

MARCHÉS PUBLICS

Modification du montant d'un marché par avenant

Le montant d'un marché public de travaux peut être modifié, si les deux parties en sont d'accord, par la conclusion d'un avenant. Des règles de procédure différentes selon le montant initial du marché et la nature du pouvoir adjudicateur doivent être respectées. Mais attention : sauf sujétions techniques imprévues, un avenant ne peut venir bouleverser l'économie du marché.

PAR CYRIL LAROCHE

Docteur en droit, avocat à la Cour

Qu'est-ce qu'un avenant ?

La circulaire du 29 décembre 2009 portant guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics énonce que l'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses.

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

Le montant d'un marché peut également être modifié par une décision de poursuivre. Comment la distinguer de l'avenant ?

La décision de poursuivre est un acte par lequel le pouvoir adjudicateur décide d'augmenter les quantités prévues par un marché public de travaux afin de permettre l'achèvement des prestations contractuelles. Le titulaire du marché est tenu d'exécuter cette décision qui en augmente le montant. La décision de poursuivre est régulière si les parties au marché ont préalablement prévu dans le contrat que cette décision pourra être prise au cours de l'exécution du marché. Contrairement à l'avenant, la décision de poursuivre est une décision unilatérale prise par le pouvoir adjudicateur.

Un avenant qui augmente le montant d'un marché public de travaux doit-il être écrit et signé ?

Les avenants qui augmentent le montant d'un marché conclu verbalement et d'un montant inférieur à 20000 euros hors taxe peuvent être passés verbalement. Au contraire, les avenants aux marchés passés sous forme écrite doivent être écrits et signés par les parties au contrat.

Qui est compétent pour signer un avenant relatif à un marché de l'Etat ?

Pour les marchés publics passés par l'Etat, l'avenant est signé par l'agent de l'Etat responsable du marché dûment habilité pour le signer. L'avenant peut être signé sans que cet agent soit tenu de consulter auparavant la commission consultative des marchés publics prévue par l'article 129 du Code des marchés publics. Pour les marchés des établissements publics, il convient de se référer aux statuts de ces derniers pour déterminer si leurs autorités exécutives peuvent signer un avenant sans autorisation préalable de leurs organes délibérants.

Qu'en est-il pour les marchés passés par les collectivités territoriales ?

L'avenant est signé par le maire, le président du conseil général ou le président du conseil régional sous réserve d'avoir été préalablement autorisé à signer ce marché par l'assemblée locale. La signature de l'avenant n'est régulière que si la délibération de l'assemblée locale a d'abord été soumise au contrôle de légalité préfectoral pour les marchés d'un montant

supérieur à 193000 euros hors taxe, dont la consultation a été lancée à compter du 1^{er} janvier 2010, et 206000 euros hors taxe pour les marchés antérieurs. Il résulte, cependant, de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 2009, « Commune de Béziers », que les litiges nés de l'exécution d'un avenant signé sans que la délibération autorisant sa signature ait été préalablement transmise au préfet seront tranchés sur le terrain contractuel. Cela signifie que l'avenant ne sera pas nul pour ce seul motif et que les parties demeureront liées par le marché et susceptibles d'engager leur responsabilité en cas de manquement à leurs obligations contractuelles.

En outre, l'assemblée locale peut déléguer à l'exécutif local la compétence de signer les marchés de la collectivité territoriale pour la durée de son mandat. Dans ce cas, l'exécutif local peut signer les avenants à un marché sans solliciter préalablement une nouvelle autorisation de l'assemblée locale, quel que soit le montant de ces avenants. L'avenant ne peut être signé que si la délégation de compétence a été préalablement soumise au contrôle de légalité du préfet.

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Un avenant à un marché public de travaux peut modifier le montant de ce marché dès lors qu'il ne bouleverse pas son économie ou qu'il ne change pas son objet.
- En cas de sujétions techniques imprévues, l'avenant peut être conclu quel que soit son montant.
- Un avenant qui modifie le montant initial d'un marché passé par une collectivité territoriale de plus de 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres avant

d'être conclu. L'avenant est soumis au contrôle de légalité préfectoral après avoir été signé dès lors que le montant du marché excède 193 000 euros hors taxe (ou 206 000 euros hors taxe pour les marchés dont la consultation a été lancée avant le 1^{er} janvier 2010).

- L'autorité compétente pour signer l'avenant passé par une collectivité territoriale est l'exécutif local, sous réserve que cette signature ait été préalablement autorisée par l'assemblée locale.

FICHE PRATIQUE

Un avenant qui modifie le montant d'un marché doit-il être soumis à la commission d'appel d'offres (CAO) avant signature ?

