifications en cours d'exécution” » (*F. Linditch, Nouveau Code des marchés publics : projet de décret soumis à concertation publique : Contrats-Marchés publ. 2016, alerte 1*). Pour autant, « la substance des avenants et des décisions de poursuivre n'a pas disparu » (*S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique : Le Moniteur, 6e éd., 2019, p. 534*). Le principe de ces modifications est prévu à l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique (*ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 65*), tandis que leur régime est précisé aux articles R. 2194-1 à R. 2194-10 (*ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139 et 140*).

Qu'il s'agisse des marchés publics passés avant ou après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, leur modification éventuelle reste une question centrale. Il est ainsi toujours possible de considérer que « le contrat administratif, lorsqu'on observe le régime juridique de son exécution, apparaît, en conséquence des données générales qui lui sont propres, comme un système global, animé d'une

vie particulière, d'un dynamisme ignoré du contrat civil » (A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, préc., p. 699).

2° Définition précise et préalable du contenu des contrats

§ 5 Nécessité d'une définition préalable exacte des besoins

La détermination des prestations avant tout lancement d'une procédure de marché est aujourd'hui réaffirmée comme l'un des moyens privilégiés pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics (*CCP, art. L. 6*). Cette importance de la définition préalable des besoins est précisée (*CCP, art. L. 2111-1 et L. 2111-2 – ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 30 et 31 . – ancien CMP, art. 5*) comme étant une obligation de la personne publique qui se traduit concrètement par différentes phases de décisions associant les services administratifs et techniques :

- déterminer les modes de passation des marchés (marchés à procédure adaptée, appel d'offres, procédure avec négociation, procédure de dialogue compétitif, autres) ;
- déterminer les formes des marchés (marchés ordinaires ou marchés fractionnés) ;
- déterminer les modes de dévolution des marchés (entreprises générales, entreprises groupées, lots séparés) ;
- déterminer les modes de fixation des prix (prix unitaires, prix forfaitaires, prix définitif ferme ou révisable, prix provisoire) ;
- déterminer les critères de sélection des candidatures et des offres.

ATTENTION

L'acheteur public doit particulièrement veiller à ce stade à la détermination exacte du coût prévisionnel de l'opération. Le calcul de la valeur estimée du besoin est encadré de manière accrue dans le cadre de la nouvelle réglementation (*CCP, art. R. 2121-1 à R. 2121-9 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 20 à 23*). En effet, cette estimation conditionne la réussite finale

du projet et sera également essentielle, d'une part, pour déterminer la recevabilité financière des offres, d'autre part, pour examiner la possibilité de recourir aux différentes procédures et, enfin, pour juger de la régularité des modifications augmentant le montant initial du marché (*CCP, art. R. 2194-1 à R. 2194-10 . – D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139 et 140 . – ancien CMP, art. 20*).

CONSEIL PRATIQUE

Différents moyens sont à la disposition des acheteurs publics pour parvenir à une détermination exacte des cahiers des charges. En matière de travaux, un mandat de maîtrise d'ouvrage peut être conclu pour confier notamment les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe prévisionnelle (*CCP, art. L. 2422-5 et s.*). D'autre part, les acheteurs publics peuvent désormais recourir à des études ou à des échanges préalables avec les opérateurs économiques, à condition de ne pas fausser la concurrence (*CCP, art. R. 2111-1 et R. 2111-2 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 4 et 5*).

Par ailleurs, il existe plusieurs procédures susceptibles d'aider le maître d'ouvrage à déterminer préalablement ses besoins :

- les marchés passés selon une procédure de dialogue compétitif lorsque la personne publique n'est pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins ou d'évaluer les solutions techniques ou financières disponibles (*CCP, art. L. 2124-4 . –ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 42 . – ancien CMP, art. 36*) ;
- les marchés à tranches lorsque pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme et l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché (*CCP, art. R. 2113-4 à R. 2113-6 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 77 . – ancien CMP, art. 72*) ;
- les partenariats d'innovation lorsque la personne publique souhaite passer un contrat qui “*a pour objet la recherche et le développement ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat*” (*CCP, art. R. 2172-20 à R. 2172-32 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 94 et 95 . – ancien CMP, art. 70-1*).

Avant 2010, les marchés de définition permettaient également d'assurer la détermination préalable des besoins. Cette possibilité a été supprimée à la suite de la condamnation de la France par la Cour de justice de l'Union européenne (*CJUE*, 10 déc. 2009, *aff. C-299/08*, *Commission c/ France*, pt 29 : *JurisData* n° 2009-016575 ; *JOUE* n° C 24, 30 janv. 2010 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, *comm.* 16 , *note W. Zimmer* ; *RJEP* 2010, *comm.* 25 , *note F. Brenet*). L'esprit de ces marchés se retrouve toutefois en partie dans les partenariats d'innovation créés fin 2014 pour transposer les nouvelles directives.

§ 6 Influence de la définition des contrats sur leur modification ultérieure

Les difficultés rencontrées dans l'exécution des marchés sont souvent dues à des études préalables insuffisantes, des volumes ou des coûts sous-évalués, des périmètres ou des natures de prestations mal définies. Ces insuffisances seront révélées par le juge lorsqu'il aura à apprécier la légalité d'un avenant. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille a confirmé le lien entre détermination de la consistance exacte des travaux, objet du marché et régularité de l'avenant (*CAA Marseille*, 21 nov. 2000, *Dpt Var* : *JurisData* n° 2000-147390 ; *Contrats-Marchés publ.* 2001, *comm.* 119).

EXEMPLE

En l'espèce, le juge a considéré que les moyens d'investigations employés pour déterminer la consistance du terrain (reconnaissance visuelle du terrain accompagné de trois sondages à la pelle) ne peuvent se voir reconnaître un caractère suffisant compte tenu de la nature de l'ouvrage à réaliser (mur de soutènement) et que par la suite le renchérissement du coût des travaux, objet de l'avenant, a été provoqué par une définition insuffisante de la consistance des travaux et non par la rencontre de sujétions imprévues.

B. Différents procédés de modifications

§ 7 Les procédés de modification des marchés publics doivent être distingués suivant qu'ils concernent des marchés passés en application de l'ancien Code des marchés publics, ou des marchés passés en application des nouveaux textes, qu'il s'agisse de l'ordonnance de 2015 et de son décret ou du nouveau Code de la commande publique.

Pour les marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1er avril 2016, les modifications peuvent être effectuées par des avenants (1°) ou par des décisions de poursuivre (2°), conformément à l'ancien Code des marchés publics.

Pour les marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication après le 1er avril 2016, c'est le régime des modifications en cours d'exécution qui s'applique (3°). Attention toutefois, les modifications en cours d'exécution passent généralement – en pratique – par la conclusion d'avenants. Le régime des avenants définis sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics continue donc de s'appliquer en grande partie. Par ailleurs, et de manière subsidiaire, le régime des décisions de poursuivre pourrait continuer à s'appliquer partiellement sur le fondement des CCAG (*S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique, préc., p. 534*).

1° Avenant

§ 8 Les avenants ne figurent plus en tant que tels dans les nouveaux textes, qu'il s'agisse de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sur les marchés publics et de son décret d'application ou du Code de la commande publique.

Toutefois, le régime juridique exposé ne concerne pas seulement les avenants conclus sur le fondement de marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé avant le 1er avril 2016. En effet, si la notion d'avenant n'apparaît pas

dans le Code de la commande publique, les modifications en cours d'exécution passent généralement par la conclusion d'avenants .

A) Définition traditionnelle

§ 9 Modification contractuelle du marché antérieur

Un avenant est un écrit constatant un accord de volonté des parties à un contrat et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur (*Lettre coll. n° 144 M, min. Économie et Finances, 31 oct. 1972, sur les avenants aux marchés publics adaptée aux modifications apportées au Code des marchés publics par le décret n° 73-329 du 14 mars 1973*).

ATTENTION

L'avenant, est bien confirmé par le juge, comme le mode normal de modification du contrat ; les parties au contrat ayant seules le pouvoir de défaire, ce qu'elles ont fait, pour adapter leurs engagements initiaux aux contraintes du temps. Ainsi, la modification des dispositions d'une convention de délégation de service public de restauration scolaire et périscolaire, s'opère sous la forme d'un avenant et non, par voie de convention distincte (*TA Nice, 19 oct. 2007, n° 0506564* , *Préfet Alpes-Maritimes : AJDA 2008, p. 928*).

§ 10 Acte non autonome

L'avenant se rattache toujours à un contrat préexistant. C'est ainsi, que la passation d'un avenant ne peut régler le cas de travaux ne se rattachant pas à l'exécution des travaux prévus au marché ni celui de travaux nouveaux non liés directement à l'exécution du marché initial.

B) Différentes catégories d'avenants

§ 11 Multiplicité des situations couvertes par avenants

De nombreuses dispositions contractuelles peuvent être modifiées par avenants qu'il s'agisse de répondre à la volonté des parties ou à des événements indépendants. Le juge se réfère le plus souvent aux stipulations du marché initial pour déterminer les cas où la passation d'un avenant est obligatoire (*CAA Paris, 7 oct. 1993, n° 62-PA007747, Sté de Maintenance c/ CHRU Pointe-à-Pitre : JurisData n° 1993-049365* . – V. aussi *CE, 2 déc. 1991, n° 85515, Entr. Louis Poles : JurisData n° 1991-048172 ; Mon. TP 31 janv. 1992, p. 43*). Certaines catégories d'avenants du fait de leur fréquence dans l'exécution des marchés publics méritent un examen détaillé de leurs conditions d'application.

1) Modifications visant les clauses d'obligations réciproques

§ 12 Avenant modifiant le prix d'un marché

Par avenant il peut être fixé un nouveau prix dans un marché à prix unitaire afin de payer une prestation supplémentaire non prévue dans le contrat initial mais s'y rattachant. À l'inverse, cette modification est par principe impossible dans un marché à prix global et forfaitaire, la rémunération du titulaire du contrat étant censée couvrir l'ensemble de l'exécution des prestations y compris les aléas (*CCM, avis, avr. 1985. – CCAG Travaux, art. 11-22 . – Cass. 3e civ., 17 nov. 1999 : RD imm. 2000, p. 52*).

ATTENTION

Quant à la charge définitive des travaux supplémentaires, elle pourra en tout ou en partie être imputée à d'autres participants à la réalisation de l'ouvrage dont la faute serait à l'origine de

ces travaux supplémentaires. C'est ce que projetait une commune maître de l'ouvrage en tentant d'établir la responsabilité du constructeur ou du maître d'œuvre face à la découverte d'une ancienne décharge et à la réalisation de travaux de terrassement importants. De telles responsabilités ayant été écartées en appel, la commune est condamnée à payer ces travaux supplémentaires sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Elle a en effet conclu un avenant au marché initial augmentant le montant du marché à concurrence des travaux de terrassement supplémentaires. Dès lors, l'accord des parties sur la modification du prix initial du marché, lie la commune qui ne peut plus se prévaloir du caractère forfaitaire du marché initial (*CE, 5 avr. 2006, n° 275445, Sté SOCEA : JurisData n° 2006-070037 : Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 135 , note F. Olivier*).

§ 13 Avenant fixant le forfait définitif de rémunération

Dans les marchés de maîtrise d'œuvre seul le forfait provisoire de rémunération est connu au moment de l'établissement du contrat avec le maître d'œuvre. En effet, seul le taux de rémunération du marché est négocié et arrêté définitivement. Par la suite, lorsque le montant définitif des travaux est arrêté alors un avenant vient définir le forfait définitif de rémunération du maître d'œuvre (V. notamment, *L. n° 85-704, 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, art. 8– D. n° 93-1268, 29 nov. 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par les maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé, art. 28, 29 et 30 : JO 1er déc. 1993, p. 16603*).

Le juge administratif confirme que lorsque le montant des travaux à réaliser ne peut faire l'objet que d'une estimation prévisionnelle, la rémunération du maître d'œuvre ne peut être fixée définitivement lors de la conclusion du marché. Elle peut, ainsi, faire l'objet d'un avenant lorsque le coût définitif des travaux est connu (*TA Orléans, 6 févr. 2003, n° 0103988 , préfet Eure-et-Loir : Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 121 , obs. F. Olivier, indiquant qu'il n'est pas certain que la position du tribunal aurait été la même si le taux de rémunération du maître d'œuvre avait évolué à la hausse*). Néanmoins, même dans une telle hypothèse, l'avenant fixant la rémunération

définitive du maître d'œuvre ne doit pas bouleverser l'économie du contrat (*TA Paris, 6 janv. 2012, n° 1111213/7-2 : AJCT 2012, p. 311, note O. Didriche*).

§ 14 Avenant modifiant la masse initiale des travaux

Lorsque la masse initiale des travaux est atteinte, la poursuite de leur exécution est conditionnée par la passation d'un avenant (*CMP, art. 118*). Au plan contractuel, le cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux précise la fourchette à l'intérieur de laquelle les travaux exécutés restent contractuellement dans le cadre du marché (*CCAG Travaux, art. 30 et 31*). À noter que la modification par avenant n'est pas indispensable si le contrat avait prévu la prise en charge de cette modification par décision de poursuivre. Il n'existe pas de seuil à partir duquel, l'un ou l'autre des actes s'imposerait (*CCM : Marchés publ. août-sept. 1985, n° 212, p. 3 . – V. JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 60-20*).

ATTENTION

Il convient de noter que les entreprises ont souvent tout intérêt à se voir imposer par l'Administration une décision de poursuivre compte tenu du dédommagement qu'elles peuvent, ensuite, en attendre.

§ 15 Avenant modifiant les délais d'exécution des prestations

Les délais d'exécution d'un marché peuvent être prolongés par avenant lorsqu'il y a une augmentation de la masse initiale des travaux ou pour des travaux complémentaires dont le montant dépasserait les crédits budgétaires disponibles (étant entendu que le prolongement des délais ne doit pas être excessif pour ne pas bouleverser les conditions de la mise en concurrence

initiale). Dans le cas de marchés de fournitures, le délai peut également être prorogé lorsque les causes de retard sont du fait de l'Administration ou d'éléments extérieurs imprévisibles.

ATTENTION

En cas de prolongation des délais, la remise des pénalités contractuelles ne peut résulter des dispositions de l'avenant, mais doit être prise par le pouvoir adjudicateur. Dans les collectivités locales, la décision de remise des pénalités relève de la compétence de l'assemblée délibérante. L'information de cette décision doit être transmise au comptable public.

§ 16 Avenant pour paiement direct des sous-traitants

Au cours de l'exécution du marché, le titulaire peut présenter à la personne publique une demande d'agrément de sous-traitant. La passation d'un avenant prévoyant le règlement direct de ce sous-traitant ne peut être admis que dans certaines conditions. Tout d'abord, si la totalité du marché (incluant la partie sous-traitée) a déjà été remis en nantissement par son titulaire, l'avenant relatif au paiement direct du sous-traitant ne peut être pris. L'avenant est également impossible lorsque la personne publique a remis l'exemplaire unique du marché destiné à former titre en cas de nantissement alors que le marché n'indiquait pas le montant des prestations susceptibles d'être sous-traitées avec paiement direct.

CONSEIL PRATIQUE

Si le titulaire d'un marché ne l'a pas encore nanti et qu'il accepte de restituer à la personne publique l'exemplaire unique, la passation d'un avenant pour paiement direct de sous-traitant redevient alors possible. La personne publique modifiera l'exemplaire unique et indiquera sur celui-ci la partie sous-traitée.

ATTENTION

Les dispositions de la loi sur la sous-traitance modifiées par la loi du 11 décembre 2001 obligent les candidats à un marché à déclarer dans leur acte d'engagement (c'est-à-dire au moment de la formation de leur offre), la nature, le montant et le nom des sous-traitants. Ainsi la personne publique peut agréer les sous-traitants pour un paiement direct dès la notification du marché à son titulaire (*L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : JO 12 déc. 2001, p. 19703 , modifiant notamment L. n° 75-1334, 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance, art. 5 : JO 3 janv. 1976*). Toutefois, au regard du principe législatif de la liberté de recourir aux sous-traitants dans les marchés publics, les entrepreneurs peuvent toujours, en cours d'exécution, présenter de nouveaux sous-traitants. Dans cette hypothèse la situation des sous-traitants reste inchangée. Le nouveau Code de la commande publique encadre également la sous-traitance (*CCP, art. L. 2193-1 et s. et R. 2193-1 et s.*).

