

GROUPE



Réunion téléphonique

Les règles de modification d'un marché public : un cadre réglementaire plus rigide

Compte rendu de la réunion téléphonique du 11 octobre 2018

La réunion est organisée et animée par Territoires Conseils avec le concours d'Isabelle Farges, consultante en développement territorial. Elle est présentée par David Legros, juriste associé du service de renseignements téléphoniques de Territoires Conseils.

La présentation s'appuie sur un diaporama annexé au présent compte rendu.

LISTE DES PARTICIPANTS

Structure	Nom des structures	Département
Commune	Saint-Agrève	07
Commune	Mernel	35
Commune	Malaunay	76
Communauté de communes	Du Pays De Maiche	25
Communauté de communes	De Haute Maurienne Vanoise	73
Communauté de communes	Du Pays Solesmois	59
Communauté de communes	Roi Morvan Communauté	56
Communauté de communes	Grand Paris Sud	91
Communauté de communes	Haute Maurienne Vanoise	73
Communauté d'agglomération	Luberon Monts De Vaucluse	84
Syndicat intercommunal	Sictom Pézenas-Agde	34
Syndicat intercommunal	SIVOM de l'Arc à l'Étang	13

PRÉSENTATION

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIÉ DU SERVICE DE RENSEIGNEMENTS TÉLÉPHONIQUES DE TERRITOIRES CONSEILS

Introduction

La nouvelle réglementation entrée en vigueur en 2015 et 2016, avec *l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics* et le nouveau *décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*, a modifié la notion d'avenant dans le droit de la commande publique. Les nouveaux textes sont issus de la transposition de la réglementation européenne et notamment de *l'article 72 de la directive de 2014/24/UE*.

L'ordonnance de 2015 reprend dans son article 65 la formule stipulant que les modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public. C'est l'ancienne formulation de « bouleversement de l'économie du marché ». Ces modifications, dans l'ancienne formulation, ne pouvaient pas non plus en changer l'objet. *L'article 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics* est le véritable point de départ des modifications pouvant affecter les marchés publics durant leur exécution.

Les avenants ainsi que les marchés complémentaires deviennent des modifications du marché. Dorénavant, toute modification substantielle est interdite sauf exception. Dans la forme, les textes font disparaître la notion d'avenant. Le terme d'avenant n'existe plus ni dans l'ordonnance ni dans le décret, mais dans les faits, afin de contractualiser une modification de marché, il faudra nécessairement passer par une rédaction. Elle prendra la forme d'un accord de volonté et pourra véritablement s'apparenter à un avenant. Pour preuve, *l'article L.1414-4 du Code Général des Collectivités Territoriales* prévoit que tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieur à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres.

Le terme « avenant » disparaît donc de l'ordonnance et du décret, mais dans les faits, pour contractualiser, nous passerons nécessairement par un avenant ou un accord de volonté pouvant se traduire par la notion de modification du marché public.

À partir des marchés passés sous l'empire du nouveau décret, les cas de recours à la modification du contrat sont clairement établis et limitativement listés. Il n'y a plus, comme auparavant, d'hésitations concernant les taux de modification des marchés en cours d'exécution. Auparavant, les circulaires et la jurisprudence indiquaient que les avenants pouvaient modifier jusqu'à 15 à 20 % du montant du marché initial avant de risquer la censure du juge ou du préfet destinataire de l'avenant. Cette possibilité n'existe plus. Les textes, notamment le décret, sont relativement clairs sur la nouvelle définition des possibilités de modification des marchés en cours d'exécution.

La notion de modification substantielle et de modification venant changer la nature globale du marché

Ce point est très important, car la rédaction des directives européennes permet de qualifier une modification comme substantielle, lorsqu'elle modifie de manière substantielle le contrat.

