

MODIFICATIONS DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

GUIDE À L'ATTENTION
DES ACHETEURS ET
DES ENTREPRISES

JANVIER 2021



PRÉAMBULE

Pour nombre d'acheteurs publics et d'entreprises, les dispositions concernant les modifications des marchés publics et contrats de concession en cours d'exécution sont parfois complexes à appréhender. Héritières des avenants, elles peuvent être source d'incompréhensions et elles continuent trop souvent de susciter des interrogations. Surtout, acheteurs et entreprises n'en exploitent pas encore tout le potentiel.

Le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et l'Association des Acheteurs Publics (AAP) se sont donc réunis pour élaborer ce guide avec un objectif : offrir aux acheteurs publics et aux entreprises, quels que soient leur taille ou leur secteur, une lecture partagée, la plus claire et la plus opérationnelle possible, du droit en matière de modification des contrats en cours d'exécution.

Pour que le guide s'adapte au mieux à la diversité des contrats publics, les représentants de nombreux secteurs ont participé à cette initiative : les services d'ingénierie en travaux publics, les Travaux Publics et le bâtiment, les industries du numérique, les entreprises concessionnaires de différents secteurs...

De même, une diversité d'acheteurs a contribué au guide pour lui permettre de répondre à l'ensemble des profils d'acheteurs : quels que soient le type et la taille de son organisation ou la nature de service, de fourniture, de travaux ou de concession qu'il a à gérer.

Nous espérons que ce guide vous sera utile et vous souhaitons une pratique sereine des marchés publics.

Gilles de Bagneux,
*président du Comité
Commande Publique du MEDEF*

Alain Bénard,
président de l'AAP

Christophe Merienne,
*président du groupe de travail Modification
du MEDEF*

QU'EST-CE QU'UNE MODIFICATION EN COURS DE CONTRAT ?

Le régime juridique de la modification des marchés publics et contrats de concessions peut, désormais, se définir comme étant une adaptation du marché ou contrat en cours d'exécution qui ne doit pas changer sa nature globale, les hypothèses de modification ayant été fixées par les directives européennes.

Si les nouvelles dispositions introduites par les directives dans le code de la commande publique ne font plus référence aux notions d'avenant et de décision de poursuivre, les parties à un contrat seront dans un certain nombre de cas incitées à conclure un avenant qui matérialisera leur engagement à procéder aux modifications en cours d'exécution sauf dans le cas où celles-ci auraient été prévues dans le contrat initial par une clause de réexamen.

Dans cette dernière hypothèse, la mise en œuvre de ces modifications sera subordonnée à la seule décision de l'acheteur (ordre de service, courrier ou décision de poursuivre...), sauf cas particuliers.

Il peut être judicieux pour l'acheteur de se rapprocher de l'entreprise préalablement à l'application de la clause de réexamen afin de l'informer de la teneur de sa décision.

La modification recouvre donc désormais des hypothèses plus larges impliquant l'application de dispositions précises quel que soit le dispositif retenu pour y procéder.

Si aucun des cas de modification prévu ne s'applique à la situation, l'acheteur peut décider de ne pas poursuivre l'exécution du marché ou du contrat. Il est autorisé à le résilier lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions applicables (Art L.2195-6 pour les marchés publics et L.3136-6 pour les concessions). Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation (L6, 5^e alinéa du CCP).

À noter : pour les marchés publics et les contrats de concession, le régime des modifications prévu par le code de la commande publique s'applique quel que soit le régime en vigueur au moment de sa passation.

SOMMAIRE

FICHE DES PROBLÉMATIQUES COMMUNES À L'ENSEMBLE DES CAS DE MODIFICATION	7
1. CONSENTEMENT DES PARTIES, CONTRÔLE DE LÉGALITÉ, COMMISSION D'APPEL D'OFFRES ET COMMISSION DE DSP POUR LES ACHETEURS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, DE LEURS GROUPEMENTS ET DES EPCI	11
2. OPEN DATA (DONNÉES ESSENTIELLES)	16
LOGIGRAMME : PANORAMA DES CAS DE MODIFICATIONS POSSIBLES	18
FICHE 1 : MODIFICATIONS PRÉVUES DANS LES CLAUSES DU CONTRAT INITIAL	19
FICHE 2 : TRAVAUX, FOURNITURES OU SERVICES SUPPLÉMENTAIRES DEVENUS NÉCESSAIRES	26
FICHE 3 : CIRCONSTANCES IMPRÉVUES ET CIRCONSTANCES QU'UN ACHETEUR DILIGENT NE POUVAIT PAS PRÉVOIR	31
FICHE 4 : UN NOUVEAU TITULAIRE SE SUBSTITUE AU TITULAIRE INITIAL DU MARCHÉ OU DU CONTRAT DE CONCESSION	35
FICHE 5 : MODIFICATIONS NON SUBSTANTIELLES	38
FICHE 6 : MODIFICATIONS DE FAIBLE MONTANT	42
ANNEXES	45
REMERCIEMENTS	49

SE REPÉRER SUR CHAQUE FICHE

Pour une lecture facilitée, une approche volontairement synthétique a été privilégiée : pour chaque type de modification, une fiche est proposée. Lorsque cela est pertinent, les mêmes questions sont posées. Elles sont identifiables à leurs pictogrammes.



De quoi parle-t-on ?



Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?



Qui peut faire jouer la modification ?



Quand ?



Comment ?



Exemples de mise en œuvre¹



Recommandations de bonnes pratiques

1. Les exemples de mise en œuvre et de clauses sont donnés à titre indicatif. Ils doivent être adaptés à chaque marché.

FICHE DES PROBLÉMATIQUES COMMUNES À L'ENSEMBLE DES CAS DE MODIFICATION

MARCHÉS PUBLICS

Article L.2194-1 du Code de la Commande publique

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

1. les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
2. des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
3. les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
4. un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
5. les modifications ne sont pas substantielles ;
6. les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

CONCESSIONS

Article L.3135-1 du Code de la Commande publique

Un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État, lorsque :

1. les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
2. des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
3. les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
4. un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession ;
5. les modifications ne sont pas substantielles ;
6. les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession.

De quoi parle-t-on ?

Le code de la commande publique distingue **six cas de modification** possibles sans une nouvelle mise en concurrence :

Modifications possibles « par principe » :

- si des clauses de réexamen ont été prévues dans les pièces du marché initial. Elles indiquent le champ d'application et la nature des modifications en cause ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Ces clauses de réexamen peuvent être mises en œuvre sans limite de montant.
- si la modification est de faible montant :
 - › < aux seuils européens,
 - › et :
 - < à 10 % du montant initial du marché pour les marchés publics hors marchés de travaux ou à 15 % du montant pour les marchés de travaux (prise en compte de la variation des prix et du montant cumulé en cas de modifications successives),
 - ou < à 10 % du montant du contrat initial (article R. 3135-8 du CCP) pour les concessions,
 - › et n'a pas pour effet de changer la nature globale du marché.