§ 17 Avenant pour règlement d'un litige

Les articles 50.1.1 et 50.1.2 du CCAG des marchés publics de travaux organisent une procédure stricte de règlement des différends et des litiges. L'entrepreneur remet au maître d'œuvre aux fins de transmission au pouvoir adjudicateur, un mémoire exposant les motifs et le montant de sa réclamation. Dans un délai de trente jours à compter de la date de réception de ce mémoire par le maître d'œuvre, le pouvoir adjudicateur notifie sa proposition de règlement à l'entrepreneur. Enfin, l'entrepreneur peut alors accepter ou refuser la proposition du pouvoir adjudicateur.

Dans le cadre de cette procédure, il a été jugé que l'article 50.1.2 du CCAG Travaux ne faisait pas obstacle à ce que la proposition de règlement d'un différend, notifiée à l'entrepreneur par la personne responsable du marché, subordonne sa mise en œuvre à la passation d'un avenant. Cette proposition ne pouvait alors être mise en œuvre que par la signature de l'avenant par les autorités compétentes et non par la simple acceptation par les entrepreneurs de cette proposition émanant de la personne responsable du marché (*CE, 25 mars 2002, n° 87885, Sté GTM-*

International et Sté GTM-Réunion : JurisData n° 2002-063587 ; Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 141 , note Ph. Delelis, concl. C. Bergeal ; BJCP 2002, n° 24, p. 349).

ATTENTION

Peut être utilement repris le conseil que Ph. Delelis a formulé lors du commentaire de cette décision (*V. supra*) : « Sauf à vider de son contenu la procédure de l'article 50, l'Administration serait bien avisée de ne pas recourir à la condition de l'intervention d'un avenant ultérieur. Si elle le fait, le titulaire doit, d'une part demander une décision rapide sur le principe de l'avenant et, d'autre part, durcir sa stratégie précontentieuse, quitte ensuite à recourir à la transaction (non limitée contrairement à l'avenant) si les conditions en sont réunies ».

2) Modifications affectant l'un des contractants

§ 18 Avenants liés au changement de la personne publique contractante

Cette situation s'applique principalement aux marchés des collectivités locales. Il s'agit, par exemple, de l'hypothèse d'un transfert de marché d'une ou de plusieurs communes à un établissement de coopération intercommunale lors de sa création. Ce changement nécessite la signature d'un avenant et s'analyse comme une reprise pure et simple de l'ensemble des droits et obligations du marché initial. Dans cette hypothèse également, si le changement provoque une modification des éléments substantiels du marché, un nouveau contrat devra être passé en respectant les procédures de publicité et de mise en concurrence (*Rép. min. n° 01602 : JO Sénat 18 oct. 2012, p. 2311 ; Contrats-Marchés publ. 2012, 355 , obs. B. Roman-Séquense*).

§ 19 Avenants liés au changement d'entrepreneur

Cette hypothèse recouvre plusieurs cas particuliers (décès de l'entrepreneur, incapacité civile de l'entrepreneur, règlement judiciaire ou liquidation de biens, changements dans la structure de l'entreprise).

En cas de décès ou d'incapacité civile de l'entrepreneur, l'avenant est nécessaire pour poursuivre l'exécution du contrat par les héritiers.

En cas de mise en place de procédures collectives, si la poursuite de l'activité est autorisée par le tribunal, l'exécution du contrat continue sans que la signature d'un avenant soit nécessaire.

À noter que les entreprises en situation de redressement judiciaire doivent très clairement mentionner ce placement dans leur dossier de candidature en fournissant copie du ou des jugements prononcés (*CMP, art. 45*).

Les changements dans la structure de l'entreprise qui ne conduisent pas à la création d'une nouvelle personne morale ne doivent pas donner lieu à l'établissement d'un avenant (par exemple, changement de dénomination sociale d'une société ou modification du capital, *Rép. min. n° 24748 : JOAN 12 avr. 1999, p. 2243*).

§ 20 Avenants de transferts

Juridiquement, l'on parle de transfert dans le cas où une société tiers se substitue au titulaire du marché.

ATTENTION

L'avenant de transfert doit mentionner si l'exemplaire unique de l'acte d'engagement remis au titulaire du marché pour nantissement a été restitué ou non. Un exemplaire unique de l'avenant peut être délivré au nouveau titulaire. Actuellement de nombreuses collectivités sont confrontées

à ces situations d'avenants de transfert de marché compte tenu du mouvement général de regroupement des entreprises.

CONSEIL PRATIQUE

La personne publique doit en cas de transfert de marché s'assurer que les conditions de bonne exécution technique du marché par le nouveau titulaire sont remplies (notamment les différents problèmes se rattachant à la propriété intellectuelle). Si la personne publique n'a pas d'assurances objectives suffisantes, elle doit résilier le marché et procéder dans le cadre des procédures de mise en concurrence à la désignation d'un nouveau titulaire (*Rép. min. n° 2886 : JOAN 8 juin 1998, p. 3161*).

§ 21 Précisions relatives à la cession des marchés

Un avis du Conseil d'État précise le régime de la cession des marchés et des délégations de service public (*CE, avis, sect., 8 juin 2000 : AJDA 20 sept. 2000, p. 758 , obs. L. Richer ; BJCP 2001, p. 94 , note E. Glaser*). Il en résulte que la cession d'un marché à un nouveau titulaire est possible sous certaines conditions.

La cession d'un marché s'entend de la reprise pure et simple de l'ensemble des droits et obligations. En conséquence, si des éléments substantiels du marché initial sont modifiés lors de cette opération (durée, prix, nature des prestations) une procédure de publicité et de mise en concurrence doit être mise en œuvre.

La notion de tiers au contrat doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial. Ainsi, les changements conduisant à la disparition de l'entreprise titulaire par fusion, scission ou absorption sont concernés.

Toutefois, il convient de signaler la position différente du Conseil d'État qui a reconnu une cession tacite se manifestant par l'envoi d'ordres de services au nouveau titulaire (*CE, 28 mai 2001, n° 203674 , Territoire des Îles Wallis-et-Futuna : JurisData n° 2001-062409 ; Contrats-*

Marchés publ. 2001, comm. 140, obs. F. Llorens, indiquant qu'il ne faut pas tirer des conséquences trop hâtives de cette décision).

Aujourd'hui sur cette question, la position des juges est différente. Par exemple, la cour administrative de Paris a décidé qu'une commune devait être considérée comme ayant tacitement consenti la cession alors même qu'elle n'avait donné aucun ordre à la société cessionnaire ni même entretenu de relations avec elle dès lors qu'elle avait reçu les factures du cessionnaire et accepté de les régler (*CAA Paris, 23 mars 2005, n° 00PA01867, Sté Site Île-de-France : Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 155*). Et à noter dans un sens inverse (*CAA Lyon, 9 oct. 2008, n° 05LY01239, SA Ineo et Snc Ineo Systems : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 286, note F. Llorens*).

On tire de cet état actuel de la jurisprudence, le fait qu'il convient que l'assentiment (de la cession du marché) puisse se déduire « du comportement dépourvu d'ambiguïté que la collectivité manifeste à l'égard du cessionnaire au cours de l'exécution du contrat » (*CE, 28 mai 2001, n° 203674, Territoire des Îles Wallis-et-Futuna : JurisData n° 2001-062409*).

ATTENTION

Le régime de la cession des marchés est remis en cause par la transposition des directives de 2014 d'autant que le régime actuel semble en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice.

La Cour considère en effet que « la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considéré comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché concerné » et doit donc donner lieu à la passation d'un nouveau marché (*CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH : JCP A 2009, 2037, obs. O. Dubos et D. Szymczak ; Contrats-Marchés publ. 2008, repère 9, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 186, note W. Zimmer ; Dr. adm. 2008, comm. 132, note R. Noguellou*). Cette substitution n'est possible que lorsqu'elle ne porte pas atteinte aux conditions initiales de publicité et de mise en concurrence, c'est-à-dire lorsqu'elle était prévue par le marché initial ou lorsqu'elle découle d'un changement d'actionnaire du cocontractant. Il convient donc de conseiller aux acheteurs ayant conclu des marchés publics avant le 1er avril 2016 de n'autoriser des cessions de marchés par avenant que lorsque ces conditions sont remplies.

2° Décision de poursuivre (marchés de travaux)

§ 22 Les décisions de poursuivre, comme les avenants, ne figurent plus en tant que telles dans les nouveaux textes, qu'il s'agisse de l'ordonnance de 2015 et de son décret d'application ou du nouveau Code de la commande publique.

En principe, le régime juridique exposé ne concerne donc plus que les marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé avant le 1er avril 2016. Il faut toutefois préciser que des décisions de poursuivre pourraient continuer à être mises en œuvre dans le cadre de la nouvelle réglementation sur le fondement des CCAG (*S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique, préc., p. 354*).

A) Modification unilatérale du contrat

§ 23 Caractéristiques de la décision de poursuivre

La principale caractéristique de la décision de poursuivre, qui la distingue de l'avenant, est qu'il s'agit d'un acte unilatéral pris par l'Administration au titre de son pouvoir de direction du marché. Cette décision de poursuivre ne peut être prise que si le marché la prévoit expressément. Le régime juridique de la décision de poursuivre se rapproche de celui de l'avenant puisqu'elle ne doit pas aboutir à un bouleversement de l'économie du marché (*CMP, art. 20 et 118*).

ATTENTION

Avant 2014, le CCAG travaux prévoyait cette possibilité, ce qui rendait inutile de rechercher dans les clauses du marché. Désormais, quel que soit le type de marché passé, la

possibilité d'adopter une décision de poursuivre doit être recherchée dans les clauses de celui-ci ou dans le CCAP du marché.

Une réponse ministérielle fait un point complet sur les conditions d'utilisation et le régime juridique des décisions de poursuivre (*Rép. min. n° 13627 à M. J.-C. Carle : JO Sénat 9 déc. 2004, p. 2836*). Elle attire l'attention des acheteurs publics sur le fait que la décision de poursuivre possède un champ d'application beaucoup plus réduit que l'avenant. Elle ne permet pas, en effet, de confier au titulaire des prestations nouvelles, mais a pour unique objet d'autoriser une augmentation des quantités prévues au marché, afin d'assurer l'entière réalisation de celui-ci et ce, dans les conditions (de prix notamment) initialement convenues entre les parties. Bien que plus souple que le procédé de l'avenant, la décision de poursuivre requiert une autorisation préalable de l'assemblée délibérante de la collectivité, sauf à ce que l'organe exécutif bénéficie de la délégation prévue par l' article L. 2122-22 du Code général des collectivités territoriales en matière de marchés passés selon une procédure adaptée.

Un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris confirme qu'en l'absence d'obligation de passer un avenant, des intérêts moratoires peuvent courir sur des décomptes afférents à des travaux supplémentaires établis sur la base de prix provisoires et acceptés par l'entreprise, après décision de poursuivre de la personne publique (*CAA Paris, 3 avr. 2007, n° 04PA02708, Sté Ineo , venant aux droits de l'entreprise industrielle : JurisData n° 2007-337086 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 172 , note F. Olivier*).

En l'espèce, une décision ayant été notifiée à l'entreprise de poursuivre au-delà du montant initial du marché, aucune disposition de l' article 255 bis du Code des marchés publics applicable aux faits n'impliquait de différer le paiement des travaux dans l'attente de la passation d'un avenant. Ainsi s'agissant de la passation d'un avenant, la cour administrative d'appel considère donc que le maître de l'ouvrage ainsi que le tribunal ont estimé à tort que le paiement des travaux supplémentaires devait être subordonné à la passation d'un tel avenant, les autorisant à différer le paiement des demandes d'acompte et le point de départ des délais de mandatement permettant le calcul des intérêts moratoires.

ATTENTION

Sur ce point, l'adoption du nouveau CCAG Travaux peut laisser entrevoir une nouvelle solution. L'article 14.5 précise en effet dans un commentaire que *“lorsque le représentant du*

pouvoir adjudicateur et le titulaire sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant au marché”.

Ainsi, au regard des faits de l'espèce relatés ci-dessus, l'avenant serait en application du nouveau CCAG désormais obligatoire.

§ 24 Procédure de la décision de poursuivre

Selon une interprétation formelle des textes relatifs à la consultation de la commission d'appel d'offres issue de l'article 49-1 la loi de 1995, une décision de poursuivre qui conduirait à une augmentation de plus de 5 % du montant total du marché ne devrait pas donner lieu à un avis de la commission d'appel d'offres. Toutefois, cette opinion n'est pas partagée par tous les auteurs (V. en sens contraire, *E. Pourcel, Rien de nouveau sous le soleil des avenants : Mon. TP 18 janv. 2002, p. 72*). Et dans le sens de l'obligation de consulter la commission d'appel d'offres (*Rép. min. n° 25104 : JO Sénat 31 août 2000, p. 3007 ; Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 25*).

Si l'on en revient au fondement de la décision de poursuivre, il est logique que la commission d'appel d'offres n'intervienne pas, puisqu'il n'est pas question de l'exécution d'un contrat (que la commission a pu connaître lors de sa passation) mais de l'exercice par l'Administration d'une prérogative de puissance publique. Toutefois, l'objectif général de transparence s'applique à l'ensemble du circuit décisionnel d'une collectivité, et c'est pour cette raison qu'il est recommandé aux collectivités locales de faire prendre une délibération décrivant les caractéristiques de cette décision de poursuivre et autorisant la signature.

Certaines réponses ministérielles vont même dans le sens du caractère obligatoire de cette autorisation préalable de l'organe délibérant (*Rép. min. n° 50561 : JOAN 23 avr. 2001, p. 2412 ; BJCP 2001, p. 366*).

B) Exécution du marché au-delà de la masse initialement prévue

§ 25 Obligation d'exécuter

Selon les termes du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, l'entrepreneur ne peut refuser d'exécuter le marché en cas d'augmentation même très importante de la masse des travaux (*CCAG Travaux* , art. 15.2.1). Il est par ailleurs tenu d'aviser le maître d'œuvre au moins un mois à l'avance de la date à laquelle il va atteindre le montant du marché (*CCAG Travaux* , art. 15.4). Le maître d'œuvre doit alors – dix jours au moins avant cette date – notifier au « titulaire », s'il y a lieu, par ordre de service, la décision d'arrêter les travaux prise par le représentant du pouvoir adjudicateur (*CCAG Travaux* , art. 15.4.2). À défaut, le titulaire poursuit les travaux dans la limite de certains plafonds au-delà desquels les travaux ne lui seront pas payés (*CCAG Travaux* , art. 15.4.3). Cette limite correspond à 5 % du montant contractuel pour les marchés à prix forfaitaires, à 25 % pour les marchés sur prix unitaires, et à une moyenne des deux lorsque les prestations sont rémunérées selon une formule mixte (*CCAG Travaux* , art. 15.3).

§ 26 Augmentation dans la masse des travaux

Au regard du Code des marchés publics l'objet de la décision de poursuivre est de permettre la poursuite des prestations prévues au marché (masse initiale des travaux) jusqu'à une limite qu'elle doit elle-même fixer (*CMP* , art. 118 . – *CE* , 24 oct. 1990, n° 87327, *RIVP c/ Éts Louis et a.* : *JurisData* n° 1990-647507 ; *RD imm.* 1991, p. 52 . – *C. comptes* 1er déc. 2003, *CHRU de Rouen* : *CP-ACCP* 2004, n° 37, p. 11 . – *C. comptes* , 27 janv. 2005, *Synd. interhospitalier de la Région d'Île-de-France* : *CP-ACCP* 2005, n° 44, p. 13). Elle ne peut comporter d'autres dispositions et ne permet notamment pas de fixer de nouveaux prix, de modifier l'objet du marché ou de modifier le volume des prestations .

ATTENTION

La décision de poursuivre suppose un dépassement prévisible du montant initial du marché. Il convient donc de s'assurer de l'existence d'un tel dépassement. Il peut concerner aussi bien les marchés à prix unitaire que les marchés à prix forfaitaire ainsi que le précise l'article 118 du Code des marchés publics de 2006.

§ 27 Financement de cette augmentation

L'autorisation initiale des travaux peut avoir prévu de couvrir ce dépassement (Rép. min. n° 8056 : JOAN 17 janv. 1994, p. 267). Si ce n'est pas le cas pour les marchés locaux, la saisine de l'assemblée délibérante s'imposera avant toute signature de décision (Rép. min. n° 15917 : JOAN 5 sept. 1994, p. 4468).

§ 28 Indemnisation de l'entrepreneur

Si l'augmentation dans la masse des travaux par rapport à la masse initiale, est supérieure à certains pourcentages, l'entrepreneur peut prétendre à être indemnisé (*CCAG Travaux* , art. 15.3 : pourcentage de 5 % pour les marchés à prix forfaitaire, pourcentage de 25 % pour les marchés à prix unitaire). Pour obtenir cette indemnisation, l'entrepreneur devra prouver l'existence d'un préjudice et en justifier le montant.

