

Les avenants et la décision de poursuivre

Références Code des Marchés Publics : article 118 du CMP

L'ESSENTIEL

Avant de lancer une consultation, les besoins doivent être déterminés avec précision par la personne publique. Si le volume ou la nature du besoin change en cours d'exécution du marché, il peut être nécessaire de modifier le marché. La personne publique acheteuse peut alors recourir à deux procédés :

- l'avenant (acte contractuel) ; ou
- la décision de poursuivre (décision unilatérale).

Article 118 du CMP : « Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur. »

L'avenant

Définition

L'article 20 du CMP modifié par le décret du 19 décembre 2008 dispose que « 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. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. »

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même (article 20).

Ce document qui tient compte des modifications contractuelles doit obligatoirement faire l'objet d'une délibération de l'assemblée délibérante, être signé par la personne publique et le titulaire et lui être notifié avant son exécution.

Conditions de légalité

- L'avenant doit être directement rattaché à l'opération (pas de changement d'objet du marché par la conclusion de ce document).
- L'avenant ne doit pas bouleverser l'économie du contrat ;
- L'avenant ne doit pas remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.
- L'avenant doit être soumis aux mêmes formalités de contrôle de légalité que le marché auquel il se rattache.

Seuil de l'avenant

Aucun texte ne fixe de limite chiffrée sous la forme d'un pourcentage en plus ou en moins du montant initial du marché. Selon le manuel d'application du Code des marchés publics, " il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15% à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat ".

Ce tempérament est repris par la jurisprudence administrative.

Exception : les sujétions techniques imprévues : l'article 20 du CMP autorise les avenants bouleversant l'économie du marché ou l'objet du montant lorsque surviennent des sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties.

Les théories jurisprudentielles ouvrent au cocontractant de la collectivité un droit à l'indemnité couvrant les charges supportées par l'entreprise et non prévues au contrat afin d'assurer la continuité du service public.

Les avenants de transfert

Il s'agit d'un type particulier d'avenants.

- Changements qui peuvent affecter la personne publique contractante
- Cession volontaire du marché,
- Fusion de communes ou d'établissements publics
- Modifications affectant la personne du titulaire du marché :

- Le décès du cocontractant,
- L'apport du marché par son titulaire à une société ou à un GIE,
- La disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle,
- La cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers

En revanche, un avenant n'est pas nécessaire dans les cas suivants :

- Reprise du contrat par l'administrateur judiciaire lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective,
- Changement n'affectant pas la forme juridique de l'entreprise mais sa raison sociale ou sa domiciliation,
- Changement de la structure de l'entreprise n'entraînant pas la création d'une nouvelle personne morale (par exemple : transformation d'une SARL en SA).

Les avenants de transfert permettent d'assurer la continuité du contrat.

Ils ne nécessitent pas l'avis préalable de la CAO (Cf. Circulaire du 31 octobre 1972 sur les avenants aux marchés publics). La personne publique doit obligatoirement vérifier que le titulaire présente toujours les mêmes garanties professionnelles et financières.

Devront être demandées à la nouvelle entité les pièces permettant de vérifier ses capacités et la régularité de sa situation fiscale et sociale.

La personne publique pourra refuser de poursuivre l'exécution du marché si elle considère que le titulaire ne présente plus les mêmes garanties professionnelles et financières. Ce refus n'ouvre semble-t-il droit à aucune indemnisation.

La décision de poursuivre

Définition

Selon le Manuel d'application du Code des Marchés publics :

La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui a pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe. Elle ne doit, en aucun cas, bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.

A la différence de l'avenant, acte contractuel, la décision de poursuivre est signée par la seule personne publique. Le recours à la décision de poursuivre n'est possible que si elle est prévue dans le marché. Le CCAG travaux en prévoit la possibilité pour les marchés qui le visent.

Caractéristiques

- **PRINCIPE :**
 - acte unilatéral de la personne publique après décision de l'assemblée délibérante qui autorise la poursuite de l'exécution des prestations et, éventuellement la dépense supplémentaire à prévoir au budget
 - Pas de Commission d'Appel d'Offres
- **CARACTERISTIQUES**
 - Fait apparaître le nouveau montant prévisionnel du marché qui est le montant limité jusqu'auquel les prestations peuvent être poursuivies (cf. article 15-4 CCAG Travaux)
- **CONTRAINTES**
 - Elle ne peut intervenir que dans le cas d'une augmentation de volume des prestations à réaliser, prévues au marché initial.
 - Elle ne concerne donc que la poursuite de l'exécution de prestations figurant très précisément dans le marché.
 - Elle doit être transmise au contrôle de légalité.
 - Les prestations qui feront l'objet de cette décision de poursuivre ne peuvent en aucun cas être différents des prestations prévues au marché initial et doivent correspondre au bordereau des prix initiaux.
 - Elle ne peut donc pas introduire de prestations nouvelles ou différentes de celles du marché initial, et encore moins de prix nouveaux.

BONNES PRATIQUES

Procédure de passation d'un avenant

L'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 dispose : " Tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 p. 100 est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis. "

Pourquoi ?

L'avenant n'est pas une modalité normale de gestion d'un contrat.

Il convient donc de s'assurer notamment du respect de la mise en compétition initiale, c'est le rôle de la Commission d'appel d'offres.

Contenu de l'avis de la Commission d'Appel d'Offres

L'avis de la Commission d'Appel d'Offres ne lie pas l'assemblée délibérante.

Absence de règles fixes

L'appréciation de la validité des avenants doit s'effectuer au cas par cas en fonction des circonstances de fait propre à chaque espèce.

Transmission au contrôle de légalité

Les avenants sont transmis au contrôle de légalité.

Notification

La notification de l'avenant suit le même processus que la notification des marchés formalisés.

La notification est faite au titulaire après retour du contrôle de légalité.

LES PIEGES A EVITER

- Faire exécuter des prestations modificatives du marché, sans que les prix nouveaux ou provisoires n'aient été arrêtés ;
- Autoriser verbalement le titulaire à exécuter les prestations complémentaires en l'absence de la notification d'une décision ou d'un avenant ;
- Prolonger des délais d'exécution en dehors de l'hypothèse de l'avenant ou de la décision de poursuivre ;
- Utiliser les prix du marché pour rémunérer des prestations pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix ;
- Utiliser les avenants ou les décisions de poursuivre pour pallier les insuffisances des études ;
- Augmenter la masse du marché de manière substantielle (Selon le manuel d'application du Code et la jurisprudence, il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 à 20 % ou plus du prix du marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat) ;
- Ne pas anticiper l'augmentation du volume et le prolongement de la durée du marché : les avenants de régularisation ne sauraient en effet être admis que pour régler une situation à venir ;