Modifications appréciées au cas par cas dans quatre hypothèses :

- **des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires** et ne figuraient pas dans le marché initial à la condition qu'un changement de contractant soit impossible pour des raisons économiques ou techniques.
- **des circonstances imprévues : la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.**
- **une substitution d'un nouveau titulaire :**
 - › en application d'une clause de réexamen ou d'option, ou
 - › dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial. 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 ;
- **des modifications non substantielles peu importe leur montant** (*la nature globale du marché n'est pas changée*).

Un cas particulier :

- en cas de modification du programme, un avenant au marché de maîtrise d'œuvre doit être conclu. En effet, le code de la commande publique, prévoit les dispositions suivantes :

› article L2432-2

En cas de modification du programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage, le marché public de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'une modification conventionnelle conformément aux dispositions du chapitre IV du titre IX du livre 1er. Cette modification arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les modalités de son engagement sur ce coût prévisionnel.

Il convient de préciser que l'avenant qui entérine la modification du programme reste soumis aux conditions de modification des marchés susvisées.

Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?

Sont concernés :

- les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée (appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, dialogue compétitif et procédure avec négociation) ;
- les marchés passés selon une procédure adaptée
- les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence

Sont concernés tous les types d'achats (fournitures, services et travaux) y compris les achats effectués dans le cadre des marchés de défense et sécurité.

- les contrats de concession

Qui peut la faire jouer ?

L'acheteur : lorsqu'il apporte unilatéralement une modification, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat.

Ou le maître d'œuvre après autorisation du maître d'ouvrage (ordre de service).

L'opérateur économique peut avoir intérêt à signaler la nécessité d'une modification du contrat en cas de prestations supplémentaires ou modificatives liées à de nouvelles demandes de l'acheteur ou pouvant résulter de circonstances extérieures aux parties.

Quand ?

Jamais avant le début d'exécution du contrat.

Toujours avant l'exécution des prestations objets de la modification.

Jamais après la notification du décompte général pour les marchés de travaux.

Comment ?

La modification du marché ou contrat peut faire l'objet soit d'un acte modificatif du marché ou contrat, soit d'une décision unilatérale de l'acheteur.

En cas de décision unilatérale de l'acheteur, celle-ci peut prendre différentes formes :

- courrier (LRAR) adressé au titulaire ou notifié sur la plateforme de dématérialisation de l'acheteur (si prévu au contrat) ;
- courrier (LRAR) adressé au titulaire en vue de la levée d'une option dans les contrats de concession ;
- ordre de service de l'acheteur ou du maître d'œuvre, le cas échéant après autorisation du maître d'ouvrage (selon le CCAG applicable), pour par exemple notifier un nouveau bordereau de prix unitaire ou de prix nouveaux ;
- décision de poursuivre : la décision de poursuivre est un acte unilatéral du pouvoir adjudicateur qui a pour objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant contractuel initialement prévu ;
- décision d'affermissement des tranches optionnelles ;
- décision portant modification unilatérale du marché.

Pour les contrats de concessions, la modification peut faire l'objet soit d'un acte modificatif du contrat (avenant), soit d'une décision unilatérale de l'acheteur.

Les acheteurs doivent systématiquement viser les dispositions applicables sur lesquelles ils fondent la modification du marché ou du contrat de concession. Ils doivent également et impérativement motiver le recours audit article du code.

1. CONSENTEMENT DES PARTIES, CONTRÔLE DE LÉGALITÉ, COMMISSION D'APPEL D'OFFRES ET COMMISSION DE DSP POUR LES ACHETEURS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, DE LEURS GROUPEMENTS ET DES EPCI

MARCHÉS PUBLICS

Article L. 1414-4 du Code général des collectivités territoriales

« Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure 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. »

CONCESSIONS

Article L. 1411-6 du Code général des collectivités territoriales

« Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission visée à l'article L. 1411-5. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis. »

De quoi parle-t-on ?

1. OBLIGATION DE SOLLICITER L'AVIS D'UNE COMMISSION (COMMISSION D'APPEL D'OFFRES OU COMMISSION DSP)

Pour les marchés publics

Pour les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements, l'avis de la commission d'appel d'offres (CAO) n'est formellement obligatoire que pour les avenants aux marchés formalisés.

La CAO n'a pas à être consultée en cas de décision unilatérale de modification du marché public initial. De même, l'avis de la CAO n'est pas nécessaire lors de la mise en œuvre d'une clause de variation des prix (**DAJ de Bercy, Fiche technique « L'intervention de la Commission d'appel d'offres » du 20 août 2020**).

Le pourcentage de 5 % s'apprécie sur la base de l'évolution du montant du contrat par rapport au montant initial. En cas de pluralité d'avenants passés successivement, l'avis de la commission et, le cas échéant, la décision de l'assemblée délibérante doivent être recueillis pour tout avenant qui, pris individuellement est inférieur à 5 % du montant initial du contrat, mais dont le cumul avec le ou les avenant(s) précédent(s) a pour effet de majorer le montant initial de plus de 5 %.

Pour les Marchés à procédure adaptée (MAPA) qui n'ont pas été soumis pour avis à la CAO, celle-ci n'a pas à être non plus sollicitée pour les avenants supérieurs à 5 % du montant initial du marché, sauf si les règles internes de la collectivité l'imposent.

À noter : en fonction des règles internes de la collectivité, l'avenant ou la modification du marché devra être soumis à l'assemblée délibérante pour autorisation de signature.

Pour les concessions

Pour les concessions, l'avis de la commission visée à l'article L. 1411-5 du CGCT, c'est-à-dire l'avis de la commission de DSP doit être sollicité.

Bien que le CGCT n'évoque que les contrats de concession, il est conseillé de soumettre à l'approbation de l'assemblée délibérante tous les avenants ou modifications supérieurs à 5 %.

2. L'OBLIGATION DE TRANSMISSION AU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

MARCHÉS PUBLICS

Article R. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales

« Les modifications des marchés publics sont transmises au préfet ou au sous-préfet accompagnées, le cas échéant, des délibérations qui les autorisent. »

CONCESSIONS

Article L. 1411-9 du Code général des collectivités territoriales

« L'autorité territoriale transmet au représentant de l'État dans le département ou, le cas échéant, à son délégué dans l'arrondissement, ou au représentant de l'État dans la région, les délégations de service public des collectivités territoriales, en application des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du présent code. Elle joint l'ensemble des pièces dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État dans un délai de quinze jours à compter de la signature du contrat.

Elle certifie, par une mention apposée sur la convention notifiée au titulaire de la délégation, que celle-ci a bien été transmise, en précisant la date de cette transmission.

Elle informe, dans un délai de quinze jours, le représentant de l'État dans le département ou son délégué dans l'arrondissement de la date de notification de cette convention. »

Pour les marchés publics

L'obligation de transmission au contrôle de légalité s'impose pour tous les marchés des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements supérieurs à un seuil défini par le CGCT, indépendamment de la procédure utilisée (articles R. 2131-5 et D. 2131-5-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT)).

À titre indicatif, le seuil de transmission au contrôle de légalité est jusqu'au 31 décembre 2021 de 214000 € HT².