ATTENTION

Il convient de signaler une hypothèse rencontrée fréquemment qui consiste, pour rester dans le montant global initial, d'enlever une prestation équivalente à la prestation nouvelle. Dans ce cas, si la réalisation des travaux soustraits est exécutée par la personne publique ou par une autre

entreprise, l'entrepreneur est en droit d'obtenir l'indemnisation totale du préjudice causé en application de la théorie du Conseil d'État relative à la « distraction des travaux ».

3° Modifications en cours d'exécution (marchés passés après le 1er avril 2016)

§ 29 Nouveau cadre succédant aux avenants et aux décisions de poursuivre

Les avenants et les décisions de poursuivre ne sont plus envisagés en tant que tels par le Code de la commande publique. Désormais, l'article L. 2194-1 fixe le cadre général de la modification des marchés publics en cours d'exécution, en précisant que les modifications *“ne peuvent changer la nature globale du marché”*. De plus, l'article L. 2195-6 précise que *“l'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues”* par le code (*ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 65*). Ainsi, si des modifications sont bien envisageables en cours d'exécution, elles ne doivent pas permettre aux acheteurs de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence ni, plus largement, de contourner les règles imposées dans le cadre de l'ordonnance. La partie réglementaire du Code de la commande publique comporte un chapitre consacré à la modification du marché. Il envisage les différentes catégories de modifications autorisées et précise les hypothèses dans lesquelles un avis de modification doit être publié (*CCP, art. R. 2194-1 à R. 2194-10 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139 et 140*).

En réalité, le code reprend l'article 72 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et envisage six hypothèses de modifications en cours d'exécution (*CCP, art. L. 2194-1*). Dans ce cadre, le code distingue les modifications par voie conventionnelle – qui peuvent concerner l'ensemble des marchés publics – et les modifications unilatérales – qui ne peuvent concerner que les marchés publics qualifiables de contrats administratifs. Dans ce dernier cas, le code prévoit expressément que l'exercice de son pouvoir de modification unilatérale par l'acheteur implique en contrepartie le droit au maintien de l'équilibre financier pour le cocontractant (*CCP, art. L. 2194-2*).

En pratique toutefois, lorsque les conditions seront réunies, ces modifications devraient généralement donner lieu à la conclusion d'avenants entre l'acheteur et son cocontractant. Il est toutefois possible qu'elles résultent de la mise en œuvre de décisions de poursuivre de la part de l'acheteur ou, pour les seuls contrats administratifs, de l'utilisation de son pouvoir de modification unilatérale. Ce sont donc en grande partie les règles jusqu'alors applicables aux avenants et aux décisions de poursuivre qui devraient être transposées aux modifications en cours d'exécution. En toutes hypothèses, conformément à l'état du droit antérieur (V. n° 51 à 62), les modifications ne doivent pas "*changer la nature globale du marché*" (CCP, art. L. 2194-1).

§ 30 Modifications résultant de la mise en œuvre de clauses de réexamen

De manière assez logique, les modifications en cours d'exécution sont autorisées lorsque celles-ci "ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque" (CCP, art. R. 2194-1 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 1°). Il s'agit donc de modifications prévues par le marché public lui-même qui ont été envisagées dans le cadre de la procédure de passation. Il n'y a donc normalement pas de raisons que leur mise en œuvre fausse la concurrence initiale. Parce qu'elles constituent des engagements contractuels, ces clauses doivent elles-mêmes prévoir "le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage". En fonction de leur contenu, il est possible d'envisager que les clauses de réexamen soient mises en œuvre par voie contractuelle ou par une voie unilatérale, ce qui les rapprocherait des anciens avenants et décisions de poursuivre. Ces modifications contractuelles se retrouvent notamment au travers des tranches optionnelles (CCP, art. R. 2113-4 et s. – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 77) et des reconductions (CCP, art. R. 2112-4 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016 , art. II).

Enfin, il convient de rappeler que, même lorsqu'elles sont prévues par les clauses du contrat, ces modifications doivent respecter le cadre général fixé par le Code de la commande publique. Au-delà du respect des principes fondamentaux de la commande publique, ces clauses

ne doivent donc pas modifier la nature du marché initial (CCP, art. L. 2194-1). Les acheteurs publics doivent donc être particulièrement vigilants dans la rédaction de ces clauses et dans leur mise en œuvre.

§ 31 Modifications permettant l'exécution de prestations supplémentaires

Des modifications peuvent être apportées en cours d'exécution du marché pour permettre la prise en charge par le cocontractant de travaux, de fournitures ou de services supplémentaires qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché public initial, quel qu'en soit le montant (CCP, art. R. 2194-2 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 2°).

Ces modifications permettant l'exécution de prestations supplémentaires peuvent être rapprochées des « marchés complémentaires » (voir le III de ce fascicule concernant les « marchés pour prestations complémentaires », n° 81 et s.) passés sur le fondement de l' article 35 du Code des marchés publics , même si elles n'entraînent pas la passation d'un nouveau marché. Il convient toutefois de préciser que, parce qu'il s'agit de prestations supplémentaires, il devrait être exigé que les prestations en cause constituent le prolongement des prestations du marché initial. Le lien entre ces prestations et l'objet du marché initial devrait donc faire l'objet d'un contrôle poussé, comme en matière de marchés complémentaires sous l'empire du Code des marchés publics (CE, sect., 17 oct. 1975, Cne Canari : Lebon, p. 516 ; AJDA 1975, I, p. 562).

Ces prestations supplémentaires n'ayant pas été prévues dans le marché public initial, elles n'ont donc pas été envisagées dans le cadre de la procédure de passation du contrat. Le risque est donc que l'attribution de ces prestations fausse la concurrence, ce qui justifie qu'elles fassent l'objet d'un encadrement particulier.

L'exécution de prestations complémentaires ne peut donc être confiée au cocontractant que si un changement de titulaire s'avère impossible *“pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial”* (CCP, art. R. 2194-2

. – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 2°). Le Conseil d’État est par ailleurs venu préciser, à propos des concessions d’autoroutes et s’agissant de dispositions similaires transposant les directives de 2014, que des motifs d’intérêt général comme l’accroissement du trafic ou l’amélioration de la sécurité routière peuvent justifier des prestations supplémentaires devenues nécessaires (CE, 23 déc. 2016, n° 397096 : JurisData n° 2016-028557 ; JCP A 2017, 2042 , note G. Pellissier). Les raisons économiques ou techniques pourraient ainsi être entendues largement.

Ainsi, lorsque des prestations supplémentaires sont nécessaires, le principe demeure celui de la passation d'un nouveau marché public et ce n'est que lorsqu'un changement de cocontractant serait préjudiciable que ces prestations pourront entraîner une modification du marché au cours de son exécution.

De plus le code précise que si l'acheteur est un pouvoir adjudicateur, ces prestations supplémentaires ne peuvent pas conduire à une augmentation du prix supérieure à 50 % de la valeur du marché public initial. Il est de plus indiqué que *“lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification”* et que *“ces modifications successives ne peuvent avoir pour effet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence”* (CCP, art. R. 2194-3 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 140). Pour le calcul du montant de ces modifications, les acheteurs doivent également tenir compte des clauses de variation des prix (CCP, art. R. 2194-4 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 140, II) .

Enfin, des règles de publicité particulières s'imposent aux acheteurs lorsque le marché qui a été modifié pour intégrer des prestations supplémentaires est un marché public qui a été passé selon une procédure formalisée. Dans cette hypothèse en effet, les acheteurs sont tenus de publier un avis de modification d'un marché en cours au Journal officiel de l'Union européenne (CCP, art. R. 2194-10 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 140, III) , conformément au modèle fixé par la Commission européenne dans son règlement établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics (http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99206/FR_F20.pdf).

§ 32 Modifications non prévisibles et nécessaires

Au-delà des modifications permettant d'intégrer des prestations supplémentaires, le décret autorise la modification du marché public en cours d'exécution lorsque celle-ci *“est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir”* (CCP, art. R. 2194-5 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 3°). Le Code de la commande publique ne précise pas quelles sont les circonstances qui peuvent ou ne peuvent pas être prévues par un acheteur diligent, ni ce qu'est un acheteur diligent. Cette disposition pourrait être rapprochée de celle anciennement envisagée par l' article 20 du Code des marchés publics . Partant de ce constat, il semble donc que des « sujétions techniques imprévues » pourraient justifier des modifications du marché initial en cours d'exécution, tout comme la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Il n'est toutefois pas certain que ce rapprochement soit possible (en ce sens, V. S. Pignon et M. Amilhat, *Regards croisés : modification des contrats en cours d'exécution : Contrats-Marchés publ. 2019, prat. 10*). De plus, ici encore, rien n'est précisé quant au mode d'intégration de ces modifications et il est donc possible de considérer qu'elles peuvent être prévues soit par voie contractuelle, soit par voie unilatérale.

Ces modifications non prévisibles rendues nécessaires par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir font l'objet du même encadrement que les modifications permettant l'exécution de prestation supplémentaire (CCP, art. R. 2194-5 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 3°). Ainsi, lorsque l'acheteur est un pouvoir adjudicateur, les modifications ne peuvent pas conduire à une augmentation du prix supérieure à 50 % de la valeur du marché public initial, étant entendu que *“lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification”* et que *“les modifications successives ne peuvent avoir pour effet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence”* (CCP, art. R. 2194-3 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 140).

Enfin, les mêmes règles de publicité s'imposent aux acheteurs lorsque le marché qui a été modifié pour intégrer les modifications rendues nécessaires par les événements imprévisibles est un marché public qui a été passé selon une procédure formalisée (CCP, art. R. 2194-10 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 140, III) .

§ 33 Modifications entraînant un remplacement autorisé du titulaire du marché

Les modifications en cours d'exécution du marché public peuvent conduire à un remplacement du titulaire de ce marché (CCP, art. R. 2194-6 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 4°), c'est-à-dire à un changement de cocontractant pour l'acheteur. Néanmoins, afin d'éviter des atteintes trop importantes aux principes fondamentaux de la commande publique, le remplacement du titulaire du marché public en cours d'exécution ne sera possible que dans deux hypothèses.

Il est tout d'abord possible que le marché public lui-même prévoit un changement de titulaire en cours d'exécution, au travers d'une clause de réexamen ou d'une option. Dans une telle hypothèse, c'est le régime juridique de ces clauses de réexamen qui doit être appliqué (V. n° 30).

Par ailleurs, le remplacement du titulaire est admis en cas de “cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence”. L'idée est ici encore d'éviter une remise en cause de la procédure de mise en concurrence initiale, ce qui justifie qu'il soit exigé que le titulaire remplisse les conditions de participation au marché public initial.

Sur ce point, le code – qui transpose les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 – reprend en partie les limites apportées par la jurisprudence de la Cour de justice s'agissant des changements de titulaires en matière de marchés publics (CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* : Rec. CJCE 2008, p. I-4401 ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, repère 9 , note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 186 , note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2008, comm. 132 , note R. Noguellou). Le régime antérieur de la cession des marchés est ainsi abandonné. Désormais le principe est celui d'une interdiction de principe et d'un encadrement strict des exceptions autorisant un changement de titulaire au cours de l'exécution des marchés publics.

§ 34 Modifications non substantielles

Le Code de la commande publique autorise les modifications de marchés publics en cours d'exécution lorsque celles-ci constituent des modifications “*non-substantielles*” (CCP, art. R. 2194-7. – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 5°). Cette possibilité ne doit pas être négligée dans la mesure où de telles modifications sont possibles quel que soit leur montant. La question reste néanmoins de savoir comment définir une modification non substantielle.

Le code – qui reprend la directive – ne définit pas la modification non substantielle mais offre une définition de la modification substantielle, ce qui permet de retenir une définition *a contrario*. La modification substantielle est celle qui modifie la nature globale du marché public. Quatre hypothèses sont présentées comme étant susceptibles de conduire à une modification substantielle parce qu'elles remettent en cause les principes fondamentaux de la commande publique, et notamment le principe d'égalité de traitement entre les candidats déclarés ou potentiels lors de la procédure de passation initiale :

- lorsque la modification “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” (CCP, art. R. 2194-7, 1° . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 5°, a)) ;
- lorsque la modification “modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial” (CCP, art. R. 2194-7, 2° . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 5°, b)) ;
- lorsque la modification “modifie considérablement l'objet du marché” (CCP, art. R. 2194-7, 3° . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 5°, c)) ;
- lorsque la modification “a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses” admises de modifications entraînant un changement de titulaire (CCP, art. R. 2194-7, 4° . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 5°, d))).

En-dehors de ces hypothèses, toutes les autres modifications doivent être considérées comme non substantielles et donc en principe comme autorisées. Il convient toutefois d'attirer

l'attention des cocontractants sur le champ extrêmement large des situations couvertes par ces quatre hypothèses. Les juridictions administratives et européennes auront à n'en pas douter l'occasion de préciser quelles sont de manière concrète les modifications pouvant être considérées comme non substantielles. Ces dernières devraient demeurer assez rares en pratique.

§ 35 Modifications correspondant à une faible part du montant du marché

Le Code de la commande publique envisage une dernière hypothèse de modifications autorisées au cours de l'exécution des marchés publics, envisagées comme des modifications de faible montant. Celles-ci sont permises lorsque leur montant ne correspond qu'à une faible part du montant du marché initial, à savoir 10 % de ce montant pour les marchés publics de services et de fournitures et 15 % pour les marchés publics de travaux (*CCP, art. R. 2194-8 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139, 6°*). Ce montant doit être calculé en tenant compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix (*CCP, art. R. 2194-4 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 140, II*) .

Le code précise que ces modifications n'ont pas à respecter les conditions prévues par l'article R. 2194-7, ce qui signifie que ces modifications n'ont pas à être des modifications non substantielles (*V. n° 34*) .

Il convient cependant de préciser que ces modifications ne doivent pas permettre de contourner le respect des procédures formalisées de passation. De plus, ces modifications ne doivent pas être envisagées isolément mais comme constituant un ensemble. Ainsi lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, l'acheteur doit prendre en compte le montant cumulé de ces modifications (*CCP, art. R. 2194-9 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 140, II*) . Il s'agit ainsi d'éviter que, sous couvert de modifications supposées correspondre à une faible part du montant du marché initial, les cocontractants changent la nature de ce marché et remettent en cause de manière trop importante les conditions de la mise en concurrence initiale. Les conditions imposées pour ces modifications peuvent être en partie rapprochées de celles

jusqu'alors exigées pour les marchés complémentaires , même si ces marchés continuent d'exister dans le cadre de la nouvelle réglementation (*V. Partie III, n° 81 à 105*).

II. LIMITES À LA MODIFICATION DES MARCHÉS PAR AVENANTS

§ 36 Cadre général

Les limites présentées s'agissant de la modification des marchés par avenants sont celles qui étaient applicables sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics. Dans la mesure où les modifications en cours d'exécution désormais prévues par le Code de la commande publique devraient essentiellement passer par la conclusion d'avenants , ces limites devraient s'appliquer dans le cadre de la nouvelle réglementation. Il est donc conseillé aux acheteurs d'en tenir compte, en attendant que la jurisprudence vienne confirmer ou infirmer ces solutions.

A. Conditions de forme pour la conclusion des avenants

1° Consultation de la commission d'appel d'offres

§ 37 Avis préalable de la Commission d'appel d'offres

Sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public (*JO 9 févr. 1995, p. 2186*), qui avait modifié l'article 49-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, prévoyait l'obligation de consulter la commission d'appel d'offres sur tout projet d'avenant augmentant le montant initial du marché de plus de 5 %. Cette disposition avait pour effet de rappeler que l'avenant ne pouvait être

considéré comme une modalité normale de gestion d'un contrat. Ainsi, la commission d'appel d'offres, qui n'avait qu'un rôle consultatif, devait être saisie sous peine de nullité de la procédure (V. en ce sens un avenant augmentant de 20 % le montant du marché initial et qui n'a pas été soumis à l'avis préalable de la commission d'appel d'offres, *TA Strasbourg, 26 sept. 2000, n° 95.1769*, *préfet Moselle c/ District rural de Cattenom et Sté Edmond Schnitzler : Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 10*, *obs. F. Olivier*).

Par ailleurs, la Commission centrale des marchés considérait que cet avis, s'il était défavorable, devait conduire à un réexamen attentif du projet d'avenant (*Tél. marchés publ. juin 1995, n° 195, p. 3* ; *Marchés publ. 1995-96, n° 2, doctr. p. 3*). Ces dispositions et ces remarques étaient applicables à tous les marchés publics qui au regard de leur mode de passation étaient soumis à l'avis préalable de la commission d'appel d'offres (*Rép. min. n° 25929 : JOAN 19 juill. 1999, p. 4419*).

