

Les avenants : au cœur de l'exécution des marchés publics !

L'avenant ne peut en aucun cas constituer un mode de gestion du marché. Pourtant, dans la pratique les choses sont moins simples, l'avenant étant encore malheureusement perçu comme une « solution magique ». En effet, il est souvent perçu comme le moyen de pallier les insuffisances tenant à la définition préalable des besoins ou de régler après coup des prestations déjà réalisées.

Les entreprises aussi sont de la partie et poussent à la production d'avenants.

Avec sa proposition de loi déposée le 24 juin à l'Assemblée nationale, le député Guy Teissier souhaite encadrer le régime des avenants. Avant de l'aborder, un rappel de la réglementation applicable et des différentes modifications intervenues s'impose.

Qu'est-ce qu'un avenant ?

Théoriquement, l'avenant est un acte qui permet de modifier le marché initial si l'économie générale du contrat initial ne s'en trouve pas bouleversée ou en cas de sujétions techniques imprévues (CMP, art. 20). Les sujétions techniques imprévues correspondent à des contraintes matérielles qui se révèlent en cours de chantier et qui étaient imprévisibles (CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445). Par conséquent, en dehors de ces situations relativement rares et étroitement contrôlées par le juge, l'avenant ne peut bouleverser économiquement le marché. Cela se traduit par une règle non écrite qui situe à environ 15 % l'augmentation tolérée du montant total du marché.

Par ailleurs, l'avenant permet de gérer les changements juridiques qui peuvent affecter le pouvoir adjudicateur ou le titulaire du marché. Ces changements, entérinés par avenant, peuvent alors conduire à une cession du marché.

La soumission des marchés à prix unitaires à la règle de l'avenant

Le Code des marchés publics de 2006 a modifié le régime de l'avenant et consacré une incongruité juridique. L'article 118 indique en effet que « la poursuite des prestations est subordonnée que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires à la conclusion d'un avenant ». Or, lorsque le marché est à prix unitaires, il est réglé en fonction des quantités réellement exécutées sur la base des prix prédéfinis. Le montant estimé du marché n'étant pas d'ordre contractuel, celui-ci ne nécessite normalement pas d'avenant en cas de dépassement. Néanmoins, le contrôle de légalité et, depuis 2006, le Code des marchés publics exigent la passation d'avenants. À noter que dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque le montant des prestations exécutées est inférieur au montant estimé du marché, il n'est pas exigé de signer un avenant en diminution.

Les avenants aux MAPA dispensés de passage en CAO

L'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 dispose que : « Tout projet d'avenant à un marché de travaux,

de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % 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 ». Cependant, depuis l'article 19 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, « ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés qui, conformément aux dispositions du Code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis » (L. n° 95-127 du 8 février 1995, art. 8).

En conséquence, les avenants des marchés à procédure adaptée (MAPA), pour lesquels la commission d'appel d'offres (CAO) n'a pas été consultée, ne sont pas soumis, quel que soit leur montant, à l'avis de la CAO.

L'avenant ne doit pas bouleverser rétrospectivement l'égalité des candidats

La Cour de justice des Communautés européennes a précisé, par un arrêt du 19 juin 2008 (CJCE, 19 juin 2008, Presstetex Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06), que la modification d'un marché public en cours de validité est considérée comme substantielle et ne peut donner lieu à un avenant :

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (point 35) ;
- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus (point 36) ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial (point 37).

Vers la légalisation d'un seuil de 20 % ?

La proposition de loi de Guy Tessier, en date du 24 juin 2010, prévoit d'ajouter un article 8.1 à la loi du 8 février 1995, ainsi rédigé : « Hors le cas de sujétions imprévues ne résultant pas du fait des parties ou de dépassement du coût initial du marché imputable au pouvoir adjudicateur, si le coût global du ou des avenants conclus excède 20 % de la valeur de l'offre présentée lors de la passation du marché d'un montant immédiatement supérieur à celle du titulaire, celui-ci prend à sa charge la différence entre la valeur de cette offre et le montant initial du marché attribué ». Mis à part les points discutables de cette proposition de loi, dont l'objectif affiché est de lutter contre les offres prédatrices d'entreprises qui se rattrapent, par la suite, par le jeu des avenants, l'apport essentiel de cette disposition serait la légalisation d'un seuil officiel de 20 %. Un avenant ne bouleverserait plus l'économie générale d'un marché dans la mesure où il n'augmenterait pas le montant des prestations initiales de plus de 20 %. Cependant, la pertinence de cette proposition peut être discutée : si, jusqu'à présent, nous avons une règle non écrite de 15 %, c'est bien pour éviter le remplacement de la notion de « bouleversement économique du marché », assez souple, par un seuil chiffré...

Sources :

- CMP, art. 20 et 118
- Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public
- **CJCE, 19 juin 2008, Presstetex Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06**
- **CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445**