2. Seuil européen des marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales selon l'une des procédures formalisées au sens de l'article L.2124-1 du code de la commande publique. Ce seuil est modifié tous les deux ans.

Cette obligation s'applique également aux MAPA de travaux supérieurs à ce seuil et aux MAPA services sociaux et autres services spécifiques supérieurs à ce seuil.

Les modifications apportées aux marchés soumis au contrôle de légalité obéissent également aux obligations de transmission.

Le contrôle de légalité prévu par le CGCT impose la transmission au préfet, dans un délai de quinze jours à compter de leur signature, des marchés publics locaux afin de les rendre exécutoires.

Toutes les modifications des marchés qui étaient transmissibles au contrôle de légalité avant le 1^{er} avril 2016 doivent continuer à y être transmises. La modification est accompagnée, le cas échéant, de la délibération qui l'autorise.

À noter : suivant la nature des modifications de marchés pouvant intervenir, l'acheteur devra s'interroger sur celles devant faire l'objet d'une transmission au contrôle de légalité et en tout état de cause, les modifications ayant une certaine incidence.

L'administration centrale a ses propres modalités de contrôle interne. Les EPIC de l'État, soumis au CCP, ont des règles internes déterminées ou non par leur statut.

Pour les concessions

Les concessions de service public et délégations de Service public sont également soumises aux obligations de transmission au contrôle de légalité.

Les conventions de concessions et de délégations de service public sont quel que soit leur montant soumises à l'obligation de transmission au contrôle de légalité (Articles L.2131-2 et L. 1411-9 du CGCT).

De ce fait, les modifications apportées à ces contrats sont également transmissibles.



Comment ?

Les modifications et avenants sont à transmettre au contrôle de légalité accompagnés le cas échéant, des délibérations qui les autorisent.

Bonnes pratiques

Il appartiendra à l'acheteur de se conformer aux dispositions applicables en matière d'avis préalable de la CAO ou de la Commission de DSP.

En outre, les acheteurs doivent se conformer aux règles internes en vigueur dans leur collectivité.

2. OPEN DATA (DONNÉES ESSENTIELLES)

MARCHÉS PUBLICS

Article R.2196-1 du CCP

L'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes.

Ces données essentielles portent sur :

1. la procédure de passation du marché ;
2. le contenu du contrat ;
3. l'exécution du marché, notamment, lorsqu'il y a lieu, sur sa modification.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux marchés conclus en application de l'article R.2122-8 dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros hors taxes.

CONCESSIONS

Article R.3131-1 du CCP

L'autorité concédante offre sur son profil d'acheteur un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession.

Ces données essentielles portent sur :

1. la passation du contrat ;
 2. le contenu du contrat de concession ;
 3. l'exécution du contrat, notamment lorsqu'il y a lieu, sa modification.
-

De quoi parle-t-on ?

Il s'agit d'une obligation légale pesant sur l'acheteur.

Marchés publics

Cette exigence répond à plusieurs objectifs, notamment concourir à la bonne gestion des deniers publics, au pilotage des politiques d'achat et au développement économique des entreprises pour mieux répondre aux besoins des acheteurs publics, ou développer de nouveaux services pour le perfectionnement des politiques de la commande publique.

L'obligation de publier les données sur le profil acheteur concerne les marchés supérieurs à 40 000 € HT.

Toutefois, un système optionnel est prévu pour la publication des données essentielles concernant les marchés compris entre 25 000 € et 40 000 € HT :

- soit mise à disposition des données essentielles sur le profil d'acheteur ;
- soit la publication au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix, de la liste des petits marchés conclus l'année précédente. Cette liste mentionne l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal.

Les données concernant toutes les modifications (avenants, ordres de service, décisions unilatérales) doivent également être publiées.

L'acheteur doit publier, dans les 2 mois de la notification de la modification du marché public, les données concernées.

Contrats de concession

L'autorité concédante doit publier, avant la date de début d'exécution du contrat de concession, les données du contrat initial et, dans les deux mois à compter de la date de signature de la modification du contrat de concession, les données correspondantes.

Elle doit également publier annuellement à chaque date anniversaire du contrat les données relatives à l'exécution du contrat de concession.

Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?

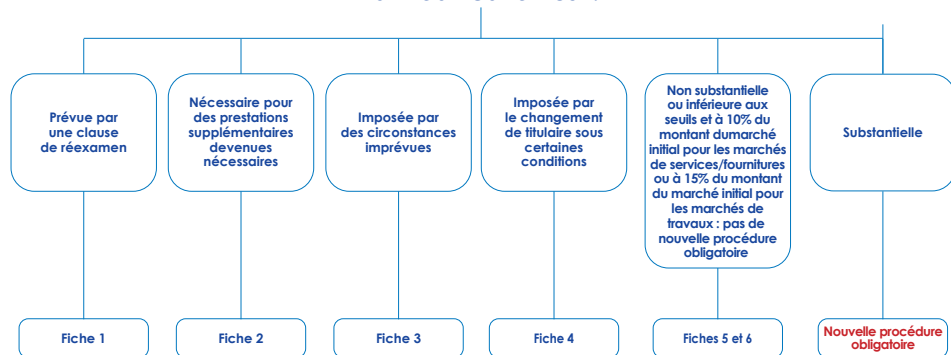
Tous les marchés supérieurs à 40 000 € HT sont concernés quelle que soit la procédure, un système plus souple pouvant être adopté pour les marchés compris entre 25 000 € et 40 000 € HT.

Sont concernés tous les contrats de concessions sans considération de montant. Les données initiales relatives au contrat de concession doivent être publiées avant le début d'exécution du contrat.

LOGIGRAMME : PANORAMA DES CAS DE MODIFICATIONS POSSIBLES

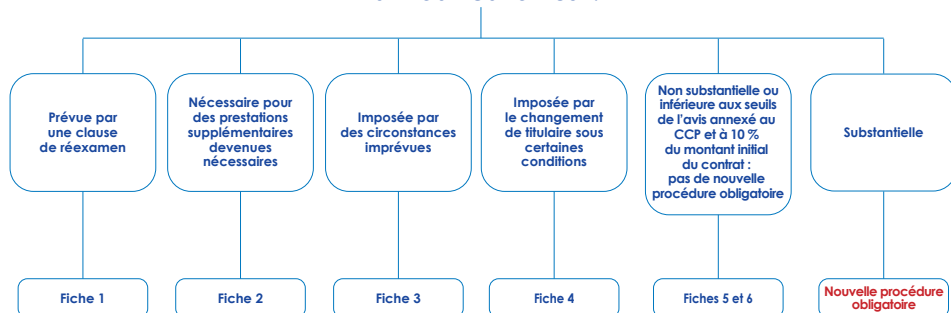
MODIFICATION DES MARCHÉS PUBLICS

La modification est :



MODIFICATION DES CONTRATS DE CONCESSION

La modification est :



FICHE 1 : MODIFICATIONS PRÉVUES DANS LES CLAUSES DU CONTRAT INITIAL

MARCHÉS PUBLICS

Article R.2194-1

Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que 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.