ATTENTION

L' article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 a été abrogé par l' ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sans que le seuil des 5 % imposant la consultation de la commission d'appel d'offres ne soit repris dans le Code de la commande publique. Pour autant, l' article L. 1414-4 du Code général des collectivités territoriales reprend désormais cette obligation lorsque le marché public modifié était soumis à la commission d' appel d' offres.

§ 38 Appréciation du seuil des 5 %

En cas de pluralité d' avenants , l'avis de la commission est recueilli pour tout avenant, qui cumulé avec le ou les avenant(s) précédent(s) a pour effet de majorer le montant initial de plus de 5 %. Pour les marchés à bons de commandes, l'augmentation s'appréciera au regard du montant maximum du marché (cependant, quand ce montant est atteint, la collectivité devrait procéder à une nouvelle mise en concurrence). Pour les marchés à tranches, le seuil des 5 % s'apprécie par rapport au montant de la tranche ferme et des tranches qui ont été affermies. Pour les marchés à

lots séparés, attribués à des entreprises différentes, l'augmentation doit être analysée lot par lot, chaque marché comportant un acte d'engagement distinct dont le montant constitue le montant initial propre au marché. Si en revanche, plusieurs lots sont attribués à un groupement d'entreprises, un seul acte d'engagement est fourni et le montant initial correspond au montant total de l'ensemble des lots (V. sur l'ensemble de ces cas : *Tél. marchés publ. juin 1995, n° 195, p. 3* . – Sur le calcul des seuils, V. *JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 60-20*).

§ 39 Avenants aux marchés à procédure adaptée

Alors qu'une hésitation était possible, la loi n° 2007-1797 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit est venue préciser que les avenants aux marchés à procédure adaptée supérieurs à 5 % ne sont plus soumis à l'avis préalable de la commission d'appel d'offres. Désormais, l'article L. 1414-4 du Code général des collectivités territoriales précise que cet avis ne concerne que les avenants passés dans le cadre de marchés publics qui ont eux-mêmes été soumis à la commission d'appel d'offres. Or, l'article L. 1414-2 du même code précise que cette soumission ne concerne que les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens (exception faite des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux). Par conséquent, les avenants conclus dans le cadre des marchés passés selon une procédure adaptée ne sont pas concernés par cette procédure.

2° Signature des parties

A) Signature de la personne publique

§ 40 Délibération de l'assemblée délibérante

La signature des marchés comme celle des avenants relève des attributions exercées par les exécutifs locaux au nom de leur collectivité de rattachement. Les assemblées locales possèdent la faculté de déléguer leurs compétences à l'autorité exécutive et de l'autoriser à *“prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants , lorsque les crédits sont inscrits au budget”* (*CGCT, art. L. 2122-22, 4°* pour les communes, *CGCT, art. L. 3221-11* pour les départements, *CGCT, art. L. 4231-8* pour les régions). Il peut s'agir d'une délégation générale pour la signature des avenants ou d'une délégation au cas par cas (*Rép. min. n° 12527 : JO Sénat 25 sept. 2014, p. 2210 [quest. 17 juill. 2014, M. Jean-Noël Cardoux] ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 350 , obs. B. Roman-Séquense*). Ces dispositions n'ont pas été modifiées lors de la transposition des directives de 2014.

À noter, qu'il s'agit donc d'un assouplissement notable, puisque si cette délégation est mise en place, aucun avenant quel qu'en soit le montant ou l'objet ne sera plus soumis à l'assemblée délibérante avant sa signature par l'exécutif local.

§ 41 Délégation au sein des collectivités locales

Le Code général des collectivités territoriales organise au sein de chacune d'entre elles, un système de délégations des compétences (pour les élus) ou de délégations de signatures (pour les fonctionnaires d'autorité). Ces délégations s'exercent sous la surveillance et la responsabilité de

l'exécutif. Elles doivent être très claires et publiées afin que l'incompétence de l'auteur de l'acte ne puisse pas être recherchée lors d'un contentieux (*Rép. min. 9 mars 1995 : JO Sénat 4 mai 1995, p. 1046*).

Selon une réponse ministérielle, l'article 8 du Code des marchés publics permet de donner à l'objet et à la durée des groupements de commandes une étendue variable (*Rép. min. n° 42954 : JOAN 4 janv. 2005, p. 86 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 100*).

Trois hypothèses sont à distinguer en fonction des termes retenus par la convention constitutive du groupement.

Celle-ci peut d'abord prévoir que la mission du groupement et de son coordonnateur se limite à l'organisation de la procédure de passation des marchés, leur signature et leur exécution relevant du groupement.

La convention peut également confier au coordonnateur le soin de signer et de notifier les marchés au nom des membres du groupement, chacun d'entre eux se chargeant, par la suite et pour la part qui le concerne, de l'exécution desdits marchés. La convention peut enfin étendre la mission du groupement et de son coordonnateur à l'exécution des marchés.

Dans les deux dernières hypothèses, la signature des avenants relève de la personne responsable du marché de chacun des membres du groupement. Dans la dernière hypothèse, le ministre est même d'avis que les collectivités concernées peuvent désigner la personne responsable du marché de l'une d'entre elles comme mandataire chargé de signer les avenants aux marchés.

La répartition des responsabilités au sein des groupements de commandes est désormais fixée à l'article L. 2113-7 du Code de la commande publique (*ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 28*). Néanmoins, les trois hypothèses envisagées devraient perdurer s'agissant de la signature d'avenants dans le nouveau cadre des modifications au cours de l'exécution du marché.

B) Signature de l'entreprise

§ 42 Personne ayant pouvoir pour engager la société

Comme en matière de marché, l'avenant, acte qui modifie les clauses du contrat initial, ne peut être signé que par la personne qui au sein de la société a reçu pouvoir pour l'engager.

§ 43 Signature de l'avenant avec réserves

La signature de l'avenant avec réserves n'est pas possible. L'avenant matérialise un accord de volontés entre deux parties. Si l'une d'entre elles émet des réserves l'accord ne peut se concrétiser. Bien entendu, l'entreprise qui est en désaccord avec le maître de l'ouvrage en ce qui concerne l'exécution du chantier ne devra pas accepter un avenant qui viendrait mettre fin à des possibilités ultérieures de contestations.

ATTENTION

Une jurisprudence prise dans le domaine des délégations de service public, précise que l'autorité délégante peut modifier unilatéralement les clauses financières du contrat lorsque le délégataire a refusé de signer l'avenant élaboré en application d'une clause de rendez-vous. En première instance, le tribunal administratif avait reconnu, dans son principe, la responsabilité contractuelle de la commune pour avoir modifié les clauses financières du contrat mais il avait exonéré la collectivité de sa responsabilité au motif que le fermier avait refusé, sans motif légitime, de conclure l'avenant qui lui était proposé. À son tour, la cour rejette la requête du fermier, mais elle le fait en considérant qu'en modifiant unilatéralement le contrat, la commune n'a fait que « tirer les conséquences des choix de procédures auxquelles les parties ont entendu se soumettre » (*CAA Nancy, 20 déc. 2007, n° 05NC00897, Sté Vivendi c/ Cne Saint-Dizier : JurisData n° 2007-356634 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 77*).

3° Prise d'effet de l'avenant

A) Transmission au représentant de l'État (marchés locaux)

§ 44 Absence d'obligation de rapport de présentation

Pour les avenants aux marchés passés selon une procédure formalisée et notifiés après le 1er septembre 2006 (date d'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006), la production d'un rapport de présentation n'est plus obligatoire (*CMP, art. 79*).

CONSEIL PRATIQUE

Compte tenu du maintien pour les avenants aux marchés formalisés du contrôle de l'autorité préfectorale, l'absence de rapport de présentation pour les avenants peut aboutir à des difficultés concrètes pour apprécier leur légalité et conduira sans doute à voir se développer une pratique de demandes de renseignements et de pièces complémentaires postérieurement à leur transmission. Dans ce contexte, il appartient aux acheteurs publics de s'interroger sur les avenants qui de par leur nature ou leur importance méritent un minimum de commentaires.

Sachant que plus l'avenant est important, plus ce commentaire devra se rapprocher d'un rapport de présentation ; il peut être recommandé de maintenir la production du rapport de présentation au moment de la transmission de ce type d'avenant à un marché public.

Face à ces évolutions de fond et de forme, quelques recommandations pratiques peuvent être formulées pour tout à la fois sécuriser cette étape et lui donner le sens approprié parmi l'ensemble des actes à prendre en matière de marchés publics (*B. Roman-Séquense, le nouveau rapport de présentation : Contrats-Marchés publ. 2006, prat. 9*).

§ 45 Obligation de transmission de l'avenant au contrôle de la légalité

Pour acquérir le caractère exécutoire, tout projet d'avenant doit être transmis au contrôle de la légalité après sa signature par la personne responsable du marché. Le Code général des collectivités territoriales précise en effet que *“les modifications des marchés publics sont transmis au préfet ou au sous-préfet accompagnés, le cas échéant, des délibérations qui les autorisent”* (*CGCT, art. R. 2131-6*).

Pour autant, cette obligation de transmission ne concerne que *“les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret”* (*CGCT, art. L. 2131-2, 4°, L. 3131-2, 4° et L. 4141-2, 3°*). Le seuil est celui qui s'applique aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales selon l'une des procédures formalisées au sens de l'article L. 2124-1 du Code de la commande publique (*CGCT, art. D. 2131-5-1*). Il est fixé à 214 000 euros HT depuis le 1er janvier 2020.

En revanche, les délibérations quel qu'en soit leur objet sont toujours obligatoirement transmissibles au contrôle de légalité. C'est la raison pour laquelle il convient dans un souci d'allègement des procédures que l'exécutif local ne prenne pas de décision unilatérale de signer l'avenant (ceci sous forme d'arrêté ou de décision écrite), acte unilatéral qui reste lui soumis à l'obligation de transmission au contrôle de légalité (*V. Rép. min. n° 00701 : JO Sénat 27 sept. 2007, p. 1722 : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 338*).

Ces articles s'appliquent donc aux modifications en cours d'exécution du marché, lesquelles devraient généralement être décidées par avenants .

B) Notification

§ 46 Obligation de notification

Tout projet d'avenant doit faire l'objet d'une notification à son titulaire avant tout début d'exécution. La notification consiste à un envoi à son titulaire de l'avenant signé par tout moyen permettant d'en

assurer date certaine. L' article 81 de l'ancien Code des marchés publics précisait que la date de notification est la date de réception de l'avenant par son titulaire. Le Code de la commande publique n'envisage pas ces questions mais il est possible de considérer que les modalités de la notification restent les mêmes.

§ 47 Absence d'effet rétroactif

La date d'effet de l'avenant est la date de réception de la notification par son titulaire et tout commencement d'exécution d'un avenant avant sa notification est illégal (*CE*, 30 janv. 1995, n° 151099, *Sté Viafrance* : *JurisData* n° 1995-041928 ; *RD imm.* 1995, p. 318, *obs.* F. Llorens et Ph. Terneyre. – *TA Lille*, 8 juill. 1998, *Préfet Pas-de-Calais c/ Cne Béthune-Sté Dumez e.P.s* : *BJCP* 1998, p. 40, *concl.* T. Célérier, *obs.* R.S.).

Les marchés de travaux prévoient des délais contractuels pour leur exécution, dont le non-respect entraîne l'application de pénalités de retard pour l'entrepreneur. En cours d'exécution, ces délais peuvent être modifiés par avenant.

Dans ce cadre, le Conseil d'État a jugé qu'« aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'un avenant à un marché fixe une date de fin de travaux antérieure à sa signature ; que la circonstance que cette date soit antérieure à la date à laquelle cet avenant a été transmis au préfet est sans incidence sur la validité de cet avenant, dès lors qu'aucune stipulation de cet avenant ne prévoyait une entrée en vigueur antérieure à cette transmission » (*CE*, 2 oct. 2002, n° 219659, *Gross* : *JurisData* n° 2002-064429 ; *Contrats-Marchés publ.* 2002, *comm.* 250, *note* J.-P. Pietri, *concl.* D. Piveteau ; *BJCP* 2003, p. 27). Les conclusions de Denis Piveteau expliquent que « le fait de fixer rétrospectivement une date théorique de fin de travaux ne produit aucun effet de droit rétroactif, pour la simple raison que le franchissement de cette date n'entraîne sur le moment, à la date en question, aucun effet juridique. Les relations contractuelles ne sont ni interrompues, ni modifiées. Si les travaux ne sont pas achevés, ils continuent de s'exécuter dans les mêmes conditions. La seule utilité de cette date est de servir de référence numérique pour le calcul des pénalités de retard ». Calcul qui interviendra plus tard. À la lecture de cette jurisprudence subtile,

où se posait une sérieuse question de légalité de cet avenant au regard du principe de non-rétroactivité, il est renouvelé à l'acheteur public les conseils de prudence dans la mise en œuvre de la procédure des avenants .

§ 48 Avenant de régularisation

Un avenant peut être réclamé par le comptable public pour le paiement des prestations nouvelles et déjà réalisées. Cet avenant apparaît alors comme une pièce justificative suffisante même si son irrégularité est patente pour tous (*P. Limouzin-Lamothe, Les avenants , observations complémentaires : AJDA 1998, p. 767 . – C. comptes, 12 et 20 oct. 1989, TPG Var : Rev. adm. 1990, p. 246*).

CONSEIL PRATIQUE

L'acheteur public qui se trouverait dans cette situation ne doit pas prendre la responsabilité de signer un avenant de régularisation qui engage la responsabilité pénale de son auteur (V. en ce sens la condamnation d'un maire pour délit de favoritisme en raison de la conclusion d'un marché de régularisation, *Cass. crim., 2 avr. 1998, Biau : Gaz. Pal. 8 sept. 1998, p. 12*). Il est donc très vivement conseillé de recourir à la mécanique de la transaction afin de vider le contentieux (V. en ce sens les différentes espèces présentées au titre des transactions dans l'article de *Ph. Terneyre, À quelles conditions est-il possible de conclure une transaction pour régulariser un marché ? : BJCP 2002, n° 23, p. 302*).

C) Information sur exécution des avenants

§ 49 Intérêt de cette information

Le Code des marchés publics de 2006 a supprimé les rapports d'informations à la commission d'appel d'offres et à l'assemblée délibérante sur l'exécution des marchés publics, mais il est de bonne gestion de poursuivre une telle information des élus d'une collectivité. En effet, cela participe d'une part, au principe de transparence des procédures de marchés publics et, d'autre part, surtout cela permet de suivre des indicateurs de gestion et de pouvoir éventuellement corriger des points noirs.

§ 50 Contenu de cette information

Il peut être repris le contenu qui avait été imposé par l'ancien Code des marchés publics (CMP, art. 361-1 et 361-2 , pour les collectivités locales et CMP, art. 248 et 249 , pour l'État).

Ces informations sont les suivantes :

- montant initial du marché ;
- montant des sommes effectivement versées ;
- raisons de l'écart entre ces deux montants ;
- modifications substantielles ayant affecté la consistance du marché (notamment les avenants).

B. Conditions de fond de la régularité d'un avenant

1° Absence de bouleversement de l'économie du contrat

§ 51 Évolution réglementaire

Avant 1993, la notion de bouleversement de l'économie du contrat n'était pas prise en compte (elle a été introduite par le décret de simplification du Code des marchés publics du 15 décembre 1992) et donc elle n'était pas systématiquement sanctionnée (*CE, 13 juin 1997, n° 150681, Cne Aulnay-sous-Bois : JurisData n° 1997-050740 ; RD imm. 1997, p. 584, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; D. 1998, somm. p. 230, obs. Ph. Terneyre. – CE, 1er avr. 1998, Coenon : JurisData n° 1998-051042 ; BJCP 1998, p. 101 ; RD imm. 1998, p. 360, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre*).

L' article 20 du Code des marchés publics , reprenant les solutions dégagées par la jurisprudence, précisait que sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer son objet. Ces limites ont été posées afin de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Un avenant ne saurait en effet conduire à conférer un avantage au titulaire choisi, soit par rapport aux candidats évincés, soit par rapport à des entreprises qui, ne s'étant pas présentées, auraient pu être intéressées par la nouvelle demande de la collectivité (*Rép. min. n° 29418 : JOAN 25 déc. 1995, p. 5463*). Cette limite générale aux modifications en cours d'exécution se retrouve désormais en substance à l' article L. 2194-1 du Code de la commande publique , lequel interdit que les modifications apportées par l'acheteur conduisent à un changement de *“la nature globale du marché”*.

