

## **2.4 : Les « avenants » au contrat (désignés « modifications » depuis le décret en date du 25 mars 2016)**

En principe, toute modification substantielle du marché public est interdite.

Le décret en date du 25 mars 2016 liste, 6 hypothèses précises où il est possible de déroger à ce principe (article 139).

**Attention**, la modification ne doit jamais atteindre à la nature globale du contrat.

Les 6 hypothèses de modification du marché :

### **1er- La clause de réexamen**

Une « clause de réexamen » peut être prévue dans le contrat initial et ce quel que soit le montant des modifications prévues au contrat. Elle peut porter sur la variation du prix et/ou des options.

La modification ne doit pas porter atteinte à la nature globale du contrat.

**Attention** : une telle clause doit être particulièrement précise, claire et sans équivoque (il s'agit de prévoir les cas et les conditions de sa mise en œuvre, le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables et les conditions pour en faire usage).

### **2ème- La nécessité de prestations supplémentaires**

Si des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont nécessaires et ne figurent pas dans le marché public initial, il est possible de modifier le contrat. Leur montant n'est pas limité.

Il s'agit de respecter 2 conditions :

- le changement de titulaire doit être 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
- le changement de titulaire présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.

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

### **3ème-La survenance de circonstances imprévisibles pour un acheteur diligent**

**Attention** : il n'existe pas encore de définition jurisprudentielle d' « acheteur diligent » et de « circonstances exceptionnelles ».

Si le marché a été conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché public initial. Il faudra cependant être extrêmement vigilant sur la rédaction du contrat, pour être en mesure le cas échéant de démontrer que l'acheteur a été « diligent ».

**Le recours à cette hypothèse est donc extrêmement risqué.**

#### **4ème-Le changement de cocontractant**

Hypothèse où un nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public.

Des cas limitativement énumérés permettent un changement au contrat :

-si une **clause de réexamen** le prévoit, la substitution est possible seulement si la clause a prévu les hypothèses de substitution de cocontractant, au-delà de la cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration.

-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 qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial.

#### **5ème-Des modifications inférieures à certains seuils**

Cela implique de fixer des seuils en dessous desquels la modification mineure est admise.

Le montant de la modification doit être inférieur aux seuils européens. Le montant de la modification est limité à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures et à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux.

Ces pourcentages s'apprécient le cas échéant après application de la clause de variation des prix. **Attention**, si plusieurs modifications successives sont effectuées, leur montant cumulé doit être pris en compte.

#### **6ème-Les modifications non substantielles**

**Si la modification n'est pas substantielle** il est possible de modifier le marché quel qu'en soit le montant. On parle de modification substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public.

Le décret précise les modifications qui sont considérées **comme substantielles** :

-introduction de condition 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.

-modification de l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial.

-modification considérable de l'objet du marché public.

-modification qui a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues pour le changement de cocontractant.

#### **La procédure à suivre dans le cadre d'une modification du marché :**

Tout projet à un marché d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local qui entraîne une **augmentation du montant global du marché supérieure à 5 %** doit être soumis à la CAO lorsque le marché initial a été lui-même soumis à la CAO.

2

Si l'assemblée délibérante est tenue de statuer, elle doit être informée préalablement de cet avis.

Si le marché a été passé en procédure formalisée et que la modification concerne les prestations supplémentaires ou des circonstances imprévues, l'acheteur public doit publier un avis de modification au JOUE.