Il existe quatre hypothèses dans lesquelles il peut être considéré que cette modification a été faite de manière substantielle. La rédaction en droit interne des décrets et de l'ordonnance ne reprend pas exactement la formulation européenne. *L'article 139-5° du décret 2016-360 du 25 mars 2016* précise

qu'une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public et liste ensuite les cas dans lesquels le changement peut être considéré comme substantiel. Je vous rappelle également que l'article 65 de l'ordonnance de 2015 portant sur les marchés publics stipule que les modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public. L'ordonnance dans la hiérarchie des normes a une valeur supérieure au décret. Cela signifie qu'avant d'analyser si notre modification entre dans l'un des champs de l'article 139, il faut se poser la question de savoir si celle-ci ne change pas la nature globale de notre marché public. Si la base de cette modification change la nature du contrat, nous ne pourrions aucunement la justifier en tentant de la faire rentrer dans l'un des cas cités par l'article 139. Si nous ne sommes pas dans ce cas, nous devons vérifier, au vu de l'article 139-5°, que cette modification n'est pas substantielle.

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

- a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue.
- b) Elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial.
- c) Elle modifie considérablement l'objet du marché public.
- d) Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4°.

La modification n'est légale que dans les cas listés dans l'article 139.

L'arrêt du Conseil d'État du 15 novembre 2017 (n° 409728 et 409799) fait ressortir l'hypothèse où il faut d'abord vérifier l'absence de changement de la nature globale du marché, et ensuite voir si nous entrons dans une exception de l'article 139. C'est le point de départ de la vérification : la modification change-t-elle la nature globale du marché si la réponse est positive nous nous arrêterons là et nous ne chercherons pas à voir si nous entrons dans l'un des cas de l'article 139. Tout cela doit encore être clarifié, au vu des nouveaux textes, par la jurisprudence.

Les cas de modification des marchés publics

1) La modification du contrat résultant d'une clause de réexamen

L'article 139 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 indique : lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, 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, ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Je vous rappelle la règle de transparence dans les marchés publics qui oblige les acheteurs à informer les éventuels candidats de la possibilité que se réserve le pouvoir adjudicateur de réexaminer certaines clauses du contrat le liant à son prestataire. L'acheteur doit prévoir dans quels cas il est possible que ces clauses soient rediscutées. Il devra donc, de manière précise dans le contrat, rédiger la survenue des événements le permettant, afin que les potentiels candidats puissent intégrer ces aléas dans leur proposition. Ils devront faire leurs offres à l'aune de la rédaction de ces clauses.

La clause de réexamen peut tout à fait comporter des options, à partir du moment où ces clauses sont formulées de manière claire, précise et sans équivoque. Une certaine vigilance est toutefois de mise, une telle clause dans un marché public aurait des conséquences sur la mise en concurrence. Pour le calcul des

seuils, il faudrait prendre en compte les options dans le calcul du besoin. Le prix du marché comporterait le prix de base et le prix de l'option. En cas de survenue de l'événement, il est possible que le montant des commandes augmente. La survenue d'un aléa peut être une vague de froid exceptionnelle en hiver, nécessitant une commande supérieure en sel de déneigement, par exemple. Il faudra alors véritablement formuler dans cette clause de réexamen dans quels cas la commande pourra augmenter et dans quelles proportions. L'acheteur a la possibilité de rendre automatique le déclenchement de cette clause. Lors de la survenue d'un événement précis, l'acheteur par simple lettre peut avertir le titulaire du marché de la mise en œuvre de cette clause et donc de la modification du contrat qui a été accepté du fait du dépôt d'une candidature pour le marché.

La mise en action de cette clause est unilatéralement prise par l'acheteur. L'événement survient, j'envoie une lettre à mon prestataire et il doit automatiquement augmenter le volume. Cette clause de réexamen peut également intégrer une sorte de rendez-vous, lors de la survenue de l'événement afin de rediscuter des modalités d'exécution du marché. Cette renégociation aura pour effet la conclusion d'un avenant venant contractualiser les modifications acceptées par les deux parties au contrat. Le contrat devra prévoir le devenir de celui-ci en cas de désaccord sur la modification. Ce sera un nouvel accord de volonté à trouver entre la personne publique et son prestataire. Il est moins sécurisant pour la personne publique de ne pas pouvoir imposer lors de la survenue de l'événement la modification du contrat. Il est préférable, lorsque cela est possible, de prévoir une clause permettant la mise en œuvre unilatérale de celle-ci par l'acheteur.

