



PRÉFET DE LA VIENNE

Préfecture
Secrétariat Général
DIRECTION DES RELATIONS AVEC
LES COLLECTIVITES LOCALES
Bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité
Dossier suivi par : PM RIBREAU
Téléphone : 05 49 55 71 52
Télécopie : 05 49 52 22 21
courriel : pierre-marie.ribreau@vienne.gouv.fr

Le Préfet de la Région Poitou-Charentes,
Préfet de la Vienne

à

Madame la Présidente du Conseil Régional,
Monsieur le Président du Conseil Général,
Mesdames et Messieurs les Maires du
Département de la Vienne,
Mesdames et Messieurs les Présidents
des Etablissements Publics de Coopération
Intercommunale, Communaux et
Départementaux

En communication à MM les Sous-Préfets de
CHATELLERAULT et MONTMORILLON

Poitiers, le 12 mai 2010

OBJET : Rappel des conditions d'utilisation de l'avenant et du marché complémentaire en vertu des dispositions du code des marchés publics – Rappel des règles de transmission.

Dans le cadre du contrôle de légalité des marchés publics, de nombreux avenants sont transmis par les collectivités locales. L'examen de ces documents fait apparaître de nombreuses erreurs liées à une méconnaissance fréquente des règles et conditions d'utilisation de cette procédure.

1) Définition et conditions d'utilisation de l'avenant

L'article 20 du code des marchés publics prévoit que, « **en cas de sujétion technique imprévue ne résultant pas du fait des parties** », c'est-à-dire en cas d'événement imprévisible ayant un caractère impérieux (tempête, éboulement... et catastrophes naturelles ou technologiques d'une manière générale), **une décision de poursuivre, sous forme d'avenant, peut être prise sans condition de montant**. Cet événement imprévisible doit être impossible à prévoir, notamment lors de la réalisation de l'évaluation préalable prévue à l'article 5 du code des marchés publics. Celle-ci doit intervenir obligatoirement avant tout appel d'offre ou toute négociation dans le but de déterminer précisément l'étendue des besoins.

L'avenant ne doit en aucun cas être utilisé pour pallier une évaluation préalable erronée ou défaillante. Seuls de petits ajustements sont tolérés, mais à la condition de ne pas bouleverser l'économie du marché et de ne pas modifier son objet. Il est donc absolument nécessaire d'apporter une grande attention à la qualité de cette évaluation avant tout lancement de procédure.

Un avenant ne peut pas non plus régulariser a posteriori des prestations déjà effectuées mais non prévues lors de la réalisation de l'évaluation préalable. Ce dernier est alors illégal et susceptible d'être annulé par le juge administratif.

Au-delà de 10 à 15 % d'augmentation du marché initial engendrée par un ou plusieurs avenants, **la jurisprudence considère qu'il y a bouleversement de l'économie du marché**. De fait, sous-estimer au départ la valeur d'un lot peut être un moyen d'écarter des prestataires pour lesquels de faibles quantités entraîneraient des frais (coûts de transport, achats de matériels adaptés à la prestation...) trop importants par rapport aux paiements qui seront perçus alors qu'il en serait autrement sur de plus gros volumes. Autoriser la prise d'avenants pour des montants supérieurs à 10 – 15 % du montant initial du marché permettrait de facto le recours à ces pratiques. En cas d'avenants successifs, ce seuil de 10 à 15 % doit être estimé en fonction du cumul des sommes engendrées par ces derniers par rapport au montant initial du marché.

De même, il peut y avoir changement de l'objet du marché dès lors que les prestations supplémentaires, objet de l'avenant, tendent à la réalisation d'un nouvel ouvrage et/ou n'entrent pas dans l'objet du marché initial. Le fait de rajouter par exemple, des travaux de réparation de chaussée et de trottoir dans un marché d'assainissement engendre un changement de l'objet. La substitution d'un matériau à un autre dans le cadre d'un marché de travaux par exemple peut également changer son objet et bouleverser son économie en réduisant ou en augmentant les coûts prévus initialement.

Par ailleurs, **en cas d'avenant engendrant une augmentation supérieure à 5 % du montant du marché initial, la saisine de la commission d'appel d'offre s'impose**. Toutefois, lorsque le marché initial a été passé selon une procédure adaptée, cette saisine n'est pas requise puisque le marché initial n'y a pas été astreint.

2) Les marchés complémentaires

Dans certaines conditions prévues à l'article 35 (II-4 et 5), ce seuil de 10 à 15 % peut être dépassé grâce à l'utilisation de la procédure du marché complémentaire négocié sans publicité préalable ni mise en concurrence.

Son utilisation est possible pour « les marchés complémentaires de services ou de travaux (cf art 35-II-5) qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires à la suite de circonstances imprévues, 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 ». Toutefois, il faut que ces services ou travaux complémentaires :

- ne puissent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur,
- soient séparables de l'exécution du marché initial mais strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Il faut remarquer toutefois que la notion de « sujétion technique imprévue », qui contraint les possibilités d'utilisation de l'avenant, s'applique également ici. Le marché complémentaire ne peut, pas plus que l'avenant, être utilisé pour pallier une évaluation préalable erronée.

Le marché complémentaire sans publicité préalable ni mise en concurrence peut aussi être utilisé dans le cadre des marchés de fourniture pour :

- « le renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant »,
- « l'extension d'installations existantes lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées ».

« La durée de ces marchés de fournitures ne peut alors excéder trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils fixés au II de l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union Européenne » (cf art 35-II-4).

Enfin, le montant maximum du marché complémentaire, ou du cumul des différents marchés complémentaires, ne peut dépasser 50 % du montant du marché initial.

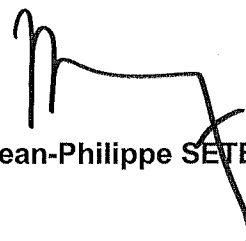
Il est donc à noter que le recours à cette procédure est étroitement encadré et ne peut donc répondre dans tous les cas aux différents besoins qui pourraient se présenter en cours d'exécution de marché. Dans les cas qui ne rentrent pas dans l'une de ces catégories, il est obligatoire d'utiliser une procédure appropriée au montant et au type de marché (services, fournitures, travaux), c'est-à-dire une procédure adaptée ou formalisée si ce dernier dépasse les seuils de l'article 26. Cela implique dès lors le recours à de nouvelles opérations de publicité et une nouvelle mise en concurrence des différents candidats.

3) Transmission des marchés au représentant de l'Etat

Je vous rappelle que **la transmission des marchés au service du contrôle de la légalité n'est obligatoire que pour les marchés supérieurs aux seuils mentionnés dans l'article 26** du code des marchés publics, c'est-à-dire 193 000 € HT pour les marchés de services et fournitures, mais aussi de travaux. Pour les entités adjudicatrices, le seuil de transmission est de 387 000 € HT. Sous ce seuil, les avenants et marchés complémentaires ne sont transmissibles que dans la mesure où le marché initial y était soumis.

Enfin, l'article 81 du code des marchés publics prévoit que « **les marchés doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution** ». Toutefois, ceux-ci doivent être notifiés au titulaire « **après transmission au Préfet** des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle » (cf article 82). Le marché ne peut donc, en principe, être exécuté avant d'avoir été notifié à son titulaire et il ne doit être notifié au titulaire que postérieurement à la transmission au contrôle de légalité.

Pour le Préfet et par délégation,
Le Secrétaire Général,



Jean-Philippe SETBON