CONCESSIONS

Article R.3135-1

Le contrat de concession peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen 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.

De quoi parle-t-on ?

L'acheteur peut inclure dans le marché une clause de réexamen qui lui permet par la suite de mettre en œuvre la modification sans avoir à organiser une nouvelle mise en concurrence.

Il faut donc que le contrat intègre en amont les clauses qui permettent cette modification, ainsi que leurs conséquences, et ce, de manière claire et précise.

LA CLAUSE DE RÉEXAMEN PEUT PRENDRE DEUX FORMES :

1. la clause est rédigée de telle manière que la survenance d'un évènement précis entraîne une modification dont la teneur a été prévue dans le marché.

Exemple : clause de révision de prix dont la formule est déterminée dans le marché ou mise en œuvre d'une tranche optionnelle dont les conditions de déclenchement et les conséquences matérielles et financières ont été prévues.

L'acheteur peut mettre en œuvre cette clause de façon unilatérale, par courrier ou décision unilatérale, puisque la modification a été acceptée lors de la signature du marché.

Sont considérées comme étant des options claires, précises et sans équivoque, les clauses de variation du prix.

2. la clause de réexamen peut aussi s'apparenter à une « clause de rendez-vous », la survenance d'un évènement précis qui conduira l'acheteur et l'entreprise à renégocier les termes du contrat. Le marché devra prévoir les modalités de mise en œuvre de cette négociation. L'accord de volonté des parties sera concrétisé par un avenant.

Dans les deux cas, la clause doit avoir été stipulée au sein du marché initial et ne peut donc être incorporée au contrat par voie d'avenant.

La clause peut, par exemple, porter sur un changement de référence dans le BPU. À la signature du contrat, il est possible de déterminer quel évènement nécessitera une modification du bordereau, notamment en cas d'évolutions technologiques sur du matériel informatique ou d'ajout en cours d'exécution de nouveaux sites pour des marchés de nettoyage ou de maintenance, dans des conditions préétablies.

La clause de réexamen peut donc être utilisée dans des accords-cadres, par exemple pour mettre en place des évolutions technologiques des fournitures objets de l'accord-cadre. Elle suppose que l'acheteur ait prévu toutes les situations susceptibles d'entraîner ce type de modification. Cet exercice peut être difficile à réaliser et il existera toujours des situations non couvertes par les clauses contractuelles.

Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?

Sont concernés :

- les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée (appel d'offre ouvert, appel d'offre restreint, dialogue compétitif et procédure avec négociation) ;
- les marchés passés selon une procédure adaptée ;
- les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence qui peuvent également faire l'objet de modifications en cours d'exécution.

Sont concernés tous les types d'achats (fournitures, services et travaux) y compris les achats dans le cadre des marchés de défense et sécurité.

Dans le cas particulier de la maîtrise d'œuvre, l'application de la clause de réexamen passe par la voie de l'avenant (article L.2432-2) :

- les contrats de concession.

Qui peut la faire jouer ?

L'acheteur peut mettre en œuvre cette clause de façon unilatérale, par courrier ou décision unilatérale, puisque la modification a été acceptée lors de la signature du marché.

Dans certains cas, la passation d'un avenant sera nécessaire pour s'assurer du consentement des parties ou obligatoire (ex : fixation de la rémunération définitive de maîtrise d'œuvre).

Quand est-elle mise en œuvre ?

Au moment déterminé par le contrat.

Comment ?

Selon la rédaction de la clause, elle est appliquée par l'acheteur qui en informe l'entreprise, ou son application nécessite des modalités d'application soit par avenant, soit par décision unilatérale de l'acheteur.



Exemples de mise en œuvre :

Marchés publics

- **Clauses générales** : les CCAG comportent également des clauses de réexamen, notamment pour le règlement du prix des prestations supplémentaires ou modificatives (article 14 du CCAG Travaux).

Clauses particulières

- **Clauses ne nécessitant pas un avenant** : variations de prix, affermissement d'une tranche optionnelle, modification éventuelle du BPU en cas de changement, de disparition d'une référence de produit ou d'ajout d'un prix ou d'un nouveau produit...
- **Clauses nécessitant un avenant** : détermination du forfait définitif de rémunération du maître d'œuvre, cas où il a été prévu au marché qu'une renégociation puisse être menée en cours de contrat, en termes de prix mais aussi en termes de « rupture technologique ». Si l'on prend l'exemple d'achat de tablettes numériques pour l'enseignement, de nouvelles technologies plus performantes peuvent apparaître, ainsi que des possibilités de baisse de prix à produit constant. Autrement dit, des conditions plus favorables peuvent apparaître, dont l'acheteur public ne pourra bénéficier que si le contrat peut être renégocié.

Contrats de concession

- **Clauses ne nécessitant pas un avenant** : levée d'une option clairement définie et chiffrée au contrat initial, application d'un prix unitaire prévu au contrat selon le volume de services complémentaires.
- **Clauses nécessitant un avenant** : modification du périmètre des services délégués (exemple : extension du périmètre des transports urbains d'une Autorité organisatrice de la mobilité), introduction d'un nouveau mode (exemple : véhicules électriques).



Bonnes pratiques

Acheteur : s'interroger sur l'intérêt d'une clause de réexamen et adopter une rédaction claire et précise.

Entreprise : être vigilante à la clause de réexamen pour en tenir compte dans son prix.

Exemple de Clauses, si disponibles (sources : code de la commande publique, fiches DAJ, AAP)

MARCHÉ DE SERVICES	MARCHÉ DE TRAVAUX	MARCHÉ DE FOURNITURES	CONCESSIONS
Clause de rémunération du maître d'œuvre.	Clause d'augmentation du montant des travaux (5 % en prix forfaitaire, 25 % en prix unitaire) si la procédure est respectée. Au-delà de ces seuils, une décision de poursuivre conditionnera le règlement des travaux supplémentaires (Article 15 du CCAG-Travaux).	Clause d'ajout de nouvelles prestations dans le BPU d'un marché de fournitures. Remplacement de matériel de climatisation.	Clause de rencontre et de réexamen pour un contrat de concession de service public de transports urbains de voyageurs.
Affermissement de tranches optionnelles.	Affermissement de tranches optionnelles.	Affermissement de tranches optionnelles.	Affermissement de tranches optionnelles
Possibilité de conclure un marché de services de prestations similaires sans mise publicité ni mise en concurrence si prévu au contrat initial → article R. 2122-7 et R2194-7 CCP.	Possibilité de conclure un marché de travaux de prestations similaires sans publicité ni mise en concurrence si prévu au contrat initial → article R. 2122-7 et R2194-7 CCP.	Possibilité de passer un marché complémentaire de fourniture sans publicité ni mise en concurrence → article R 2122-5 CCP.	
Clause de variation/indexation des prix.	Clause de variation/indexation des prix.	Clause de variation/indexation des prix.	Clause de variation/indexation des prix
Cf. R.2432-7 du Code de la Commande publique	Cf. R.2112-13 et R.2112-14 du code de la commande publique et CCAG Travaux		

Exemple de clause de réexamen pour un marché public : Clause d'ajout de nouvelles prestations dans le BPU d'un marché de fournitures et remplacement de matériel de climatisation

Conformément à l'article R.2194-1 du code de la commande publique, dans le cas d'un besoin nouveau en cours d'année résultant :

- d'une modification réglementaire ;
- de la nécessité, pour un bâtiment donné, de faire appel à des prestations ou des fournitures spécifiques ne figurant pas au bordereau des prix ;
- de l'obsolescence d'une référence et de la nécessité de son remplacement par une nouvelle ;
- d'une technologie innovante qui, à fonctionnalités équivalentes ou supérieures, permettrait, notamment, de réaliser des économies d'énergie, de réduire des émissions de solvants ou de gaz à effets de serre, de diminuer le coût global de possession etc.