2) Les prestations supplémentaires ne figurant pas dans le marché initial

Il s'agit ici de travaux, fournitures et services supplémentaires, quel qu'en soit leur montant, qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché public initial. Ces prestations sont possibles à la double condition qu'un changement de titulaire :

- a) soit 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 public initial (en équipements et services, nous pourrions penser à un parc informatique, à des logiciels) ;
- b) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur (dans le même exemple du parc informatique, si tous les équipements devaient être changés pour un logiciel, des prestations supplémentaires pourraient être considérées comme possible).

Lorsque le marché public est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché public initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Nous pourrions penser que cela risquerait de vider le texte de sa substance, car si nous pouvions faire des modifications successives à hauteur de 50 % du montant du marché initial, nous pourrions ne jamais nous arrêter. Les textes prévoient toutefois un garde-fou. Les modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence. Je vous rappelle **l'article 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics** qui dispose qu'une telle modification ne saurait, en tout état de cause, changer la nature globale du marché.

3) Les circonstances imprévues pour un acheteur diligent

Ce point est assez délicat, car la notion de prévoyance semble nous ramener à une notion proche de la théorie de l'imprévision ou aux sujétions techniques imprévues. Il faut véritablement circonscrire cette notion et attendre la position du juge afin de véritablement la clarifier. A priori, il s'agirait de circonstances extérieures qu'un acteur diligent, bien qu'ayant fait preuve de prévoyance pendant la phase de préparation du marché, ne pouvait pas prévoir compte tenu des moyens à sa disposition et des

caractéristiques du projet. Ainsi, il conviendrait de clarifier les notions d'acheteur diligent et d'acheteur non diligent, voire d'acheteur négligent. Ces notions ne sont pas encore précisées par la jurisprudence.

Lorsque le marché public est conclu par un pouvoir adjudicateur, dans ces circonstances imprévues, le montant des modifications ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché public initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Les modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

4) Le changement de titulaire

La modification d'un titulaire de marché public n'est en principe pas permise. Le marché public doit faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence. La jurisprudence européenne est très claire sur ce point. Pourtant, cette possibilité de changement est devenue, avec les nouveaux textes, une réalité. Elle est très encadrée.

Cette faculté est désormais limitée à deux cas très précis :

- lorsque le changement intervient en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque du contrat, le changement de titulaire ayant donc été prévu dès le départ dans une clause de réexamen ;
- lorsque le changement intervient dans le cas d'une 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.
Le nouveau titulaire doit remplir les conditions fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial.

Ce dernier point s'inspire de la jurisprudence européenne sur la réorganisation administrative d'une société, mais va au-delà de celle-ci. En effet, le texte permet un changement de titulaire en cas de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité.

5) Les modifications qui sont inférieures à certains seuils

Lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil européen publié au Journal Officiel de la République Française et limité à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du marché initial pour les marchés publics de travaux, et que cette modification ne change pas la nature globale du contrat, la modification est possible.

J'attire votre attention sur un point très important. Dans le calcul du montant des modifications, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix. De plus, lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé. Cela signifie que ce pourcentage d'augmentation est à comparer avec le montant initial du marché public après application, si elle existe, de la clause de variation des prix. Prenons l'exemple d'une clause de variation des prix qui a fait mécaniquement augmenter le montant initial du marché de 3 %. L'appréciation de la valeur de la modification est alors calculée à partir du montant initial augmenté de l'application des 3 %.

6) Les modifications qui ne sont pas substantielles

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

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques, ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques, ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

- lorsqu'elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ;
- lorsqu'elle modifie considérablement l'objet du marché public ;
- lorsqu'elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses vues précédemment.

Il convient de voir au cas par cas si les modifications affectant le marché public en question peuvent être considérées comme substantielles ou non.