§ 52 Appréciation subjective

Aucun texte n'a fixé de seuil au-delà duquel un avenant bouleverserait l'économie du contrat. En fait, l'appréciation devait se faire au cas par cas et les différents seuils c'est-à-dire celui des 50 % pour les marchés complémentaires pris en application de l'article 35, II, 4° et 5° du Code des marchés publics ou celui de 5 % pour la demande d'avis préalable de la commission d'appel d'offres ont été considérés comme inopérants (*CCM : Marchés publ. 1995-96, n° 2, p. 3. – V. JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 60-20*).

ATTENTION

Désormais, le Code de la commande publique pose une limite générale qui interdit de changer la nature globale du marché (*CCP, art. L. 2194-1. – ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 65, al. 1*). En revanche, les conditions de fond imposées en cas de modification du marché public sont précisées en fonction du type de modification (*V. n° 26 à 35*).

Sous l'empire du Code des marchés publics, la doctrine et la jurisprudence s'accordaient pour déclarer en principe l'illégalité des avenants qui augmentaient de plus 15 % le montant du marché initial (*CCM : Marchés publ. janv.-févr. 1990, n° 247, p. 8. – et V. dans ce sens par exemple la légalité d'un avenant augmentant de 12,5 % le marché initial, TA Cergy Pontoise, 23 janv. 2001, n° 9910122/3, Préfet Seine-Saint-Denis : Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 202 ; BJCP 2001, p. 357*). Le juge était également venu préciser que « pour apprécier les effets d'un avenant sur les marchés auxquels il se rapporte, il convient d'évaluer la hausse du prix global qui en résulte et non, s'il s'agit d'un marché unique, des conséquences qui en résulteraient lot par lot » (*CE, 19 janv. 2011, n° 316783, SARL Entreprise Mateos : JurisData n° 2011-000402 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 107, note W. Zimmer*).

Comme exemple d'avenants jugés illégaux au regard du critère du bouleversement de l'économie du marché initial, il peut être cité les décisions suivantes (*V. également les exemples cités par F. Llorens, P. Soler-Couteaux sous l'ancien Code des marchés publics : Litec 2009, p. 298*) :

- avenant accroissant de 43 % le prix initial (*CE*, 8 mars 1996, n° 165075, *Cne Petit-Bourg* : *JurisData* n° 1996-050233 ; *RD imm.* 1996, p. 370 , obs. *F. Llorens et Ph. Terneyre* ; *Marchés publ.* 1997, n° 1, p. 24) ;
- avenant augmentant de plus d'un tiers le montant initial du marché (*CE*, 30 janv. 1995, *Sté Viafrance* , préc. n° 47) ;
- avenant augmentant de plus de 97 % le prix fixé par le marché initial (*TA Cergy Pontoise*, 23 janv. 2001 , *Préfet Seine-Saint-Denis*, préc.) ;
- avenant conduisant à un accroissement supérieur à 31 % du prix initial du marché (*CAA Paris*, 9 févr. 2006, n° 01PA07711, *OPHLM de Saint-Denis* : *CP-ACCP* 2006, n° 55, p. 12).

EXEMPLE

Un avenant augmentant de 12 % le prix d'un marché de couverture des bâtiments d'une commune et ayant pour objet de prendre en compte des prestations non prévues au marché, consistant en la pose d'une descente d'eau pluviale, constitue une modification du marché nécessitant le recours à une nouvelle procédure de mise en concurrence (*CAA Douai*, 19 juin 2012, n° 11DA01071 , *Préfet Nord* : *JurisData* n° 2012-016216 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 250 , obs. *M. Ubaud-Bergeron*).

§ 53 Application aux marchés fractionnés

S'agissant des marchés fractionnés, le juge a précisé qu'une augmentation qui représente 15 % du montant annuel maximum d'un marché à bons de commandes n'a pas pour effet d'en bouleverser l'économie. Le montant de l'avenant doit être comparé non pas avec le montant correspondant à la durée d'exécution possible mais avec le montant qui ressort de l'acte d'engagement du marché (*TA Cergy Pontoise*, 27 févr. 2001 et 3 juill. 2001 , *Préfet Seine-Saint-Denis*, préc. n° 52 : *Contrats-Marchés publ.* 2001, comm. 207 , obs. *F. Olivier*).

2° Exceptions : aléa des sujétions techniques imprévues

§ 54 Régularité du bouleversement de l'économie générale du marché

L' article 20 du Code des marchés publics précisait qu'“en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant”.

L'intervention de sujétions techniques imprévues dans l'exécution du marché peut conduire à son bouleversement. À titre dérogatoire, l'avenant pourra intervenir pour prendre en compte ces modifications substantielles du contrat. Sous l'empire du Code des marchés publics, les sujétions techniques imprévues étaient donc envisagées comme une dérogation au principe selon lequel un avenant ne peut pas bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet (CMP, art. 20 . – Sur les développements sur le bouleversement de l'économie générale du contrat, V. n° 51 à 53).

ATTENTION

Les sujétions techniques imprévues n'apparaissent plus en tant que telles dans le cadre du nouveau régime des modifications en cours d'exécution du marché mis en place par le Code de la commande publique. Néanmoins les modifications non prévisibles et nécessaires peuvent être rapprochées des sujétions techniques imprévues (V. n° 32) et il est possible de considérer que l'appréciation du caractère imprévisible d'une situation se fera de manière identique dans le cadre de la nouvelle réglementation. Il convient donc de conseiller aux acheteurs publics de se référer aux solutions admises dans le cadre des sujétions techniques imprévues lorsqu'ils souhaitent opérer des modifications non prévisibles et nécessaires.

CONSEIL PRATIQUE

Il est conseillé de prévoir dans l'avenant une clause précisant que « l'augmentation de prix consentie par le maître d'ouvrage couvre l'ensemble des sujétions imprévues survenues à sa date de conclusion ». En l'absence d'une telle clause, le juge pourra considérer que l'avenant ne couvre pas les sujétions imprévues mais simplement les travaux complémentaires réalisés, ce qui pourra

conduire pour la personne publique à payer deux fois (*CE*, 27 janv. 2011, n° 330523, *Sté Matière* : *JCP A* 2011, 2112).

§ 55 Aléa d'exécution dû à des sujétions techniques imprévues

Cela concerne, principalement, les marchés de travaux. Il s'agit d'éléments matériels et techniques rencontrés dans l'exécution d'un marché et qui entraînent un surcoût important du marché. Ces sujétions doivent être extérieures aux parties, avoir un caractère imprévisible et exceptionnel (*CE*, 22 déc. 1976, *Depusse* : *Lebon*, p. 575). Les aléas d'ordre économique peuvent être pris en compte (*CE*, 5 nov. 1982, *Sté Propétrol* : *JurisData* n° 1982-042018 ; *Lebon*, p. 381 ; *AJDA* 1983, p. 259 , *concl. Labetoulle*).

Le juge confirme que pour être admises, les sujétions doivent satisfaire à trois critères : il faut qu'elles présentent un caractère exceptionnel, qu'elles aient été imprévisibles lors de la conclusion du contrat et que leur cause soit extérieure aux parties. Cette vérification relève de la responsabilité des juges du fond. À défaut, il pourrait être invoqué une erreur de droit.

En l'espèce, le juge considère que leur cause n'est pas extérieure aux parties dès l'instant où la ville de Lens a accepté de reprendre à son compte des exigences formulées par la Fédération internationale de football et le Comité français d'organisation de la coupe du monde de football (*CE*, 30 juill. 2003, n° 223445, *Cne Lens* : *JurisData* n° 2003-065732 ; *Contrats-Marchés publ.* 2003, *comm.* 172 , *note J.-P. Pietri* ; *BJCP* 2003, p. 462 , *concl. D. Piveteau, obs. Ch. Maugué*).

§ 56 Carence du maître d'ouvrage

Le maître d'ouvrage doit se donner les moyens de déterminer le volume et la nature des travaux à exécuter. Les sujétions techniques imprévues ne pourront être valablement invoquées que si les études préalables indispensables ont été normalement menées et qu'elles ont conduit à une

définition précise des prestations à réaliser (V. la définition précise et préalable des contrats n° 5 et 6 et CE, 8 mars 1996, n° 0165075, Cne Petit-Bourg, préc. n° 52 ; RD imm. 1996, p. 370 , obs. F. Llorens et Ph. Terneyre. – CAA Marseille, 21 nov. 2000, n° 98MA00892, Dpt Var : JurisData n° 2000-147390 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 119).

§ 57 Principe de l'indemnisation du titulaire du marché

L'entreprise peut être indemnisée si l'excédent des dépenses dû aux sujétions techniques imprévues dépasse les aléas normaux qui avaient pu être raisonnablement prévus au moment de la passation du contrat (CE, 27 mai 1998, n° 128094, SA Nicoletti : JurisData n° 1998-050333 ; RD. imm. 1998, p. 364, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; AJDA 1999, p. 81 , obs. J.-P. Gilli ; RFDA 1998, p. 884. – CE, 15 déc. 2000, n° 204457 et 204720, Lacroix c/ Assoc. dptale hydraulique de Haute-Savoie : JurisData n° 2000-061534 ; BCJP 2001, p. 447). L'entrepreneur qui doit faire face à des sujétions techniques imprévues n'a pas à signaler leur apparition à la personne publique en cours d'exécution, ni à en faire la constatation immédiate. Il peut se contenter de faire sa demande d'indemnisation lors de son mémoire en réclamation (CAA Bordeaux, 11 juin 2014, n° 12BX01024, Sté SBTPC : JurisData n° 2014-016402 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 224 , obs. M. Ubaud-Bergeron).

EXEMPLE

Une entreprise avait réalisé des travaux supplémentaires d'irrigation ; l'origine de ces travaux provenait d'une absence d'études sérieuses de sous-sol mais ils ne présentaient pas pour l'entreprise un caractère imprévisible justifiant leur paiement ; en conséquence, l'entrepreneur doit prendre en charge ces travaux et supporter en outre les intérêts moratoires.

CONSEIL PRATIQUE

Il est recommandé à l'acheteur public d'introduire dans un avenant accordant une indemnité une clause de non-recours.

§ 58 Indemnisation dans les marchés conclus à prix global et forfaitaire

Le prix global et forfaitaire est réputé comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux, et tenir compte de toutes les sujétions d'exécution normalement prévisibles (V. *JCL. Contrats et Marchés Publics, fasc. 55*). En conséquence, seules les sujétions exceptionnelles et imprévisibles peuvent être prises en compte par un avenant et donner lieu à une indemnisation du titulaire (*Rép. min. n° 21675 : JOAN 8 févr. 1999, p. 785* . – V. dans ce sens l'indemnisation accordée à une société contrainte de supporter lors de l'exécution de travaux routiers des périodes de fermetures de tunnel autoroutier, *CAA Paris, 7 mai 2002, n° 00PA02137, Sté Idex : Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 252 , note F. Llorens ; AJDA 30 sept. 2002, p. 850* et dans un autre cas : *CE, 4 nov. 2005, n° 263429, Sté AMEC Spie : JurisData n° 2005-069156 ; BJCP 2006, p. 55 , concl. Boulouis, obs. Ch. Maugüé ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 75 , note G. Eckert*). De plus, il ne faut pas que le préjudice subi résulte uniquement de fautes commises par les autres intervenants à l'opération : un réel bouleversement de l'économie du contrat est exigé (*CE, 5 juin 2013, n° 352917 , Région Haute-Normandie : JurisData n° 2013-011332 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 216 , note G. Eckert*).

Quant à la charge définitive de ces travaux supplémentaires, elle pourra en tout ou en partie être imputée à d'autres participants à la réalisation de l'ouvrage dont la faute serait à l'origine de ces travaux supplémentaires. C'est ce que projetait une commune maître de l'ouvrage, en tentant d'établir la responsabilité du constructeur ou du maître d'œuvre face à la découverte d'une ancienne décharge et à la réalisation de travaux de terrassement importants. De telles responsabilités ayant été en appel écartées, la commune est condamnée au paiement à l'entrepreneur de ces travaux supplémentaires sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Elle a en effet conclu un avenant au marché initial augmentant le montant du marché à concurrence des travaux de terrassement supplémentaires. Dès lors, l'accord des parties, sur la modification du prix initial du marché, lie la commune qui ne peut plus se prévaloir du caractère forfaitaire du marché initial.

Selon la doctrine, il s'agit là d'une décision jurisprudentielle qui valorise la voie de l'avenant et la volonté des parties en marchés publics, sous la réserve implicite du bouleversement de l'économie du marché ou de son changement d'objet qui s'y opposerait (*CE, 5 avr. 2006, n° 275445, Sté Socea : JurisData n° 2006-070037 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 135 , note F. Olivier*).

ATTENTION

Certains juges du fond rattachent la théorie des sujétions techniques imprévues à la responsabilité contractuelle (*CAA Bordeaux, 20 déc. 2018, n° 15BX04145 : JurisData n° 2018-025412 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 81 , note P. Devillers. – CAA Nancy, 17 oct. 2019, n° 17NC02898 : JurisData n° 2019-021270 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 2 , note H. Hoepffner*). Ce rattachement permet de limiter l'application de la théorie : comme le relève la cour administrative d'appel de Nancy « la théorie des sujétions imprévues étant un fondement de responsabilité contractuelle, le principe de l'effet relatif des conventions s'oppose à ce qu'un cocontractant du maître d'ouvrage ayant participé à la même opération de travaux publics mais tiers par rapport au contrat dont l'exécution a donné lieu à la rencontre de telle sujétions, puisse s'en prévaloir pour obtenir la réparation d'un préjudice ».

3° Absence de modification de l'objet du contrat initial

§ 59 Interdiction de modifier l'objet du marché

L'ancien Code des marchés publics prévoyait expressément qu'un avenant ne peut modifier l'objet du marché (*CMP, art. 20*). En principe, l'objet du marché doit être déterminé avec précision avant tout lancement de consultation et sa modification par avenant reviendrait à fausser les conditions de la concurrence initiale du marché initial (*CMP, art. 5*). L'interdiction de changer la nature globale du marché, désormais prévue par le Code de la commande publique, inclut l'interdiction de modifier l'objet du marché (en ce sens, *V. CE, 15 nov. 2017, n° 409728, Cne Aix-en-Provence :*

JurisData n° 2017-023023 ; JCP A 2017, 2320 , obs. C. Chamard-Heim et F. Lichère ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 15 , note J.-P. Pietri).

§ 60 Prestations non dissociables

L'avenant ne peut porter que sur des travaux non dissociables. Ces travaux supplémentaires doivent donc avoir le même objet que ce dernier et permettre ainsi la poursuite de l'exécution des prestations initialement prévues (*CE, 29 juill. 1994, n° 118953, Communauté urbaine de Lyon : JurisData n° 1994-047760 ; Lebon, p. 1033 ; Dr. adm. 1994, comm. 585 ; RD imm. 1994, p. 657 , obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; D. 1995, somm. p. 246, obs. Ph. Terneyre*).

§ 61 Nouveau marché pour les prestations dissociables

Dès lors, que les prestations complémentaires sont dissociables du marché initial, seul un nouveau marché peut être conclu (*CE, 30 juin 1995, Sté Viafrance , préc. n° 47. – CE, 28 juill. 1995 , Préfet région Île-de-France c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc : JurisData n° 1995-948474 ; Lebon, p. 321 ; JCP G 1996, II, 22577 , note V. Haïm ; D. 1996, somm. p. 319, obs. Ph. Terneyre ; RD. imm. 1996, p. 742, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre. – CE, 22 juin 1998, n° 173025 , Préfet Puy-de-Dôme : JurisData n° 1998-050681 ; BJCP 1998, p. 36 , concl. C. Bergeal. obs. R. S.). Tout avenant qui bouleverserait l'économie du contrat ne peut pas être considéré comme la poursuite du marché initial. La passation d'un nouveau marché s'impose (*TA Lille, 8 juill. 1998 , Préfet Pas-de-Calais c/ Cne Béthune et Sté Dumez e.P.s : BJCP 1998, p. 40 , concl. T. Célièrier, obs. R. S.*).*

§ 62 Extension des prestations du marché initial

En ce domaine, se développe une jurisprudence nouvelle. Ainsi, le Conseil d'État a jugé – contrairement au juge du fond – que ne constitue pas un changement de l'objet du marché, l'avenant au marché passé par la Ville de Paris qui étend la prestation de vélos en libre-service à vingt-neuf communes périphériques, dès lors que cette extension, qui était prévue par les stipulations du marché et était financée par la ville, était destinée aux usagers de Paris ou qui s'y rendent (*CE, sect., 11 juill. 2008, n° 312354, Ville de Paris : JurisData n° 2008-073859 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 187, J.-P. Pietri*). À noter que dans une réponse ministérielle, une position plus stricte a été prise. Il est ainsi précisé qu'un marché qui est passé pour la satisfaction des besoins d'une commune, dont c'est l'objet, ne peut être étendu à la satisfaction des besoins d'autres collectivités (c'est-à-dire le territoire de la communauté de communes). Cette extension du besoin, qui serait couvert par la passation d'un avenant au marché initial semble, en effet, en modifier l'objet et en bouleverser l'économie, ce qui est interdit au regard des dispositions de l'article 20 du Code des marchés publics (*Rép. min. n° 32339 : JOAN 27 janv. 2009, p. 800 : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 107, obs. B. Roman-Séquense*).