L'acheteur détermine, par ordre de service simple, des prix nouveaux dans les conditions et limites cumulatives suivantes :

- prix en lien direct avec l'objet du marché ;
- prix intégrés à l'intérieur d'une famille du bordereau des prix ;
- prix ne dépassant pas le montant le plus élevé de la famille concernée, et, dans tous les cas, inférieur à 10000 €, ;
- le nombre d'items ajoutés au bordereau des prix dans les conditions précédentes ne devra pas dépasser 10 % du nombre total d'items sur la durée totale d'exécution du contrat (par exemple sur 1000 prix au BPU, 100 prix nouveaux pourront au maximum être ajoutés par OS) ;
- le recours aux mécanismes des prix nouveaux ne peut induire une augmentation, par période de reconduction, de plus de X % du montant (...).

Exemple de clause de rencontre et de réexamen pour un contrat de concession de service public de transports urbains de voyageurs

En cas d'évolution des conditions économiques et/ou techniques d'exécution de la présente convention, ou en cas d'événements extérieurs au Délégué, ayant une incidence significative sur les coûts ou les recettes, les parties conviennent de se rencontrer afin de revoir le dispositif contractuel notamment dans les cas suivants :

- modification des services supérieure ou inférieure à 3 % du kilométrage commercial annuel de référence dans les conditions définies à l'article X de la convention ou dans

le cas où les modifications à l'initiative de l'Autorité Délégante impliquent des recrutements de personnels ou des véhicules supplémentaires ;

- modifications législatives, réglementaires ou fiscales, des règles ou des normes applicables à la profession de transporteur public de voyageurs, ayant une incidence significative sur les coûts ou les recettes, notamment en matière de CICE, ou dès lors que ces modifications impacteraient l'assiette, le taux, ou les règles de calcul des impôts ou des taxes applicables ;
- modifications autres que mineures de la technologie du matériel roulant, autobus et tramway ;
- variation de la vitesse commerciale de la présente convention.

En cas de révision possible et d'accord susceptible d'intervenir sur tout ou partie des conditions financières à adapter, le cas échéant, les parties instruisent dans les meilleurs délais, la préparation et la mise au point d'un projet d'avenant à la présente convention permettant de traiter les conséquences du réexamen.

Exemple de clause de réexamen pour un marché public de travaux : Clause de modification dans la composition du Groupement Momentané d'Entreprises

Dans un accord-cadre mono-attributaire à bons de commande ayant pour objet la réalisation de puits, d'une partie de galeries depuis une descenderie : possibilité pour le contraignant spécialisé dans la réalisation des puits objet de la partie 1 du 1^{er} bon de commande de se retirer du groupement d'entreprises, une fois la réalisation des puits achevée, et sous réserve des garanties légales et contractuelles. Une clause de réexamen prévue au marché détermine les conditions de cette modification de la composition du groupement.

FICHE 2 : TRAVAUX, FOURNITURES OU SERVICES SUPPLÉMENTAIRES DEVENUS NÉCESSAIRES

MARCHÉS PUBLICS

Article L.2194-3

Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat.

Article R.2194-2

Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R.2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire 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 initial.

Article R.2194-3

Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R.2194-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article R.2194-4

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R.2194-2, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

CONCESSIONS

Article L.3135-2

Lorsque l'autorité concédante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le concessionnaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6.

Article R.3135-2 du Code de la Commande publique

Le contrat de concession peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R.3135-3, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la condition qu'un changement de concessionnaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale.

Article R.3135-3 du Code de la Commande publique

Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R.3135-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article R.3135-4 du Code de la Commande publique

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R.3135-2, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire, le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne.

De quoi parle-t-on ?

Les prestations devenues nécessaires qui ne figuraient pas dans le marché initial et pour lesquelles un changement de titulaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques. Il est nécessaire de prouver au cas par cas qu'un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques. La possibilité s'apprécie au regard des circonstances particulières de temps et de lieu. Il ne s'agit pas d'une impossibilité absolue.

L'acheteur doit pouvoir justifier qu'il est nécessaire de procéder par modification plutôt que de conclure un nouveau marché. Ce sera le cas lorsque le remplacement du titulaire présente des inconvénients techniques ou économiques pour l'acheteur justifiant de ne pas mettre en concurrence ces prestations.

Le titulaire dispose d'un savoir-faire, des outils et des moyens techniques qui sont nécessaires à la réalisation des prestations supplémentaires dans des conditions de prix offrant une juste valorisation des prestations.

Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?

Sont concernés :

- les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée (appel d'offre ouvert, appel d'offre restreint, dialogue compétitif et procédure avec négociation) ,
- les marchés passés selon une procédure adaptée ;
- le cas échéant, les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence?

Sont concernés tous les types d'achats (fournitures, services et travaux) y compris les achats dans le cadre des marchés de défense et sécurité :

- les contrats de concession.

Qui peut la faire jouer ?

L'acheteur.

Le titulaire peut proposer la prestation supplémentaire.

Quand est-elle mise en œuvre ?

Avant tout début d'exécution.

L'acheteur doit se rapprocher du titulaire pour déterminer avec lui les conditions de prix et de délais correspondant à cette nouvelle prestation. La prestation supplémentaire doit être valorisée.

Dans ce cas, l'acheteur doit contractualiser l'accord trouvé par un avenant signé des deux parties.



Comment ?

Par modification du contrat qui prendra le plus souvent la forme d'un avenant. Toutefois, une obligation de transparence est à respecter pour certains marchés et contrats de concession.

Dans un souci de transparence des procédures, l'acheteur, pour les marchés passés selon une procédure formalisée ou l'autorité concédante, pour les contrats de concession ne relevant pas de règles particulières en matière de passation³, doit publier un avis de modification du marché ou du contrat de concession au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

MARCHÉS PUBLICS

Article R.2194-10

Dans les cas prévus aux articles R.2194-2 et R.2194-5, lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R.2131-19 et R.2131-20, conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

CONCESSIONS

Article R.3135-10

Pour les contrats de concession ne relevant pas du chapitre VI du titre II du présent livre, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux articles R.3135-2 et R.3135-5.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R.3122-4 à R.3122-6, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011.