Si nous nous trouvons face à une modification substantielle, le marché devra être résilié et une nouvelle procédure de mise en concurrence devra être mise en place afin de sélectionner un nouveau titulaire.

L'évolution de la jurisprudence

Les jurisprudences en matière d'avenants ne sont pas très nombreuses, a fortiori celles se basant sur les nouveaux textes puisque les cas de modification sont clairement listés. L'ancienne jurisprudence sur les avenants va évoluer pour se mettre au diapason de la nouvelle réglementation en vigueur depuis 2016.

Nous pouvons citer une jurisprudence qui, bien que basée sur l'ancienne législation, reprend dans ses considérants les termes de la nouvelle réglementation. **La décision du Conseil d'État du 9 mars 2018** (n° 409972) indique en effet que « *les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire.* ». L'ancienne pratique des avenants qui permettait une augmentation du montant initial du marché comprise entre 15 et 20 % soumise à l'appréciation du juge, n'a plus lieu d'être.

Nous avons vu précédemment dans **l'article 139 du décret 2016-360 du 25 mars 2016**, les seuils des modifications véritablement admises, soit 10 % pour les marchés de fourniture de services et 15 % pour les marchés de travaux.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification selon les hypothèses prévues aux 2° et 3° de l'article 139. Cet avis est publié au Journal Officiel de l'Union européenne aux conditions fixées par **l'article 36 du décret 2016-360 du 25 mars 2016**.

Les anciens marchés complémentaires

1) La terminologie des anciens marchés complémentaires a disparu.

Cette possibilité de marchés complémentaires était indiquée dans l'ancien **article 35 du Code des marchés publics**. Ce dernier stipulait que pouvaient être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence « *les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :*

- a) *lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;*
- b) *lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.*

Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal. »

2) Il n'est plus possible de passer des marchés complémentaires basés sur l'ancienne législation

Les anciens marchés complémentaires sont des marchés rattachés au marché public initial, mais sont eux-mêmes considérés comme des marchés totalement distincts de celui-ci. Si vous avez conclu un marché sous l'empire de l'ancien code et qu'une nouvelle consultation doit intervenir, elle ne peut pas être basée sur les anciens textes, car elle doit être mise en application sur les nouveaux textes intervenus en 2016.

Ces nouvelles dispositions ne parlent plus de marché complémentaire, mais de modification de contrat en cours d'exécution. Cela signifie qu'avec les nouveaux textes réglementaires, les marchés complémentaires ne peuvent plus être conclus, car dépendant d'une législation qui n'est plus en vigueur, même si les conditions de recours à ces anciens marchés complémentaires étaient réunies.

Dans ce cadre-là, si vous avez un ancien marché et que vous voulez passer des prestations supplémentaires, il faudra conclure un avenant, à partir du moment où les conditions de mise en œuvre sont réunies. En effet, les anciennes conditions de mise en œuvre d'un avenant basées sur l'ancienne législation sont plus strictes que la nouvelle réglementation.

Le devenir des marchés publics

1) Une réforme présentée le 1^{er} octobre 2018

La législation des marchés publics change très souvent. Le 1^{er} octobre 2018, la secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie et des Finances, Delphine Gény-Stephann a présenté les grands axes de la réforme de la commande publique.

2) La simplicité est mise en avant dans cette réforme afin d'être un levier de croissance pour l'économie

Les marchés publics représentent en France plusieurs milliards d'euros. Bien que la commande publique représente une opportunité considérable de croissance, sa mise en œuvre reste trop rigide pour véritablement jouer un rôle sur celle-ci. C'est bien souvent le cas pour les PME qui ne peuvent manier une réglementation souvent illisible.

3) Des mesures devant permettre un accès plus facile à la commande publique pour les entreprises

Des mesures sont d'ores et déjà mises en œuvre comme la dématérialisation au 1^{er} octobre et différentes mesures inscrites dans **la loi Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (PACTE)**.