4° Mise en œuvre pratique

A) Avenants successifs

§ 63 Calcul

Lors de la passation d'avenants successifs à un marché, le calcul du pourcentage d'augmentation d'un nouvel avenant se fait toujours par rapport au montant initial du marché.

ATTENTION

Les juges du fond semblent néanmoins parfois considérer les avenants devenus définitifs comme intégrés au marché initial. Cela implique donc d'apprécier la légalité des nouveaux avenants au regard de la valeur du marché initial augmentée des précédents avenants (*CAA Paris, 21 juin 2011, n° 10PA03906* , *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française : JurisData n° 2011-019539* ; *Contrats-Marchés publ. 2011, obs. F. Llorens*).

Dès lors que le cumul fera apparaître un montant augmentant le marché initial de plus de 5 %, l'avis de la CAO sera obligatoire.

ATTENTION

La succession d'avenants lors de l'exécution d'un marché révèle souvent un cahier des charges du marché incomplet ou inadapté.

ATTENTION

Dans le cadre de la nouvelle réglementation applicable aux modifications en cours d'exécution du marché, les conditions d'appréhension des modifications successives sont envisagées en fonction de chaque type de modification (*V. n° 29 à 35*).

B) Avenants et seuils de passation des marchés publics fixés à l'article 27

§ 64 Avenant conduisant au dépassement d'un seuil de procédure de passation

Voir sur le calcul des seuils, *infra JCl. Contrats et Marchés publics, fasc. 60-20* .

Le montant de l'avenant cumulé avec celui du marché initial ne doit pas conduire à rendre applicable une autre procédure de passation que celle d'origine (*TA Toulouse, 2 mars 1984, Corep Haute-Garonne c/ Cne Saint-Lys : Marchés publ. mars 1986, n° 216, p. 19, obs. M. François*). Le respect des procédures de passation (avis de la commission d'appel d'offres et délibération de l'assemblée) ne saurait effacer cette irrégularité (*Tél. marchés publ. n° 195, p. 2. – CCM : Marchés publ. 1995-96, n° 2, p. 3*). En ce cas seule la passation d'un nouveau marché est possible (mais

attention, le calcul du seuil de ce nouveau marché doit tenir compte du montant du marché déjà passé pour des prestations similaires).

ATTENTION

Dans le cadre de la nouvelle réglementation applicable aux modifications en cours d'exécution du marché, la question du dépassement des seuils n'est pas directement envisagée (V. n° 29 à 35). Le dépassement d'un seuil de procédure devrait néanmoins continuer à susciter des difficultés et doit dans tous les cas être envisagé comme constituant une modification substantielle du marché.

§ 65 Avenant modifiant le numéro de nomenclature d'un marché

Chaque marché public de fournitures ou de services fait référence à un numéro de nomenclature. La modification par avenant du numéro de nomenclature d'un marché risque d'être jugée illégale car elle porte atteinte au principe selon lequel l'objet (qui permet la référence à un numéro de nomenclature) d'un marché ne peut pas être modifié par avenant (V. n° 59 à 62). La jurisprudence répondra sans doute à cette question.

C. Contrôle des avenants

1° Procédures de suspension des avenants

A) Référé précontractuel (CJA, art. L. 551-1)

§ 66 Suspension de la signature de l'avenant

Il s'agit d'une procédure de référé spécifique au domaine des contrats publics qui sanctionne les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (*V. JCl. Contrats et Marchés publics, fasc. 30*).

Cette procédure de référé précontractuel est ouverte au préfet mais également à un tiers susceptible d'être lésé (par exemple, à un candidat évincé du marché initial). S'il est fait droit à la demande, le président du tribunal peut enjoindre de différer la signature de l'avenant pour une durée maximale de 20 jours (*CJA, art. L. 551-1 et L. 551-2*).

Compte tenu de la rédaction des textes, on peut se poser la question de savoir si cette procédure est réservée aux marchés ou si elle peut s'appliquer aux avenants. Il peut être répondu par l'affirmative si l'on considère que le Code des marchés publics a soumis les avenants, comme les marchés, à des procédures strictes de passation. En effet, lorsque le juge déclare illégal un avenant augmentant un marché de manière importante, c'est qu'il considère que cet avenant modifie de manière trop importante les conditions de mise en concurrence du marché initial fondant le recours à cette procédure de référé précontractuel.

Pour les tiers cette procédure présente peu d'intérêt pratique. Les tiers n'ont pas directement accès à l'information relative à la passation des avenants.

S'agissant des avenants conclus dans le cadre du nouveau régime des modifications en cours d'exécution du marché, certaines catégories de modifications admises devront être publiées au Journal officiel de l'Union européenne. Les tiers aux marchés concernés auront donc davantage d'intérêt à contester de tels avenants.

Mise à jour du 16 mai 2022

§ 66 Conditions du référé contractuel contre un avenant

Dans un arrêt du 16 mai 2022, le Conseil d'État juge que le juge du référé contractuel (*CJA, art. L. 551-13*) peut être saisi d'un avenant à un contrat public uniquement si la conclusion d'un tel accord est soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des contrats visés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du Code de justice administrative (*CE, 16 mai 2022, n° 459408, Sté hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)* , Mentionné aux tables du *Recueil Lebon*). En l'espèce, jugeant l'affaire au fond, le Conseil d'État considère que l'avenant substituant un membre d'un groupement momentané d'entreprises constitue une modification du titulaire du marché public d'assurance passé avec un établissement hospitalier qui ne peut avoir lieu que dans les conditions prévues par l' article L. 2194-1 du Code de la commande publique . Cet avenant peut donc faire l'objet d'un référé contractuel. Il refuse cependant d'en prononcer l'annulation en raison de l'intérêt général qui s'attache au respect de l'obligation d'assurance des établissements de santé. Le juge rend ainsi une solution similaire à celle qui prévaut en matière de référé précontractuel formé à l'encontre d'un avenant à un contrat public (*CE, sect., 11 juill. 2008, n° 312354* , *Ville de Paris* : *JurisData n° 2008-073859* ; *Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 187* , *J.-P. Pietri*).

B) Référé-suspension (CJA, art. L. 521-1)

§ 67 Suspension de l'exécution de l'avenant

Saisi d'une demande (celle du préfet), le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision (d'un avenant signé) lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision (*CJA, art. L. 521-1*). Cette procédure ouverte avec des conditions de mise en œuvre relativement souples, peut être un moyen puissant pour empêcher soit

la signature, soit l'exécution d'un avenant que l'autorité préfectorale jugerait illégale c'est-à-dire qui bouleverserait l'économie du marché ou en modifierait l'objet (V. pour l'appréciation de la condition d'urgence, *CE, 19 janv. 2001, n° 228815, Conféd. nationale des radios libres : JurisData n° 2001-061706 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 101*).

§ 68 Conséquences de la suspension de l'avenant sur l'exécution du marché

Si la signature ou l'exécution de l'avenant est suspendue par le juge des référés, le marché doit être poursuivi en application uniquement des dispositions initiales (attention, dans ce domaine l'acheteur public qui exécuterait le marché en tenant compte de l'avenant se retrouverait dans une situation totalement illégale (V. la procédure de passation d'un avenant *n° 37 à 65*).

2° Procédures d'annulation des avenants

§ 69 Problématique relative à l'annulation des avenants

En principe, l'annulation des avenants est impossible (comme pour les marchés car il s'agit d'un acte contractuel et non d'un acte réglementaire). En revanche, le recours contre les actes détachables, c'est-à-dire la délibération autorisant la passation d'un avenant, ou l'autorisation de le signer est possible et ouvert aux tiers (notamment les candidats évincés du marché initial). Si l'annulation de l'acte détachable de l'avenant intervient, elle n'aura pas d'effet direct sur l'avenant, et il appartiendra à l'Administration d'en tirer les conséquences.

Deux possibilités lui sont ouvertes :

- soit continuer l'exécution de l'avenant (cela a pour conséquence que les tiers peuvent forcer l'Administration à saisir le juge du contrat) ;

- soit résilier l'avenant.

ATTENTION

La jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne (*CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne : JurisData n° 2014-006635 ; Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5 , P. Rees ; AJDA 2014, p. 1035 , chron. A. Bretonneau et J. Lessi*) devrait exclure la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir pour les tiers « susceptibles d'être lésés » dans leurs intérêts « de façon suffisamment directe et certaine » par la passation des avenants en application de l'exception de recours parallèle.

A) Déféré préfectoral

§ 70 Observations préalables du préfet

Selon une coutume bien ancrée, le représentant de l'État, lorsqu'il juge qu'un avenant (ou un marché) présente un doute sérieux en termes de légalité, adresse tout d'abord à la collectivité territoriale, une lettre d'observations. Dans ce courrier, le préfet demande souvent des éléments complémentaires avant d'effectuer devant le juge un déféré préfectoral.

Parfois, il exerce un recours gracieux en informant directement la collectivité de son intention de procéder à un recours sauf si cette dernière résilie l'avenant (*CE, 27 mars 2000, n° 188141 , Préfet Seine-St-Denis : JurisData n° 2000-060277 : RD imm. 2000, p. 171 , obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; BJCP 2000, p. 285*).

Ces deux actions prolongent le délai de recours contentieux.

Comme pour les marchés publics, il est bien rare que la collectivité qui reçoit cette demande de résiliation d'un avenant s'y range, d'autant plus que lorsque cette information lui est communiquée, les prestations relatives à l'avenant sont souvent en cours d'exécution ou même terminées, seuls les paiements sont toujours en cours.

§ 71 Recours contre l'avenant

Par la procédure de déféré préfectoral, le préfet peut demander au juge administratif l'annulation d'un avenant (V. notamment, *CE*, 2 nov. 1988, n° 64954 , *Préfet Hauts-de-Seine c/ OPHLM Malakoff et Sté NCR* : *JurisData* n° 1988-600115 ; *Lebon T.*, p. 659. – *CE*, 28 juill. 1995, n° 143438 , *Préfet région Île-de-France c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc* : *JurisData* n° 1995-048474 ; *Lebon*, p. 321 ; *D.* 1996, somm. p. 319, obs. *Ph. Terneyre* ; *RD. imm.* 1996, p. 742, obs. *F. Llorens et Ph. Terneyre*). Néanmoins, depuis 2011, l'annulation n'est plus la solution privilégiée. Le Conseil d'État considère en effet le déféré préfectoral en matière contractuelle comme un recours de plein contentieux. Dès lors, « il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat » (*CE*, 23 déc. 2011, n° 348647, *min. Intérieur* : *JurisData* n° 2011-028862 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 56 , note *J.-P. Pietri*). Cette solution devrait donc logiquement s'appliquer aux déférés intentés contre des avenants .

Mise à jour du 16 mai 2022

§ 71 Contestation d'un avenant par la voie du recours « Tarn-et-Garonne »

Le Conseil d'État est venu préciser les modalités d'application de la jurisprudence Département du Tarn-et-Garonne (*CE*, ass., 4 avr. 2014, n° 358994 : *JurisData* n° 2014-006635 ; *Lebon*, p. 70 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, étude 5 , note *Ph. Rees*) aux avenants à un contrat administratif (*CE*, 20 nov. 2020, n° 428156, *Assoc . Trans'Cub* : *JurisData* n° 2020-

018893 ; *Contrats-Marchés publ.* 2021, *comm.* 62 , *obs.* G. Eckert). Le Conseil d'État juge à cette occasion qu'un avenant à un contrat administratif peut faire l'objet d'un recours en contestation de validité dans les conditions prévues par l'arrêt Département du Tarn-et-Garonne à la condition que l'avenant ait été signé après le 4 avril 2014. En l'espèce, des avenants étaient venus modifier la durée d'une délégation de service public de distribution d'eau et avaient fait l'objet d'une contestation par une association et des usagers. Aussi, le Conseil d'État précise également que la délibération autorisant la signature par un maire d'un contrat ou d'un avenant est dépourvue de caractère réglementaire, alors même que le contrat comporterait des clauses de cette nature. En outre, faisant application de la jurisprudence Commune d'Olivet (*CE, ass.*, 8 avr. 2009, n° 271137 et 271872, *Cne Olivet* : *JurisData* n° 2009-075420 ; *Lebon*, p. 116 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 164 , *note* G. Eckert), le Conseil d'État considère qu'un avenant ayant pour effet – et non pour objet – de prolonger une délégation de service public au-delà de la durée de vingt ans à compter de l'entrée en vigueur des lois du 29 janvier 1993 et du 2 février 1995 ne peut être légal.

§ 72 Demande accessoire de suspension de l'avenant

Le préfet peut assortir son recours au fond d'une demande de suspension de l'avenant, dans les 10 jours à compter de la réception de l'avenant (V. pour les communes, *CGCT*, *art. L. 2131-6 et s.* ; pour les départements, *CGCT*, *art. L. 3132-1, al. 3 et 4* ; et pour les régions, *CGCT*, *art. L. 4142-1*). Il est fait droit à sa demande si l'un des moyens invoqués dans la requête est propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'avenant. Il est statué dans un délai de 1 mois et à défaut l'acte redevient exécutoire.

§ 73 Conséquences de l'annulation de l'avenant

Si l'avenant est annulé par le juge, il est censé n'avoir jamais existé (l'annulation a un effet

rétroactif). En pratique, cette annulation a donc une double conséquence. D'une part le titulaire devra reverser à l'Administration le montant de l'avenant indûment perçu, d'autre part l'Administration sera titulaire de prestations non payées.

S'organisera alors une indemnisation de l'entreprise selon des principes posés par la jurisprudence c'est-à-dire une indemnisation du montant des dépenses utiles pour l'Administration, éventuellement majorée d'une indemnité correspondant au préjudice subi par le cocontractant de l'Administration (V. notamment pour le calcul de cette indemnisation, *CE, 8 déc. 1995, n° 144029, Cne Saint-Tropez : JurisData n° 1995-048481 ; AJDA 1996, p. 448, note Haïm ; D. 1996, somm. p. 139, note Ph. Terneyre*).

ATTENTION

Le juge contrôle le contenu de la transaction d'indemnisation et notamment le fait de savoir si l'indemnisation du prestataire a été juste et raisonnable (V. dans ce sens illégalité d'une transaction destinée à payer l'intégralité du prix prévu, *TA Lyon, 6 oct. 1999, n° 9901238, Préfet région Rhône-Alpes, Préfet Rhône : JurisData n° 1999-117035 ; BJCP 2000, p. 215*). Au plan formel, il est également indiqué que la transaction doit faire l'objet d'une délibération de l'organe délibérant de la collectivité, l'exécutif n'ayant pas de pouvoir propre dans ce domaine.

B) Nullité de l'avenant

§ 74 Cas de nullité d'un avenant

Le juge sur demande d'une des parties au contrat, ou d'office, peut déclarer un avenant nul. La nullité d'un contrat est une question d'ordre public qui peut être invoquée à tout moment de la procédure. Ainsi, il peut notamment s'agir du cas de l'absence de transmission au représentant de l'État de la délibération autorisant l'exécutif local à signer un avenant (V. dans ce sens le cas d'un marché public, *CE, 20 oct. 2000, n° 196553, Sté Citecable Est : JurisData n° 2000-061173 ; BJCP 2001, p. 54, concl. H. Savoie et obs. Ph. T.*).

§ 75 Conséquences de la nullité d'un avenant

L'avenant déclaré nul est censé n'avoir jamais été conclu. En conséquence, le contentieux de la responsabilité contractuelle est irrecevable et seul celui de la responsabilité extracontractuelle (quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle) est ouvert. Une des parties peut donc obtenir réparation en invoquant des moyens tirés de l'enrichissement sans cause ou de la faute du cocontractant (faute consistant à avoir passé un avenant nul). Ces moyens peuvent être invoqués pour la première fois en appel (*CE, 20 oct. 2000, Sté Citecable Est, préc. n° 74*).