3. Une obligation pour les contrats de concession dépassant le seuil européen, les contrats intervenant en matière d'eau potable, transport de voyageurs, services sociaux ou spécifiques n'étant pas concernés quel que soit leur montant.



Exemples de mise en œuvre

Maintenance, exigence d'interopérabilité avec des équipements achetés dans le cadre du marché initial, étude indissociable du marché initial dans un marché de maîtrise d'œuvre, travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires et ne figurant pas dans le contrat initial.

Un avenant pourra être passé en vertu de l'art R.2194-2 pour une modification des installations de chauffage et ventilation dans le cadre d'une opération de restructuration et mise en accessibilité d'un bâtiment pour des raisons techniques apparues en cours de réalisation.



Bonnes pratiques

S'assurer que l'ajout d'une nouvelle prestation ne remet pas en cause les conditions de la mise en concurrence initiale (*respect de l'objet et des termes principaux du marché initial*). Cet ajout ne doit pas pallier une définition insuffisante des besoins.

Ne pas commencer l'exécution de la nouvelle prestation avant la signature d'un avenant.

En cas de contentieux, le juge saisi de la légalité des modifications, en appréciera les conséquences sur l'économie du marché.

FICHE 3 : CIRCONSTANCES IMPRÉVUES ET CIRCONSTANCES QU'UN ACHETEUR DILIGENT NE POUVAIT PAS PRÉVOIR

MARCHÉS PUBLICS

Article R. 2194-5

Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2194-3 et R. 2194-4 sont applicables.

CONCESSIONS

Article R. 3135-5

Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

Dans ce cas, les dispositions des articles R. 3135-3 et R. 3135-4 sont applicables.

De quoi parle-t-on ?

Les circonstances imprévisibles sont celles que l'acheteur n'aurait pu prévoir compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci. Les considérants 109 de la directive 2014-24 et 76 de la directive 2014-23 en donnent une définition.

Cette nouvelle notion de « circonstances imprévisibles » confère aux acheteurs publics davantage de flexibilité face à la survenance d'un événement qui ne pouvait être appréhendé à la date de conclusion du marché. Selon la DAJ de Bercy, cette notion est plus large que l'hypothèse des sujétions techniques imprévues ou que les notions de cas fortuit ou de force majeure. Le caractère imprévisible exigé ne concerne que l'acheteur.

Pour se prévaloir de tout recours, l'acheteur doit avoir fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial pendant la phase de définition des besoins.

Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?

Sont concernés :

- les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée (appel d'offre ouvert, appel d'offre restreint, dialogue compétitif et procédure avec négociation) ;
- les marchés passés selon une procédure adaptée ;
- le cas échéant, les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence.

Sont concernés tous les types d'achats (fournitures, services et travaux) y compris les achats dans le cadre des marchés de défense et sécurité :

- les contrats de concession.

Qui peut la faire jouer ?

L'acheteur

Le titulaire en sollicitant l'acheteur

Quand ?

Pendant toute la durée d'exécution des travaux.

En cas d'événement imprévisible, exemple la COVID-19.



Comment ?

Par modification du contrat qui prendra le plus souvent la forme d'un avenant. Toutefois, une obligation de transparence est à respecter pour certains marchés et contrats de concession.

Dans un souci de transparence des procédures, l'acheteur, pour les marchés passés selon une procédure formalisée ou l'autorité concédante, pour les contrats de concession ne relevant pas de règles particulières en matière de passation⁴, doit publier un avis de modification du marché ou du contrat de concession au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

MARCHÉS PUBLICS

Article R.2194-10

Dans les cas prévus aux articles R.2194-2 et R.2194-5, lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R.2131-19 et R.2131-20, conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

CONCESSIONS

Article R.3135-10

Pour les contrats de concession ne relevant pas du chapitre VI du titre II du présent livre, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux articles R.3135-2 et R.3135-5.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R.3122-4 à R.3122-6, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011.

4. Une obligation pour les contrats de concession dépassant le seuil européen, les contrats intervenant en matière d'eau potable, transport de voyageurs, services sociaux ou spécifiques n'étant pas concernés quel que soit leur montant.



Exemples de mise en œuvre

Pour un marché de travaux, il peut s'agir d'un fait matériel qui entraîne l'utilisation de techniques plus onéreuses ou des travaux supplémentaires indispensables pour faire face à des difficultés matérielles, anormales et exceptionnelles, extérieures à la volonté de l'acheteur qui ont pour effet de rendre plus difficile ou plus onéreuse, mais non pas impossible, l'exécution de ces prestations par le titulaire.

Exemples :

- les sujétions météorologiques, intempéries d'une violence et d'une durée exceptionnelles (CE, 25 mai 1990, n°39460), tempête exceptionnellement violente par rapport à celles des cinquante dernières années (CAA Douai, 1^{re} ch., 10 janv. 2008, n°05DA01537), les sujétions de sol et environnementales... ;
- les études de maîtrise d'œuvre ou diagnostics supplémentaires de géotechnique rendus nécessaires par la survenance de fait inhérents à l'objet du marché et ne pouvant pas être connus lors du lancement de la consultation ;
- les travaux rendus nécessaires, suite aux différentes études de diagnostic : ces travaux étant imprévisibles lors de la conclusion du marché initial mais devenus indispensables à la réalisation du projet :
 - › le surcoût lié aux diagnostics amiante et plomb avant travaux,
 - › le surcoût lié au rapport d'étude géotechnique au stade de l'avant-projet.

Bonnes pratiques

Démontrer que ces travaux ou prestations font suite à des sujétions imprévues ou à des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Attention : contrairement aux sujétions techniques imprévues sans limite de montant, la modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial passé par les pouvoirs adjudicateurs et ne doit pas altérer la nature globale du contrat (article R.2194-3). A noter cette limite de 50 % ne s'applique pas aux Entités Adjudicatrices. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

FICHE 4 :

UN NOUVEAU TITULAIRE SE SUBSTITUE AU TITULAIRE INITIAL DU MARCHÉ OU DU CONTRAT DE CONCESSION

MARCHÉS PUBLICS

Article R. 2194-6

Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants :

- 1. en application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'art R.2194-1 ;*
 - 2. dans le cas d'une cession du marché, 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 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 initial.*
-

CONCESSIONS

Article R. 3135-6

Le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants :

- 1. en application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R.3135-1 ;*
 - 2. dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence.*
-

De quoi parle-t-on ?

1^{er} cas : le changement de titulaire a été prévu dans le marché initial.

Lorsque le changement de cocontractant est dû à l'application d'une clause de réexamen, l'acheteur est dispensé de remise en concurrence. Par exemple, pour un marché de transport, le contrat a prévu la possibilité qu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial en cas de revente de sa licence.

2^e cas : à la suite de restructuration de l'opérateur économique (fusion, absorption...), les parties sont invitées à entériner des changements portant sur leur identité.

Cette cession ne doit pas entraîner d'autres modifications substantielles et ne doit pas être effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?