La simplification du droit de la commande publique devrait permettre aux entreprises de connaître les règles du jeu au travers de la mise en place d'un code de la commande publique, la dématérialisation et le développement du recours à la facturation électronique. Tous les textes, ordonnances et décrets ainsi que les avis du Conseil d'État seraient réunis au sein d'un même Code.

La commande publique va s'aligner sur le droit européen, permettant d'abaisser la durée d'archivage des diverses pièces du marché et de pouvoir recourir librement à un avocat.

La possibilité d'accéder aux marchés publics devrait être facilitée par l'adoption de quatre mesures :

- l'augmentation de 5 % à 20 % du taux minimal des avances versées aux titulaires de marchés publics ;

- la diminution du taux maximal de la retenue de garantie de 5 à 3 % ;
- le lancement d'une expérimentation sur trois ans pour la passation de gré à gré de marchés publics avec des PME portant sur des achats innovants inférieurs à 100 000 euros ;
- la facilitation du recours à l'affacturage inversé. L'affacturage inversé est un système de financement permettant de réduire les délais de paiement.

Les spécificités de certains secteurs seront prises en compte :

- Les marchés publics dont l'exécution est exposée à des aléas majeurs de conditions économiques, comme les marchés de matières premières agricoles et alimentaires, devront désormais obligatoirement contenir une clause de révision des prix.
- Afin de garantir des conditions équitables d'exécution des marchés, la pratique des ordres de services à zéro euro dans les marchés publics de travaux sera dorénavant supprimée.

Bien souvent, des prestations supplémentaires étaient demandées aux titulaires du marché, par ordre de service conformément à l'obligation d'exécution de prestations, mais les ordres de service ne mentionnaient pas de prix. Le titulaire exécutait, mais n'était pas payé. Le prix était fixé dans un avenant intervenant postérieurement.

COMMUNAUTE DE COMMUNES DE HAUTE MAURIENNE VANOISE

Vous indiquez que **les ordres de services à zéro euro sont supprimés**. Est-ce que cela veut dire que **sur les nouveaux ordres de service, nous pourrions uniquement indiquer un prix sans quantité, ou faudra-t-il un prix avec une quantité** ? Quel est l'impact par rapport à la modification du marché ?

DAVID LEGROS

Dans un marché public de travaux, bien souvent il n'est pas possible de tout prévoir. Afin d'exécuter le marché conformément au contrat, il faut des ordres de service pour apporter une modification. Soit, l'acheteur public a fait des prévisions, mais modifie ses besoins ou bien il s'aperçoit qu'il manque quelque chose pour pouvoir terminer les travaux dans les règles de l'art. L'acheteur public établit alors un ordre de service pour rajouter une prestation. N'ayant pas connaissance du prix, il l'établissait à zéro euro. Le prestataire exécutait les travaux, mais ne pouvait pas se faire payer puisque le prix de ceux-ci n'avait pas été fixé. Il fallait attendre la conclusion d'un avenant, donc bien souvent le bon vouloir de l'acheteur public, pour fixer le prix de cette nouvelle prestation et pouvoir payer le titulaire. Cela pouvait conduire à des situations assez difficiles pour les entreprises, parce qu'elles pouvaient avoir un manque de trésorerie. Je vous rappelle que dans le **CCAG Travaux**, une disposition indique que le titulaire doit se conformer aux ordres de service. Si vous avez un ordre de service sans prix, cela est forcément au détriment du titulaire. Dorénavant, il devrait y avoir interdiction de cette pratique des ordres à service à zéro euro. En supposant que les textes soient modifiés comme cela a été indiqué par la secrétaire d'Etat, le futur ordre de service devra forcément comprendre un prix pour permettre de payer le prestataire, mais ce prix ne sera pas forcément le prix définitif. Il faudra s'entendre avec le titulaire.

COMMUNAUTE DE COMMUNES DE HAUTE MAURIENNE VANOISE

Il y aurait donc conclusion d'un avenant postérieurement qui pourrait être considéré comme avenant de régularisation.

DAVID LEGROS

Oui. Il pourrait être considéré comme un avenant qui ferait passer la prestation supplémentaire du prix provisoire au prix définitif.