Oui, dès lors que cet avenant augmente de plus de 5% le montant initial d'un marché passé par une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements publics selon une procédure formalisée. Les marchés passés selon une procédure adaptée ne sont donc pas soumis à cette obligation. Il en va de même des avenants aux marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics et les établissements publics hospitaliers. La CAO doit être consultée si l'avenant conclu par une collectivité territoriale augmente à lui seul de 5% le montant du marché initial, ou s'il atteint ce même seuil de 5% en cumulant son montant avec celui des avenants préalablement signés et qui n'auraient pas, à eux seuls, atteint ledit seuil. En cas de marché unique alloti, il semble que le seuil de 5% s'apprécie pour l'ensemble du marché et non lot par lot.

La CAO rend un avis à l'assemblée locale avant que cette dernière prenne sa décision sur l'opportunité d'autoriser l'exécutif local à signer l'avenant. Cet avis ne lie pas l'assemblée locale. Si l'exécutif local bénéficie d'une délégation de compétence pour signer les avenants aux marchés publics passés par la collectivité territoriale pendant la durée de son mandat, la CAO rend son avis à cet exécutif local sans que ce dernier soit tenu de le suivre.

L'avenant signé par une collectivité territoriale doit-il être soumis au contrôle de légalité préfectoral ?

En principe, oui. La collectivité territoriale transmet l'avenant, la délibération qui a autorisé l'exécutif local à signer cet avenant, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres si celle-ci a été convoquée et le devis estimatif des dépenses. Si l'avenant n'est pas transmis, il n'est pas exécutoire. Toutefois, l'obligation de transmission ne s'applique pas s'agissant d'un avenant à un marché public de travaux d'un montant inférieur à 193000 euros hors taxe dont la consultation a été engagée à compter du 1^{er} janvier 2010, et à 206000 euros hors taxe pour les marchés antérieurs. Concernant ces avenants, il incombe au préfet de solliciter leur transmission s'il juge opportun de contrôler leur légalité.

A quelles conditions un avenant à un marché public de travaux peut-il régulièrement modifier le montant du marché ?

Il résulte de l'article 20 du Code des marchés publics que, sauf sujétions techniques

imprévues, un avenant peut modifier le montant d'un marché public de travaux sous réserve de ne pas en bouleverser l'économie et/ou de ne pas en changer l'objet.

Dans quelles circonstances un avenant bouleverse-t-il l'économie d'un marché public de travaux ?

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

Cette même circulaire énonçait que, pour ce seul motif, l'avenant devait être irrégulier. La doctrine a longtemps partagé cette analyse. Pourtant ce critère n'était probablement pas pertinent.

Comment le juge administratif statue-t-il ?

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

Dans le cas d'un marché unique alloti, le juge administratif apprécie si un avenant bouleverse l'économie du marché en comparant le montant de l'avenant par rapport au montant initial total des lots du marché (CE, 19 janvier 2011, «SARL Entreprise Mateos», n° 316783). De surcroît, il calcule le montant cumulé des avenants successifs à un marché pour apprécier dans quelle mesure un nouvel avenant en augmente le montant initial. Si un avenant ne prévoit pas l'exécution de prestations dissociables de celles initialement prévues, il est plus probable que son irrégularité sera constatée par le juge administratif dans le seul cas où il augmente le montant du marché pour un montant bien supérieur à 15%.

Que faire lorsque l'avenant bouleverse l'économie du marché et/ou change son objet ?

L'avenant est irrégulier et il ne saura donc être exécuté. Le pouvoir adjudicateur est tenu de lancer une nouvelle procédure de mise en concurrence afin de conclure un marché qui aura pour objet l'exécution des prestations prévues par ledit avenant.

Comment définir les sujétions techniques imprévues au titre desquelles un avenant peut être régulièrement signé quel que soit son montant ?

Les sujétions techniques imprévues sont des difficultés matérielles exceptionnelles qui étaient imprévisibles lors de la conclusion du marché public de travaux et dont la cause est extérieure aux parties au marché. Un avenant peut régulièrement prévoir d'augmenter le montant du marché pour répondre à ces nouvelles sujétions même s'il bouleverse son économie ou s'il change son objet. ■

TEXTES DE RÉFÉRENCES

- *Code des marchés publics : articles 11, 20 et 118.*
- *Code général des collectivités territoriales : articles L. 2122-22-4°, L. 2131-2, L. 3131-2, L. 3221-11, L. 4141-2, L. 4231-8 ; R. 2131-6 et D. 2131-5-2.*
- *Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public : article 8.*
- *Circulaire du 29 décembre 2009 portant guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.*