Sont concernés :

- les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée (appel d'offre ouvert, appel d'offre restreint, dialogue compétitif et procédure avec négociation) ;
- les marchés passés selon une procédure adaptée ;
- les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence qui peuvent également faire l'objet de modifications en cours d'exécution.

Sont concernés tous les types d'achats (fournitures, services et travaux) y compris les achats dans le cadre des marchés de défense et sécurité :

- les contrats de concession

Qui peut la faire jouer ?

L'acheteur.

Le titulaire propose la substitution.

Quand ?

Au moment de la demande de l'opérateur économique.

Comment ?

Par la passation d'un avenant : exemple avenant de transfert entre les parties.

L'acheteur vérifie que les conditions fixées pour la participation à la procédure de passation du marché sont remplies par l'opérateur qui se substitue au titulaire et notamment les garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché ou, dans le cas d'une délégation, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Exemples de mise en œuvre :

Un avenant pourra être passé si le changement de titulaire a été prévu dans le marché initial, par exemple, pour un marché de transport de personnes à mobilité réduite, un nouveau titulaire pourra se substituer au titulaire initial en cas de revente de sa licence sous réserve que le nouveau titulaire remplisse les conditions de capacité économique, technique et financière exigées par l'acheteur public pour l'exécution du marché

Un avenant pourra également être passé dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial.

Bonnes pratiques :

Prévoir une clause de réexamen prévoyant le transfert du marché à un autre opérateur économique sous réserve qu'il remplisse les conditions de capacité requises. Se référer à l'avis du Conseil d'État section des finances, n° 364803 du 8 juin 2000.

FICHE 5 : MODIFICATIONS NON SUBSTANTIELLES

MARCHÉS PUBLICS

Article R.2194-7

Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Pour l'application de l'article L.2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

1. 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 ;
 2. elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
 3. elle modifie considérablement l'objet du marché ;
 4. elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R.2194-6.
-

CONCESSIONS

Article R.3135-7

Le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.

Pour l'application de l'article L.3135-1, une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

1. elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;
2. elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;
3. elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;
4. elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées à l'article R.3135-6.

De quoi parle-t-on ?

Les modifications substantielles peuvent notamment tenir à l'étendue et au contenu des droits et obligations réciproques des parties au contrat, y compris à l'attribution des droits de propriété intellectuelle (Directive 2014-24 du 26 février 2014, considérant 107), précision qui n'éclaire pas vraiment l'acheteur.

Il s'agit principalement des différents cas qui remettent en cause les grands principes de la commande publique : égalité de traitement, transparence des procédures, remise en cause de la concurrence initiale.

L'acheteur doit vérifier et justifier au cas par cas, le caractère non substantiel de la modification : une modification qui n'est pas substantielle, c'est-à-dire qui ne change pas la nature globale du contrat, n'a pas à être précédée par l'organisation d'une nouvelle consultation. Toute la difficulté de ce cas de recours réside dans la définition de la notion de « modification non substantielle » car le code de la commande publique n'en donne pas de définition précise.

Lorsque la modification n'est pas substantielle, elle donnera lieu à un avenant, à moins qu'elle n'ait déjà été anticipée dans le cadre de l'article R.2194-1 du CCP et des clauses dites de réexamen.

Dans quelle procédure et pour quelle nature d'achat ?

Sont concernés :

- les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée (appel d'offre ouvert, appel d'offre restreint, dialogue compétitif et procédure avec négociation) ;
- les marchés passés selon une procédure adaptée ;
- les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence qui peuvent également faire l'objet de modifications en cours d'exécution.

Sont concernés tous les types d'achats (fournitures, services et travaux) y compris les achats dans le cadre des marchés de défense et sécurité :

- les contrats de concession.

Qui peut la faire jouer ?

L'acheteur.

Quand est-elle mise en œuvre ?

Elle peut être mise en œuvre lorsque la modification n'est pas substantielle.

Le code définit les 4 cas de modification substantielle :

1. la modification 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. L'acheteur doit alors vérifier l'impact de la modification sur le choix éventuel de l'attributaire.

Cette hypothèse peut être difficile à apprécier lorsqu'un certain temps s'est écoulé entre l'attribution et la modification du marché ;

2. l'équilibre économique du contrat s'en trouve modifié en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ;

3. l'objet du contrat est considérablement modifié :

- tel serait le cas d'une modification au projet initial faisant passer un projet de construction d'un immeuble en béton à la construction d'un ouvrage en bois. À cet égard, l'avenant change « considérablement » l'objet du marché public, même s'il est sans impact financier,
- *a contrario*, une modification peu importante de l'objet du contrat ne semble donc pas être considérée comme étant substantielle ;

4. la modification a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors du cas de recours prévu en cas de restructuration de l'entreprise.



Comment ?

Par modification du contrat qui prendra la forme d'un avenant ou d'une décision unilatérale.



Exemples de mise en œuvre

Un avenant pourra être passé en vertu de l'art R.2194-7 pour une modification mineure, par exemple, modifications des modalités de paiement liée au pourcentage de réalisation des prestations, modifications en moins-value, ajout de locaux supplémentaires concernant un marché de maintenance, modification à la marge du CCTP, modification d'une réglementation environnementale ou encore des prestations supplémentaires occasionnées par des imprécisions de prescriptions dans le CCTP...



Bonnes pratiques

L'acheteur doit se livrer à une analyse au cas par cas et rester prudent. En tout état de cause, la modification ne saurait pallier une insuffisante définition des besoins sous couvert d'un avenant.

Il doit procéder à une évaluation précise des changements introduits par la modification du contrat et à l'analyse des conséquences sur le contrat initial.

Il s'agit d'un seuil cumulatif (les avenants successifs sont comptabilisés).

FICHE 6 : MODIFICATIONS DE FAIBLE MONTANT

MARCHÉS PUBLICS

Article R. 2194-8

« Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies. »

CONCESSIONS

Article R. 3135-8

Le contrat de concession peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées à l'article R. 3135-7 sont remplies

Les dispositions de l'article R. 3135-4 sont applicables au cas de modification prévu au présent article.

De quoi parle-t-on ?

Pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, le montant des modifications doit être :

- inférieur aux seuils européens ;
- et inférieur au seuil de 10 % pour les marchés de service, les marchés de fournitures et les contrats de concession ou inférieur au seuil de 15 % pour les marchés de travaux.

Pour le calcul du montant des modifications, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

Attention :

- cette disposition ne rend pas légal automatiquement une modification inférieure aux seuils ;
- la modification envisagée ne doit pas bouleverser les conditions initiales de la mise en concurrence.

Toutefois, lorsque les modifications ne dépassent pas les plafonds de 10 % et 15 % (dans le respect des seuils européens pour les marchés passés selon la procédure adaptée) le caractère non substantiel des modifications est présumé.

Dans quelle procédure ?

Sont concernés :

- les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée (appel d'offre ouvert, appel d'offre restreint, dialogue compétitif et procédure avec négociation) ;
- les marchés passés selon une procédure adaptée ;
- les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence qui peuvent également faire l'objet de modifications en cours d'exécution.