COMMUNAUTE DE COMMUNES DE HAUTE MAURIENNE VANOISE

Si dans le cadre d'un marché de fournitures ou de travaux à prix unitaire, nous émettons un bon de commande pour plusieurs prestations à l'unité et qu'au fur et à mesure de l'avancement du chantier, nous nous rendons compte que nous devons diminuer certaines quantités d'une prestation et rajouter d'autres prestations non prévues, faut-il établir plusieurs avenants ?

DAVID LEGROS

Vous partez du postulat d'un prix unitaire, avec un bordereau des prix unitaires qui liste précisément tout ce qui peut être commandé. Si une prestation n'est pas présente dans le bordereau des prix unitaires, vous ne pouvez pas la commander. En rajoutant une ligne, vous modifiez votre contrat. Forcément, il faudra contractualiser ce nouveau besoin et passer par un avenant pour que votre titulaire puisse vous fournir cette nouvelle prestation ou ce nouvel élément. Votre bordereau des prix doit être modifié en conséquence.

Par exemple, si votre marché intervient pour la réfection d'une route, et si votre besoin est de gravier noir, vous devez rajouter une ligne dans votre bordereau de prix unitaires spécifiant le prix par mètre cube de ce gravier noir.

COMMUNAUTE DE COMMUNES DE HAUTE MAURIENNE VANOISE

Dans ce cas, nous sommes obligés d'établir tout d'abord un avenant.

DAVID LEGROS

Vous êtes dans le cadre d'un bordereau des prix unitaires dans lequel normalement tout est prévu. Si une prestation n'est pas prévue au bordereau, elle ne peut pas être imposée au prestataire. Les marchés de travaux sont souvent des forfaits.

COMMUNAUTE DE COMMUNES DE HAUTE MAURIENNE VANOISE

Si j'ai bien compris, il y a une nécessité de signer un avenant avant de réaliser les travaux.

DAVID LEGROS

Dans ce cas de figure, oui, parce que vous avez demandé des prestations qui ne sont pas prévues au contrat.

COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION DE GRAND PARIS SUD

Dans le cas d'un marché de travaux à prix mixte (forfaitaires et unitaires), un avenant est-il obligatoire si sur la partie à prix unitaires, les quantités réellement exécutées sont connues ? L'avenant doit-il fixer définitivement les prix ou la simple exécution du marché les définit-elle ?

DAVID LEGROS

Nous sommes dans le cadre d'un bordereau des prix unitaires.

Si vous avez une commande de gravier à passer et si le prix du mètre cube de graviers est connu, il n'y a pas d'avenant à passer parce que, quelle que soit la quantité effectivement livrée ou réalisée, le prix est connu. Il suffit de calculer le montant requis à partir des quantités souhaitées (tant de mètres cubes x le prix du mètre cube). Dans ce cas, les prix sont appliqués par unité par rapport à la commande réellement effectuée.

Le cas est différent avec un marché public à prix forfaitaires. Si un marché de travaux établit un besoin de 100 mètres de route, le bordereau de prix forfaitaires prévoit l'ensemble des travaux et des fournitures nécessaires. Pour savoir quelle entreprise peut répondre, il faut savoir exactement ce que contient ce bordereau, c'est pourquoi un détail des quantités estimatives est prévu.

Par exemple, pour 100 mètres de route, un forfait de 100 000 euros est établi. Vous vous engagez sur ce forfait. Si la commande atteint 80 000 euros, comme vous êtes engagés sur 100 000 euros, vous devrez

régler 100 000 euros. Si vous arrivez au budget de 100 000 euros, vous ne pouvez pas aller au-delà. Si vous vous êtes trompés dans votre estimation et que vous avez besoin de 110 000 euros, vous devrez passer par un avenant. C'est la différence entre un bordereau des prix forfaitaires et un bordereau des prix unitaires.

COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION DE GRAND PARIS SUD

À partir du moment où nous avons un bordereau des prix unitaires, nous sommes libres d'aller jusqu'au bout du contrat, sans contractualiser par un avenant les quantités réellement utilisées.