3° Avenants et délits pénaux

§ 76 Constitution d'un délit de favoritisme

La passation d'un avenant peut être à l'origine de la constitution d'un délit de favoritisme pour l'acheteur public. En effet, le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics constitue un délit de favoritisme (*C. pén., art. L. 432-14*). Ainsi, la passation d'avenants bouleversant l'économie du marché, changeant l'objet de celui-ci est contraire aux dispositions de l'article 20 du Code des marchés publics .

ATTENTION

Les membres de la commission d'appel d'offres qui ne donnant qu'un avis en matière d'avenants accepteraient des avenants illégaux pourraient être poursuivis sur le fondement de l'article L. 432-14 du Code pénal .

§ 77 Cas concrets

Selon les statistiques publiées par la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public, les avenants figurent très souvent parmi les irrégularités constatées qui sont constitutives de délit d'octroi d'avantage injustifié au sens de l' article L. 432-14 du Code pénal .

Le rapport pour l'année 2000 fait état d'un marché négocié conclu par une commune pour l'évacuation de ses déchets de voirie et qui a été poursuivi au-delà de son montant sans procédure particulière. La mission note à cet égard, qu'un avenant correspondant à 45 % du montant du marché initial serait en toute hypothèse illégal. La commune a, par ailleurs, particulièrement mal évalué ses besoins, même si dans ce domaine l'évaluation est difficile à réaliser d'autant que dans les années antérieures l'évacuation des déchets se faisait par les propres services de la commune sur un terrain lui appartenant (Huitième rapport d'activité de l'année 2000, Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public, site Internet : www.minefi.gouv.fr/mission_marches/).

Par ailleurs, le rapport 2005 du Service central de prévention de la corruption cite également les avenants comme une des sources majeures pour la constitution d'un délit de favoritisme (*F. Linditch qui commente ce rapport : Contrats-Marchés publ. 2007, alerte 1*).

§ 78 Sévérité du contrôle par le juge pénal

Dans un bilan établi sur le délit de favoritisme, il est constaté que les jugements relatifs aux avenants se révèlent sévères ce qui traduit, sans doute, la volonté du juge pénal de faire respecter le principe de mise concurrence et donc de sanctionner les avenants qui auraient dû aboutir à la conclusion déguisée de nouveaux marchés (*Circ. Garde des Sceaux : Mon. TP cah. détaché TO, 2 oct. 1998, p. 385*).

ATTENTION

Il apparaît dans la jurisprudence sur le délit de favoritisme que le juge pénal apprécie les faits au cas par cas en tenant compte, notamment, de la clarté des règles en vigueur ainsi que de la connaissance que devaient en avoir les professionnels concernés et de la réaction des autorités investies d'un pouvoir de contrôle (V. notamment, *CA Paris, 20 janv. 2000 : BJCP 2000, p. 66, obs. T. Dal Farra*).

Une décision confirme la sévérité du juge pénal en matière d'avenant. Un marché destiné à la construction du port avait fait l'objet d'un avenant destiné à permettre la construction d'une route. Le montant de l'avenant, rapporté à celui de l'opération initiale était de l'ordre de 11 % et pourtant le juge conclut au délit de favoritisme dans cette affaire, en se fondant non sur le montant mais sur l'objet de l'avenant. Il considère « qu'il ressort de l'intitulé de ce deuxième marché, de son objet, que la construction d'une route entre la RN et le port de commerce n'est pas liée à l'aménagement du port et notamment à la construction d'une digue en mer ». Il convient de noter que dans cette même décision, le juge a reproché aux parties de n'avoir pas réuni en un seul appel d'offres la réalisation du port et celle de la route. En conséquence, la voie de l'avenant se trouve fermée (*Cass. crim., 6 avr. 2005, n° 00-80.418 : JCP A 2006, 1114, note F. Linditch*).

Dans une autre affaire, la Cour de cassation s'est refusée à entrer dans la discussion sur les faits et les circonstances de la cause, ainsi que sur les éléments de preuve contradictoirement débattus. Elle a considéré que la simple démonstration que les avenants attribués bouleversaient l'économie initiale du marché suffit à constituer l'élément moral du délit de « favoritisme », le prévenu sachant pertinemment que des avenants modifiant pour plus de 50 % le marché initial entraînent son bouleversement (*CA Nancy, ch. corr., 19 janv. 2006. – Cass. crim., 27 sept. 2006, n° 06-81.300*).

§ 79 Contrôle par les chambres régionales des comptes

Le respect des principes de liberté et d'égalité des candidats à un marché qui fonde le délit de favoritisme est également contrôlé par les chambres régionales des comptes. Tout d'abord le préfet peut transmettre les marchés et leurs avenants aux Chambres régionales des comptes pour examen

et observations (*C. jur. fin., art. L. 234-2*). Ces juridictions disposent également du moyen de saisir le parquet lorsqu'à l'occasion de leur contrôle de gestion des collectivités publiques elles constatent des irrégularités constitutives de délit de favoritisme (*C. jur. fin., art. L. 241-1*).

§ 80 Cohérence des contrôles

La jurisprudence pénale en matière d'avenants délictueux constitutifs de délit de favoritisme est proche de celle du juge administratif fondée sur le respect de l'article 20 du Code des marchés publics . L'application du principe du non-bouleversement de l'économie du marché par la passation d'un avenant est d'abord entendue par le juge comme un moyen spécifique pour assurer le respect d'un autre principe fondamental de la commande publique, celui de la mise en concurrence. L'effet du non-bouleversement du marché à l'égard des contractants eux-mêmes s'estompe fortement sauf dans les hypothèses spécifiques où la responsabilité de l'Administration est engagée.

ATTENTION

Un avenant est susceptible d'être contraire aux dispositions du droit de la concurrence dans la mesure où il conduit à conforter une entreprise dans une situation dominante dont elle abuserait, précisément en devenant titulaire de nouvelles prestations , sans s'être soumis à une nouvelle mise en concurrence. C'est ici une illustration de la responsabilité de l'acheteur public en matière de droit de la concurrence.

III. MARCHÉS POUR PRESTATIONS COMPLÉMENTAIRES

§ 81 Procédure d'exception

Les hypothèses de recours aux marchés négociés, parmi lesquelles figurent les marchés pour

prestations complémentaires , sont définies en fonction des caractéristiques des marchés et non en fonction de la nature ou du montant du marché. La charge de la preuve du recours à la procédure négociée incombe à l'acheteur (*CE, 31 mars 1989, n° 80272, Cne Septèmes-les-Vallons : JurisData n° 1989-640933 ; Lebon, p. 102 ; AJDA 1989, p. 547 , obs. J.-B. Auby*).

L' article 35 de l'ancien Code des marchés publics énumérait les différents types de procédures négociées :

- les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence ;
- les marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence, parmi lesquels figurent les marchés complémentaires .

Sont applicables aux marchés négociés les dispositions relatives aux principes fondamentaux de la commande publique et les dispositions générales relatives à la détermination des besoins, la définition des prestations , l'allotissement, les documents constitutifs du marché, la durée, le prix, les avenants .

L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics reposent sur un processus de négociation plus ou moins ouverte.

ATTENTION

À la suite de l' ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et de son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 , le Code de la commande publique continue d'envisager les marchés pour prestations complémentaires mais avec quelques modifications. Il convient donc de distinguer les conditions de passation des marchés complémentaires sous l'empire du Code des marchés publics (avant le 1er avril 2016) et celles prévues par le Code de la commande publique.

A. Conditions de passation des marchés complémentaires avant le 1er avril 2016

1° Conditions de forme

a) Intervention de la commission d'appel d'offres

§ 82 Choix de la procédure

Pour les collectivités locales, le Code des marchés publics de 2006 a cessé d'imposer l'avis préalable de la commission d'appel d'offres avant toute passation de marché.

Par contre, ce même code prévoyait que c'était la commission d'appel d'offres qui, à l'issue de la négociation menée par le pouvoir adjudicateur, devait procéder à l'attribution du marché négocié pour prestations complémentaires (*CMP, art. 66, VI*).

CONSEIL PRATIQUE

Ce changement dans les conditions d'intervention de la commission d'appel d'offres locale n'est pas aussi anodin qu'il n'y paraît de prime abord. En effet, cette intervention à l'issue de la négociation renforce le rôle des commissions en matière d'attribution de marchés, puisque ayant connaissance de la proposition de la personne responsable du marché, la commission peut aussi bien la suivre que décider de stopper la procédure ou demander au pouvoir adjudicateur de procéder à une nouvelle phase de négociation.

Ainsi, les marchés négociés sont attribués dans des conditions de plus grande transparence que par le passé.

À noter que lorsqu'un seul opérateur économique est en mesure d'exécuter le marché, le rôle de la commission d'appel d'offres est plus limité, puisque c'est le pouvoir adjudicateur qui en amont aura choisi le candidat avec lequel il aura négocié le marché (*CMP, art. 35, II*). Dans cette

hypothèse, on peut néanmoins penser que la commission d'appel d'offres pourrait ne pas attribuer le marché si les résultats de la négociation ne lui paraissent pas satisfaisants pour la collectivité. Seul le cas d'urgence impérieuse permet l'attribution du marché négocié sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres (*CMP, art. 25 et 35, II, 1°*).

b) Décision de l'assemblée délibérante

§ 83 Motivation du recours au marché complémentaire

Les collectivités territoriales qui souhaitent recourir à des marchés complémentaires doivent très précisément motiver le choix de ce mode de passation dérogatoire. L'assemblée délibérante expliquera, dans sa décision, les raisons pour lesquelles la passation d'un marché de droit commun présenterait un inconvénient majeur sur le plan économique ou technique ; elle s'appuiera pour ce faire sur un rapport précis et détaillé établi par les services du pouvoir adjudicateur.

EXEMPLE

Il pourrait être avancé que le coût qui résulterait d'une nouvelle consultation serait supérieur à celui induit par le marché complémentaire.

CONSEIL PRATIQUE

L'assemblée délibérante n'est pas obligée d'approuver à l'origine le mode de passation de ce marché, elle peut le faire en même temps qu'elle autorise la signature du marché (V. en ce sens, *CE, 4 avr. 1997, n° 151275, Préfet Puy-de-Dôme : JurisData n° 1997-050237 ; Dr. adm. 1997, comm. 272*). Toutefois, compte tenu de son caractère dérogatoire, il semble de bonne gestion, que l'intervention de l'assemblée ait lieu en amont du lancement de la consultation.

c) Négociation du marché

§ 84 Autorité compétente

La négociation des marchés relève de la compétence du pouvoir adjudicateur. En collectivité locale, le pouvoir adjudicateur c'est l'exécutif. C'est pourquoi, dans les faits se sont souvent les services administratifs ou techniques de la collectivité qui procèdent à la négociation des marchés ce qui provoque des difficultés juridiques.

§ 85 Contenu de la négociation

Le marché complémentaire fait partie des contrats soumis à une phase de négociation. Toutefois, compte tenu des caractéristiques de cette procédure, liées à l'absence de mise en concurrence et au recours obligatoire au titulaire du marché initial, l'étape de la négociation prend un contenu particulier. Il peut néanmoins être considéré que certains éléments sont négociables comme la durée d'exécution du marché, les conditions financières (notamment le prix au regard des quantités nouvelles achetées), les conditions de réception des fournitures ou des prestations, les différentes garanties, les délais de paiement.

ATTENTION

L'absence de négociation, même si elle revêt un caractère essentiellement formel ou accessoire serait considérée comme une irrégularité au regard de la procédure de passation des marchés négociés (*CMP, art. 67*). L'acheteur doit également retracer les principales étapes de cette négociation par des écrits.

§ 86 Établissement du rapport de présentation

Selon les dispositions du Code des marchés publics, tout marché public formalisé doit faire l'objet d'un rapport de présentation de la personne responsable du marché. Ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés (*CMP, art. 79*). Un certain nombre de rubriques doivent figurer dans ce rapport de présentation.

d) Conclusion du marché

§ 87 Autorisation de signer le marché négocié

La signature des marchés relève des attributions exercées par les exécutifs locaux au nom de leur collectivité de rattachement. Désormais, suite à la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (*L. n° 2009-179, 17 févr. 2009 : JO 18 févr. 2009, p. 2841*), les assemblées locales possèdent la faculté de déléguer leurs compétences à l'autorité exécutive et de l'autoriser à *“prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants , lorsque les crédits sont inscrits au budget”* (*CGCT, art. L. 2122-22, 4°* pour les communes, *CGCT, art. L. 3221-11* pour les départements, *CGCT, art. L. 4231-8* pour les régions).

À noter qu'il s'agit donc d'un assouplissement notable, puisque si cette délégation est mise en place, aucun marché négocié quel qu'en soit le montant ou l'objet ne sera plus soumis à l'assemblée délibérante avant sa signature par l'exécutif local.

ATTENTION

Si une autre option est mise en place au sein d'une collectivité locale et qu'une délibération spécifique existe pour autoriser la signature du marché, elle doit être transmise au représentant de

l'État, préalablement à la signature dudit marché par l'exécutif de la collectivité. Le défaut de transmission conduit à la nullité du marché (*CE, 20 oct. 2000, Sté Citecable Est, préc. n° 74*).

§ 88 Transmission au contrôle de la légalité

Tout marché formalisé doit être transmis au contrôle de la légalité après sa signature par la personne responsable du marché pour acquérir le caractère exécutoire (*CGCT, art. L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2*).

§ 89 Notification du marché complémentaire

Tout projet de marché formalisé doit faire l'objet de sa notification à son titulaire avant tout début d'exécution. La notification consiste à un envoi à son titulaire du marché signé, par tout moyen permettant d'en assurer date certaine. La date de notification est la date de réception du marché par son titulaire (*CMP, art. 81*). La date d'effet du marché est la date de réception de la notification par son titulaire (*CMP, art. 81*). Ainsi, tout commencement d'exécution d'un marché avant sa notification est illégal et engage notamment la responsabilité pénale de son auteur.

§ 90 Avis d'attribution

Tout projet de marché formalisé doit faire l'objet de la publication d'un avis d'attribution dans un délai de trente jours à compter de la notification (*CMP, art. 85*). Un arrêté fixe les mentions obligatoires de ces avis d'attribution (*V. A. 28 août 2006 : JO 29 août 2006*).

2° Conditions de fond

A) Conditions générales

§ 91 Influence du droit de l'Union européenne

L'ancien Code des marchés publics reprenait dans son article 388 les directives européennes (Cons. CE, dir. 92/50/CEE, 18 juin 1992 pour les marchés publics de services, art. 11-3, e) : JOCE n° L 209, 24 juill. 1992, p. 1. – Cons. CE, dir. 93/37/CEE, 14 juin 1993 pour marchés publics de travaux, art. 7-3, d : JOCE n° L 199, 9 août 1993, p. 54). Il était indiqué que ces marchés complémentaires pouvaient être passés, dans les secteurs classiques, pour une durée de trois années et pour un montant limité à 50 % du montant du marché principal. Pour les secteurs spéciaux (réseaux), il n'y pas de limite de durée ou de montant (Dir. 93/38/CEE, 14 juin 1993 relative aux marchés dans les secteurs spéciaux : JOUE n°199, 9 août 1993, p. 84). Ce cas était également prévu pour les fournitures (Cons. CE, dir. 93/36/CEE, 14 juin 1993 relative aux marchés publics de fournitures, art. 6-3-e : JOCE n° L 199, 9 août 1993 p. 1) mais n'avait pas fait l'objet de dispositions spécifiques en droit interne.

Les nouvelles directives du 31 mars 2004 ont ensuite repris l'ensemble de ce dispositif applicable aux marchés complémentaires de travaux, de fournitures et de services (PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004 , relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114).

ATTENTION

L'influence du droit de l'Union s'est aussi exprimée dans la jurisprudence. C'est ainsi, que les options, au sens du droit communautaire et non du droit français des marchés (prestations que le candidat doit chiffrer, en plus de son offre), doivent figurer dans la publicité (*CE, 15 juin 2007, n° 299391, min. Défense : JurisData n° 2007-072057 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 241 , W. Zimmer ; JCP A 2007, act. 626 ; Lebon T., p. 938. – TA Montpellier, ord. réf., 21 sept. 2007, n° 703657, Sté Clear Channel France : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 323*). Ces options

ne doivent pas être confondues avec les marchés complémentaires de travaux et de services visés à l'article 35, II, 5° du Code des marchés publics dont la passation repose sur la nécessité de pallier des insuffisances résultant de la survenance de circonstances imprévues. Ainsi la définition même de ces marchés complémentaires est incompatible avec l'obligation de préciser dès la passation du marché initial le recours éventuel à ce type de marché (*Rép. min. n° 58686 : JOAN 5 août 2014, p. 6731 [quest. 1er juill. 2014, Verdier] ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 313 , obs. B. Roman-Séquense*).