Sont concernés tous les types d'achats (fournitures, services et travaux y compris les achats dans le cadre des marchés de défense et sécurité :

- les contrats de concession

Qui peut la faire jouer ?

L'acheteur.

Le titulaire peut en faire la proposition.

Quand est-elle mise en œuvre ?

Avant de réaliser la modification.

Après avoir vérifié que la modification ne remplit pas les conditions d'une autre des dispositions sur les modifications.

Comment ?

Pour le calcul de la modification envisagée, l'acheteur devra tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix et l'autorité concédante devra se fonder sur le montant actualisé du contrat. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

Bonnes pratiques

Avant d'opter pour ce type de modification qui n'est valable qu'à hauteur des limites réglementaires (cf. supra), rechercher si d'autres cas de modification pourraient s'appliquer à la situation.

ANNEXES

Rapport de présentation d'un avenant ou d'une modification du marché

Logo acheteur	Avenant (ou modification) n° à un marché
	<input type="checkbox"/> Passe selon une procédure adaptée
	<input type="checkbox"/> Passe selon une procédure formalisée
	<input type="checkbox"/> Rapport présenté à la commission d'appel d'offres du... <input type="checkbox"/> Rapport présenté à la commission MAPA ou a la CAO du... (à prévoir, le cas échéant pour les collectivités territoriales, si règles internes)

Direction :

Service :

Coordonnées agent en charge du dossier :

Rappels : pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, la commission d'appel d'offres doit émettre un avis préalable sur la passation de l'avenant lorsque celui-ci entraîne une augmentation du montant initial du marché de plus de 5 % pour tous les marchés **formalisés.**

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, la commission d'appel d'offres doit également être consultée sur la passation de l'avenant supérieur à 5 % si le marché initial lui a été soumis.

Décision de l'Assemblée délibérante à solliciter si les règles internes de la collectivité l'imposent ou décision du maire/Président suivant délégation.

Transmission au contrôle de légalité des avenants aux marchés qui ont eux-mêmes été transmis en Préfecture.

1. Rappel de l'objet du marché

- N° du marché : conclu le :
- N° du lot : (le cas échéant)
- Titulaire du marché :

Préciser le nom du titulaire et le cas échéant, celui des membres du groupement

2. Informations concernant l'avenant (ou la modification du marché), objet du présent rapport

Préciser si des avenants précédents ou un marché complémentaire (le cas échéant) ont été passés et leur objet

- **Avenant n°..... avec incidence financière :** OUI NON
- **Objet du présent avenant :**

Préciser contexte de la passation de l'avenant

- **L'avenant (ou la modification) est passé en vertu de l'article ci-après du code de la commande publique :**

Préciser l'article concerné du code, la nature de la modification et apporter les justifications de la modification au point « 1. Motivation de l'avenant » ci-après.

Article R.2194-1 : modifications prévues dans le marché initial.

Article R.2194-2 : 2. travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires.

Article R.2194-3 : modification rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Article R.2194-6 : remplacement d'un titulaire du marché :

- en application d'une clause de réexamen ou d'une option ;
- dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial.

Article R.2194-7 : modifications qui ne sont pas substantielles quel que soit leur montant.

Article R.2194-8 : modification de faible montant - inférieure à :

- 15 % pour les marchés de travaux ;
- 10 % pour les marchés de fournitures et services.

• **Incidence financière du présent avenant (ou de la présente modification) :**

Montant initial HT du marché	Montant des précédents avenants (le cas échéant)	Montant HT de l'avenant n°. proposé	Total HT des avenants	Nouveau montant HT du marché	Pourcentage d'augmentation de l'avenant (ou des avenants)
€	€ Représentant une augmentation de %	€ Représentant une augmentation de %	€	€	%

Préciser le montant maximum annuel pour les accords-cadres à bons de commandes conclus pour un an reconductible.

3. Motivation de l'avenant (ou de la modification)

Il conviendrait de passer un avenant (ou une modification) n°..... au marché conclu le..... avec.....

En effet.....

Motivation précise justifiant la passation de l'avenant (ou de la modification)

4. Avis de la Commission MAPA/commission d'appel d'offres¹

S'agissant d'un avenant (ou d'une modification), d'un montant supérieur à 5 % du montant initial du marché, le présent avenant est soumis à l'avis de la commission MAPA/commission d'appel d'offres.

Pour un rapport à la commission :

En conclusion, il est demandé à la commission MAPA / Commission d'appel d'offres de bien vouloir émettre un avis favorable à la passation d'un avenant (ou d'une modification) n°..., au marché passé avec la Société, pour un montant de € HT soit € TTC .

1. Cette rubrique 4 est à compléter pour les avenants ou modifications qui ne sont pas présentés à une commission.

Pour un rapport de présentation de l'avenant (ou d'une modification), après présentation à la commission :

La commission MAPA/commission d'appel d'offres a décidé d'émettre un avis favorable à la passation d'un avenant (ou d'une modification) n°..., au marché passé avec la Société....., pour un montant de..... € HT soit..... € TTC .

5. Décision du représentant de l'acheteur²

En conclusion, l'acheteur décide la passation, en application de l'article R.2194-X (préciser l'alinéa) du code de la commande publique, d'un avenant (ou d'une modification) n°..., au marché passé avec la Société..... pour un montant de..... € HT soit..... € TTC.

6. Date, nom et signature

À le

L'acheteur

2. Cette rubrique est à compléter pour les avenants ou modifications qui ne sont pas présentés à une commission.

REMERCIEMENTS

À l'ensemble des participants à la rédaction de ce guide :

pour le MEDEF :

- Gilles de Bagneux
- Valérie Baillat, Fédération nationale des Travaux Public (FNTP)
- Laurent Bougard, Transdev
- Eileen Colombet, Fédération française du Bâtiment (FFB)
- François Gonord, Mouvement des entreprises de France (MEDEF)
- Christophe Merienne (Egis)
- Laurent Reynaud, Domaines Skiabiles
- Camille Roux, Fédération nationale des Travaux Public (FNTP)
- Frédérique Stephan, Fédération française du Bâtiment (FFB)
- Benjamin Valloire, Syntec Ingénierie
- Françoise Vergriete-Matringes, Alliance Française des Industries du Numériques (AFNUM)
- Nicolas Volckaert, Entreprise générale du BTP (EGF.BTP)

pour l'Association des Acheteurs publics (AAP)

- Alain Bénard
- Chantal Brunet
- les membres experts de l'AAP

et aux personnalités auditionnées :

- Christophe Amoretti-Hannequin, directeur de la programmation et de la performance achat (Aix-Marseille Provence Métropole)
- Fabrice Furestier, directeur juridique et métier, Claire Barillon, Laurène Bernardaud et Julien Prince, Juristes Consultants experts marchés publics (Société AGYSOFT - Groupe Ach@t Solutions - Logiciel MARCOWEB)



MEDEF

55 avenue Bosquet - 75007 Paris

01 53 59 19 19

www.medef.com