DAVID LEGROS

Tout à fait. Nous n'allons que multiplier les quantités avec le prix unitaire.

Il convient cependant de bien indiquer les besoins : les besoins en travaux ne sont pas les mêmes pour une route de 100 mètres et une route de dix kilomètres. Pour faire dix kilomètres de route, des moyens colossaux sont requis et les travaux ne peuvent être réalisés que par une grande entreprise. Dans le bordereau des prix unitaires, vous devez également faire figurer la quantité de routes souhaitée, afin que l'entreprise locale sache si elle peut candidater ou non.

COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION DE GRAND PARIS SUD

Si nous dépassons ce détail estimatif, un avenant sera-t-il nécessaire ?

DAVID LEGROS

Non, car cela est une estimation. Elle n'est pas contractuelle.

COMMUNAUTE DE COMMUNES HAUTE MAURIENNE VANOISE

Si j'ai bien compris, dans le cadre d'un forfait, si la prestation réalisée nécessite moins d'unités que prévu, la collectivité est tenue de payer le montant du forfait. En revanche, la collectivité est tenue de payer un supplément si elle va au-delà du forfait. Je suppose que cela s'applique si ce dépassement s'effectue à sa demande.

A contrario, dans le cadre d'un marché d'études, si le bureau d'études consacre 15 jours au lieu de 10 aux travaux prévus, contrairement à son estimation initiale, nous sommes bien d'accord que ce n'est pas du fait de la collectivité et qu'il n'est pas nécessaire de signer un avenant.

DAVID LEGROS

Si l'acheteur a clairement établi son besoin de dix kilomètres de route, le bureau d'études devra indiquer un besoin précis, par exemple de 15 jours d'études. L'offre est alors établie en conséquence. Si le prestataire ne respecte pas ce délai en raison de contraintes imprévues (personnel malade, etc.), il s'agit bien d'une mauvaise estimation de l'offre. L'acheteur public ne peut pas en être tenu pour responsable. Il ne peut supporter les aléas du titulaire.

COMMUNAUTE DE COMMUNES HAUTE MAURIENNE VANOISE

Nous passons un marché avec un bureau d'études qui prévoit une estimation de 15 jours d'études sur la base d'un montant forfaitaire. Au vu de l'avancement de l'étude, nous nous rendons compte de besoins supplémentaires que nous n'avions pas imaginés. En ce cas, devons-nous contractualiser ce besoin au moyen d'un avenant en cours de contrat ou pouvons-nous régulariser ?

DAVID LEGROS

Dans cet exemple, vous avez fait une mauvaise estimation de votre besoin. Si celle-ci a des conséquences financières sur le titulaire, vous ne pourrez pas lui imposer ce changement. Si le titulaire estime que les nouveaux besoins survenus auprès de la collectivité ont pour conséquences des frais et des dépenses plus

importantes pour lui, il faudra forcément contractualiser avec un avenant. Un avenant est un accord de volontés.

SYNDICAT INTERCOMMUNAL SIVOM DE L'ARC A L'ÉTANG

Notre marché d'études est terminé et a été réceptionné en novembre 2017. Il s'agissait d'une étude de faisabilité. De nouveaux besoins sont apparus pour des aménagements touristiques sur les berges de l'Arc. Les communes devaient réviser leurs PLU pour que le projet soit cohérent avec l'achat des parcelles et les autorisations de passage. Une commune n'est pas arrivée à régulariser. Une partie de l'étude doit donc être menée différemment. Le marché a été réceptionné pour environ 74 000 euros hors taxes. **Faut-il rédiger un avenant ou un marché complémentaire avec le même prestataire**, sachant que le montant correspondant serait de l'ordre de 20 000 euros? **Le souhait est d'avoir le même prestataire, puisqu'il a mené l'étude de faisabilité.** Nous manquons de cohérence géographique et il y a quelques petits changements à effectuer par rapport à l'étude rendue.