§ 92 Marchés complémentaires de fournitures

Un marché complémentaire peut être passé, soit pour renouveler partiellement des fournitures ou des installations d'usage courant, soit pour compléter des fournitures ou étendre des installations existantes. Le changement éventuel de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés est limitée à trois années. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises ne peut dépasser 209 000 euros, sauf si le marché initial a été passé en appel d'offres avec avis publié au Journal officiel des Communautés européennes (*CMP, art. 35, II, 4°*).

§ 93 Marchés complémentaires de services ou de travaux

Un marché complémentaire peut être passé pour des services ou des travaux non prévus au marché initial mais qui sont devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue et qui ne peuvent être techniquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique. Ces marchés doivent être attribués à l'entreprise qui exécute le service ou l'ouvrage (*CMP, art. 35, II, 5°*).

§ 94 Trois conditions générales

Le marché principal doit avoir été passé après mise en concurrence. Ils doivent avoir un lien étroit avec le marché principal, car ils en sont un complément indispensable (*CE, sect., 17 oct. 1975, Cne Canari : Lebon, p. 516 ; AJDA 1975, I, p. 562*). Les marchés complémentaires ne doivent pas dépasser 50 % du marché principal.

ATTENTION

Comme en matière d'avenants , une mauvaise évaluation des besoins à satisfaire ou de leur prévisible évolution ou un fait imputable à l'Administration ne pourront fonder le recours aux marchés complémentaires . Le marché complémentaire n'est pas un moyen légal de contourner l'obligation de définition exacte et préalable des besoins du maître d'ouvrage avant tout lancement de consultation (*CMP, art. 5*).

§ 95 Marché complémentaire à procédure adaptée

À l'inverse de la situation juridique antérieure, il convient de noter que l' article 28 du Code des marchés publics renvoie lui-même aux situations décrites à l'article 35, II dans les cas de passation d'un marché à procédure adaptée sans publicité et sans mise en concurrence. Ainsi il peut exister des marchés complémentaires passés selon une procédure adaptée.

§ 96 Prolongement du marché initial

Le marché complémentaire ne peut concerner que des achats qui complètent ceux déjà réalisés dans le cadre du marché initial. Ainsi, l'acheteur public doit se référer à l'objet du marché,

et plus précisément aux clauses du cahier des charges techniques pour identifier les achats, ou travaux qu'il peut couvrir par un achat complémentaire. Un marché complémentaire qui aurait pour conséquence de modifier l'objet du marché initial serait illégal.

EXEMPLE

Si un marché initial permet l'acquisition de mobilier de bureau, il peut être (sous réserve du respect des autres conditions fixées par le texte) procédé à un achat complémentaire de tables mais il ne peut être acheté dans le cadre d'un marché complémentaire des fournitures de bureau. À cet égard la classification des achats à l'intérieur des familles homogènes de la nomenclature prise en application de l'article 27 du code sont à respecter pour la définition des achats complémentaires .

§ 97 Plafonnement par rapport au marché initial

Selon les termes du Code des marchés publics, le marché complémentaire ne peut excéder 50 % du montant du marché initial, tous avenants éventuels compris (*CMP, art. 35, II, 5°*). À noter, sous l'ancien code, une décision dans laquelle le juge contrôle le respect du seuil, à l'époque de 33 % (*TA Nice, 11 mai 2007, n° 0303866, EURL Altitude c/ SDIS du Var : BJCP 2007, p. 435*).

Cette augmentation du seuil, antérieurement fixé à 33 %, a pour objectif d'aligner le droit national sur le droit européen des marchés publics.

À noter que pour les marchés complémentaires de fournitures, un montant plafond en masse s'applique également (*CMP, art. 35, II, 4°*).

En effet, si le marché initial n'a pas été passé en appel d'offres publié au Journal officiel de l'Union européenne, le montant cumulé (marché initial et marché complémentaire) ne pourra pas dépasser le seuil des marchés adaptés (*CMP, art. 26 II, 1° et 2°*).

ATTENTION

Selon les dispositions de l'instruction d'application du Code des marchés publics de 2001, cette disposition conduit à faire échec à l'application des marchés complémentaires pour les marchés à bons de commandes en cours d'exécution qu'ils comportent ou non l'indication dans l'acte d'engagement d'un montant minimal ou maximal (*Instr. appl., art. 35.4.1.1*).

Cette interprétation du code, qui ajoute aux dispositions réglementaires une exclusion, n'est pas entièrement recevable. En effet, un marché à bons de commandes comportant un montant minimum et un montant maximum pourrait faire l'objet d'un marché complémentaire dans la mesure principalement où le montant maximum serait atteint lors de son exécution. L'acheteur aurait bien là un montant maximum à comparer au pourcentage réglementaire d'augmentation de 50 %. Pour renforcer cette hypothèse, on peut s'appuyer sur la réglementation des avenants aux marchés à bons de commandes qui permet l'augmentation du montant maximum, dans une limite communément admise de 15 %.

§ 98 Juxtaposition avec l'exécution du marché initial

En principe, le marché complémentaire peut tout à fait intervenir alors que le marché principal n'est pas encore terminé (V. en ce sens, *Ph. Delelis, Les nouvelles procédures simplifiées : Contrats-Marchés publ. 2001, chron. 5*). Compte tenu du fait que le marché complémentaire (à l'inverse de l'avenant) est un marché à part entière, l'acheteur public peut avoir à gérer deux marchés pour des prestations similaires. Par ailleurs, le marché complémentaire peut également intervenir lorsque l'exécution du marché initial est terminée, et là aussi, la réglementation ne fixe pas de délai butoir pour cette passation.

CONSEIL PRATIQUE

Les prestations achetées dans le cadre de ces marchés étant des compléments aux marchés initiaux, il est recommandé aux acheteurs, de mettre en place ces achats dans un délai raisonnable par rapport à la fin du marché initial. En effet, il pourrait être considéré qu'un délai trop important place l'acheteur dans un environnement concurrentiel tout à fait différent de celui d'origine

impliquant l'organisation d'une procédure de mise en concurrence pour ces nouveaux achats. Le juge aura à trancher cette question d'application du code.

ATTENTION

Pour les marchés de fournitures, la durée d'exécution de ces marchés complémentaires ne peut pas dépasser trois années (*CMP, art. 35, II, 4°*).

B) Conditions spécifiques (selon la nature du marché)

§ 99 Condition spécifique applicable aux marchés de fournitures : le recours au même fournisseur

Deux conditions cumulatives posées par la réglementation applicable avant le 1er avril 2016 aboutissent à la conclusion que ces achats complémentaires de fournitures ne peuvent être réalisés qu'auprès du fournisseur initial. En effet, le recours à ces marchés est possible lorsque le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant soit une incompatibilité, soit des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées (*CMP, art. 35, II, 4°*). En d'autres termes, le changement de titulaire du marché doit entraîner le changement de matériel avec des inconvénients disproportionnés par rapport à l'intérêt de l'achat complémentaire.

EXEMPLE

Le domaine du matériel informatique semble tout particulièrement visé par ces dispositions ; le changement de fournisseur pouvant entraîner le changement de matériel et les inconvénients par rapport au parc existant à utiliser et à maintenir. Par contre, le domaine des achats récurrents de logistique générale semble mal correspondre à ces hypothèses dans la mesure où les produits sont interchangeable sans difficulté majeure.

CONSEIL PRATIQUE

L'acheteur public doit faire la démonstration technique des inconvénients liés au changement de matériel et doit également les qualifier de disproportionnés. Une étude précise est donc à mettre en place avant de recourir à cette procédure, sachant que le contrôle du juge dans ce domaine se limitera sans doute à son contrôle traditionnel de l'erreur manifeste d'appréciation.

§ 100 Condition spécifique applicable aux marchés de travaux : l'aléa

Les marchés de services ou de travaux complémentaires sont possibles lorsqu'intervient une circonstance imprévue rendant nécessaire l'exécution d'une prestation ou d'un ouvrage technique ou économique inséparable sans inconvénient majeur pour la personne publique du marché initial (*CMP, art. 35, II, 5°*). On retrouve comme pour les marchés complémentaires de fournitures, l'idée selon laquelle il s'agit d'éviter à l'acheteur public des inconvénients disproportionnés et que donc le recours au prestataire initial est indispensable.

Toutefois, ces inconvénients doivent résulter d'une circonstance imprévue. Dans ce domaine, il y aura donc sans doute la transposition de la jurisprudence applicable aux sujétions techniques imprévues pour les avenants aux marchés de travaux publics, dont on connaît notamment la sévérité en matière de mauvaise évaluation préalable des besoins.

§ 101 Cas particulier des marchés de maîtrise d'œuvre complémentaires

Le Code des marchés publics a supprimé la possibilité dérogatoire qui consistait à pouvoir attribuer au titulaire du marché de maîtrise d'œuvre initial, un marché complémentaire pour l'extension d'un ouvrage existant lorsque l'unité architecturale, technique, artistique ou paysagère devait être préservée.

Dorénavant, si un cas similaire apparaît, l'acheteur public pourra, si les conditions générales de recours au marché complémentaire de services sont réunies, attribuer un nouveau marché au maître d'œuvre initial sans mise en concurrence (*CMP 2006, art. 35, II, 5°*).

B. Conditions de passation des marchés complémentaires ou portant sur des prestations en application du Code de la commande publique

§ 102 Marchés complémentaires ou ayant pour objet la réalisation de prestations similaires

Le Code de la commande publique envisage les hypothèses dans lesquelles les acheteurs peuvent recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables (*CCP, art. L. 2122-1 et R. 2122-1 à R. 2122-11 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30*). Cette procédure remplace celle des marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence prévue à l' article 35 du Code des marchés publics avant son abrogation. Parmi les hypothèses envisagées, les marchés complémentaires de fournitures restent désignés comme tels (*CCP, art. R. 2122-4 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art 30, 4°, a*). En revanche, les marchés complémentaires de travaux ou de services disparaissent et sont remplacés par des marchés ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché public précédent passé après mise en concurrence (*CCP, art. R. 2122-7 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30, 7°*).

§ 103 Marchés complémentaires de fournitures

Le Code de la commande publique distingue plusieurs hypothèses et envisage notamment l'utilisation de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables pour les marchés publics de fournitures qui ont pour objet “*des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques*

techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises” (CCP, art. R. 2122-4, 1° . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30, 4°, a)).

Il s'agit d'une reprise quasiment à l'identique de l'hypothèse anciennement envisagée à l'article 35 du Code des marchés publics (*CMP, art. 35, II, 4°*). Le régime juridique de ces marchés complémentaires devrait donc être le même (conditions de forme et de fond). Il convient toutefois de relever une différence de rédaction avec l'ancienne rédaction : il n'est plus précisé que “*le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne*”. En toute logique, cette condition de fond ne devrait donc plus être imposée dans le cadre des nouveaux marchés de fournitures complémentaires . Il convient cependant de conseiller aux acheteurs de continuer d'assurer son respect dans l'attente de davantage de précisions.

§ 104 Marchés publics de travaux ou de services portant sur des prestations similaires

Le Code de la commande publique prévoit la possibilité d'utiliser la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables pour “*passer un marché de travaux ou de services [...] ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence*” (*CCP, art. R. 2122-7 . – ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30, 7°*). Ces marchés peuvent être rapprochés des marchés complémentaires de travaux ou de services anciennement régis par l' article 35 du Code des marchés publics mais uniquement pour leur appliquer les conditions de forme jusqu'alors exigées. En effet, les marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations

similaires ne sont pas soumis aux mêmes règles de fond que celles applicables aux marchés complémentaires de travaux ou de services.

Le code précise ainsi que *“le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires”*. Le marché initial doit d'ailleurs avoir pris en compte le montant total envisagé, en incluant les marchés portant sur des prestations similaires. Cette disposition implique donc qu'en l'absence d'une disposition contractuelle autorisant la conclusion de marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires en utilisant la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, cette procédure ne pourra pas être utilisée. De ce point de vue, les marchés portant sur des prestations similaires assurent davantage le respect des principes fondamentaux de la commande publique en prévoyant leur conclusion lors de la phase de mise en concurrence initiale. Il s'agit d'une différence majeure car les marchés complémentaires de travaux ou de fournitures devaient résulter de circonstances imprévues, ce qui impliquait qu'ils n'avaient pas été prévus lors de la procédure de passation initiale.

Enfin, le code précise que lorsque le marché public initial est passé en prévoyant le recours à des marchés portant sur des prestations similaires *“la durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial”*. Attention, cette condition ne doit pas être confondue avec celle qui limitait la durée des marchés complémentaires à trois ans sous l'empire du code des marchés publics.

C. Contrôle des marchés complémentaires

§ 105 Contrôles identiques à ceux des avenants

Les développements qui ont été consacrés au contrôle administratif et juridictionnel des avenants sont totalement transposables au domaine des marchés complémentaires (sur le contrôle des avenants, V. n° 66 à 80), secteur donnant également lieu, régulièrement, à des infractions pénales au titre du délit de favoritisme (Rapports d'activité de la Mission interministérielle d'enquête sur

les marchés publics et les conventions de délégation de service public : site Internet www.minefi.gouv.fr/mission_marches/ – *Le Moniteur des TP, Marchés négociés et délit de favoritisme*. 26 nov. 1999, p. 45. – G. Pancrazi, *Le délit de favoritisme et le nouveau Code des marchés publics : Contrats-Marchés publ.* 2001, chron. 10).

BIBLIOGRAPHIE

M. Amilhat et S. Pignon

Regards croisés : modification des contrats en cours d'exécution : Contrats-Marchés publ. 2019, prat. 10

M. Belkacemi

La limitation de la liberté contractuelle, le contrôle des avenants aux contrats administratifs : Gaz. Pal. 20 juin 1998, p. 741

S. Braconnier

Les nouvelles procédures de passation, une épine dorsale entre rationalisation et simplification : Mon. TP 22 juin 2001, n° 5091, cah. spécial, p. 11

Précis du droit de la commande publique : Le Moniteur, 6e éd., 2019

C. Bréchon-Moulènes

Choix des procédures, choix dans les procédures : AJDA 1988, p. 753

G. Clamour

Première transposition des directives « Marchés » : Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 289

Commission centrale des marchés

Les avenants aux marchés publics : Marchés publ. 1995-96, n° 2, p. 3

P. Delelis

Les nouvelles procédures simplifiées : Contrats-Marchés publ. 2001, chron. 5

E. Fatôme

Les avenants : AJDA 1998, p. 760

E. Glaser

L'avis du Conseil d'État sur les cessions de marchés et de concessions. Une clarification bienvenue : BJCP 2001, p. 94

M. Heintz

Les avenants aux MAPA : simplification du formalisme : CP-ACCP 2008, n° 75, p. 51

H. Hoepffner

L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2014, dossier 16

S. Lesueur

Avenants aux marchés publics : quand la loi de simplification du droit complique le droit : Mon. TP 9 mai 2008, p. 60 et erratum 6 juin 2008, p. 95

X. Libert

Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants , décisions de poursuivre, régularisations : AJDA 1994, n° spécial, p. 65

P. Limouzin-Lamothe

Les avenants : observations complémentaires : AJDA 1998, p. 767

F. Linditch

Nouveau Code des marchés publics : projet de décret soumis à concertation publique : Contrats-Marchés publ. 2016, alerte 1

F. Llorens et P. Soler-Couteaux

La mise en concurrence des avenants aux marchés publics : Contrats-Marchés publ. 2003, repère 8

J.-G. Madinier

Les collectivités locales et la réforme du code : BJCP 2001, p. 206

C. Maugüé

La réforme des procédures : BJCP 2001, p. 195

H. Pauliat

Marchés publics : enfin les décrets ! : JCP A 2016, act. 289

J.-M. Peyrical

Les avenants aux marchés publics : Guide juridique, éd. Le Moniteur, 2005

Les avenants , source d'unification du droit des contrats publics : Mél. Guibal, Montpellier, 2006, t. 1, p. 825

Les avenants d'adaptation aux circonstances nouvelles : CP-ACCP 2006, p. 24

C. Saïchi

Avenant ou marché négocié complémentaire ? : Mon. TP 30 mai 2008, p. 90

J.-G. Sorbara

Marchés publics et innovation : Contrats-Marchés publ. 2014, dossier 13