DAVID LEGROS

Les modifications ne portent que sur les contrats en cours d'exécution. En l'occurrence, le marché public est terminé et a été réceptionné. Le besoin dont vous parlez est donc un nouveau besoin.

Les besoins sont normalement estimés pour une année. L'année 2017 est terminée et en 2018, vous estimez un nouveau besoin. Si ce besoin estimé est inférieur à 25 000 euros, vous avez la possibilité de le contractualiser directement avec votre prestataire.

SYNDICAT INTERCOMMUNAL SIVOM DE L'ARC A L'ÉTANG

Mon inquiétude était qu'en cumulant les deux montants, nous soyons hors cadre et que cela pénalise la collectivité.

DAVID LEGROS

Nous sommes toujours soumis à l'interprétation du juge en cas de litige. Je ne pourrais jamais vous garantir totalement que la solution sera viable ou légalement appréciée par le juge. Je veux juste vous faire comprendre que normalement, dans un marché public, nous faisons une estimation sur les besoins d'une année. Votre besoin s'est terminé à la fin de l'année 2017. Vous avez un nouveau besoin pour l'année 2018 et il est inférieur à 25 000 euros. Vous pourriez parfaitement, selon **l'article 30 du décret 2016-360 du 25 mars 2016**, passer par les marchés sans mise en concurrence ni publicité préalable.

COMMUNE DE SAINT-AGREVE

Concernant les marchés de maîtrise d'œuvre, pour passer de la rémunération provisoire des premières phases à la rémunération définitive, sommes-nous aussi soumis aux 10 % d'écart maximum?

DAVID LEGROS

Je le pense. L'ancienne législation prévoyait un écart de 15 à 20 %. Juridiquement, si vous passez un marché public sous l'empire du nouveau décret, toute modification de contrat est soumise à cette clause prévoyant un écart maximum de 10 %.

COMMUNE DE SAINT-AGREVE

Si pour différentes raisons, nous avons augmenté le périmètre de l'étude et que par conséquent, nous sommes au-delà des 10 %, est-il possible de justifier cette modification en argumentant sur la base de l'article 139-2 ? Il m'est difficile de changer de maître d'œuvre en cours de contrat.

DAVID LEGROS

Si le périmètre de l'étude est modifié, cela induit que vous avez mal évalué votre besoin au départ, ce qui pourrait vous être reproché.

Il faut s'efforcer de faire entrer les modifications dans les cases de l'article 139. C'est une obligation.

L'article 139-2 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 stipule que le marché public peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel qu'en soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché public initial, à la double condition qu'un changement de titulaire :

- a) soit 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 public initial ;
- b) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.

Nous pourrions argumenter de raisons économiques, car vous devriez non seulement résilier le marché initial, mais indemniser le titulaire, et relancer une procédure de contractualisation. Cela présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur. A priori et sous réserve de l'appréciation du juge, vous rentreriez dans ce cadre.

L'article 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics prévoit que la modification, quelle qu'elle soit, ne peut changer la nature globale du marché public en cause. L'article 139 prévoit les cas de modification. Toutefois, l'ordonnance a une valeur supérieure au décret. Le juge va d'abord regarder si la modification change la nature globale du contrat. Ensuite, si elle ne change pas la nature globale du contrat, il va regarder les cas de l'article 139. Même si vous entrez dans l'un des cas de l'article 139, si votre marché est vraiment dénaturé, une censure pourrait s'appliquer. C'est ce qu'il faut réellement avoir à l'esprit.

Certaines questions posées par les participants renvoient à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie qui dépasse le cadre de ces réunions. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez le service de renseignements téléphoniques de territoires Conseils :

- par téléphone au 0970 808 809
- par mail sur le site Internet www.caissedesdepotsdesterritoires.fr en cliquant sur APPUI JURIDIQUE ou TÉLÉPHONE. Vous y trouverez également une rubrique « Questions-réponses ».

Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Caisse des Dépôts, ce service est accessible gratuitement à toutes les intercommunalités, quels que soient leur taille et leur type, ainsi qu'aux communes de moins de 10 000 habitants.