



**PRÉFET
DE LA HAUTE-SAVOIE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Secrétariat Général

Direction des Relations avec les Collectivités Locales Annecy, le **25 SEP. 2023**
Bureau des contrôles de légalité et budgétaire

Suivi par :
Arr. D'Annecy : 04.50.33.60.94 / 04.50.33.60.52
Arr. de Bonneville : 04.50.97.83.83
Arr. de Saint-Julien-en-Genevois : 04.50.97.83.82
Arr. de Thonon-les-Bains : 04.50.33.60.57

Mél : pref-collectivites-locales@haute-savoie.gouv.fr

Le Préfet de la Haute-Savoie

à

**Monsieur le Président du conseil départemental
Mesdames et messieurs les Présidents des EPCI à
fiscalité propre
Mesdames et messieurs les Maires du
département
Mesdames et messieurs les Présidents des
syndicats intercommunaux et syndicats mixtes**

En communication à :
Madame et Messieurs les Sous-préfets
d'arrondissements
Monsieur le Président de l'association des maires,
adjoints et conseillers généraux de Haute-Savoie

CIRCULAIRE

Objet : Réglementation relative à la passation et à la transmission au contrôle de légalité des modifications de contrats en cours d'exécution (avenants) en matière de marchés publics

Cette circulaire peut être consultée sur le site internet www.haute-savoie.gouv.fr à la rubrique « publication » puis « circulaires ».

La présente circulaire vise à vous apporter des éléments utiles à l'élaboration, l'adoption, à la passation et à la transmission au contrôle de légalité de vos avenants en matière de marchés publics. En effet, au cours des exercices précédents, mes services ont constaté un certain nombre d'irrégularités au regard de la réglementation en la matière.



I) Motivations et seuils des modifications des contrats en cours d'exécution

A) Motivations des modifications des contrats en cours d'exécution

L'article L.2194-1 du Code de la Commande Publique (CCP) indique qu' :

« 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. »

Les modifications ne doivent pas être substantielles.

Le régime juridique de ces modifications est précisé par l'article R. 2194-7 du CCP, qui prévoit qu'une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché, et qu'en tout état de cause une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

– 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 ;

– elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ;

– elle modifie considérablement l'objet du marché public ;

– elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire sauf exception.

Le cahier des charges peut également prévoir des clauses de réexamen définies à l'article R.2194-1 du CCP qui précise :

« 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. »

Ainsi, les clauses de réexamen permettent de prévoir, dès le contrat initial, la possibilité et les modalités d'évolutions ultérieures. Une telle clause doit toutefois être suffisamment précise sur le champ d'application, la nature des modifications et ses conditions de mise en œuvre.

B) Montants et seuils : des modifications de montants limitées

Modifications de faibles montants

L'article R.2194-8 du CCP ajoute « 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. »

Conformément à l'article R.2194-9 du CCP : « Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R. 2194-8 sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé. »

Modifications en cas de circonstances imprévues

Les circonstances imprévues sont définies à l'article R.2194-5 du CCP qui précise :
« 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. »

L'article R.2194-3 du CCP précise le seuil maximal qui sera applicable en cas de circonstances imprévues :

« 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. »

Ainsi, le seuil maximal de 50 % prévu par le Code de la commande publique est appelé à s'appliquer modification par modification.

C'est d'ailleurs ce que confirme la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie dans sa fiche consacrée aux modalités de modification des contrats en cours d'exécution, qui précise à ce propos que si plusieurs modifications successives sont réalisées, la limite de 50 % a vocation à s'appliquer au montant de chaque modification.

II) Autorité compétente pour valider l'avenant

A) Le Maire s'il a reçu délégation du conseil municipal en la matière en vertu de l'article L.2122-22 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT)

L'article L.2122-22 du CGCT indique : « Le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat : [...] 4° De prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget ; »

Le conseil municipal peut sur ce fondement déléguer de manière permanente au maire le soin de passer des marchés publics ainsi que leur-s avenant-s, dans les limites qu'il est libre de fixer.

Ainsi rien ne s'oppose à ce que l'assemblée délègue au maire la totalité de ses pouvoirs en matière de marchés publics, sauf en ce qui concerne l'ouverture des crédits au budget de la commune. Dans ce cas, le conseil municipal n'est plus habilité à intervenir (sauf à procéder à l'abrogation de la délégation).

Il peut aussi opter pour une délégation partielle, en fixant des limites relatives au type de marchés, à la procédure de passation, à un seuil financier, etc. Au-delà de ces limites, le conseil municipal conserve ses pouvoirs et doit par conséquent obligatoirement intervenir pour autoriser le maire à conclure les marchés.

À l'inverse, un maire n'a pas à solliciter ponctuellement l'autorisation du conseil municipal pour signer les avenants aux marchés publics qui entrent dans le champ matériel de la délégation.

La signature d'un marché public et des actes afférents au contrat est donc déterminée par la délégation du conseil municipal au maire en matière de marchés publics.

Il convient toutefois de préciser que l'article L.2122-21 du CGCT dispose que « *sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'État dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier [...] 6° De souscrire les marchés [...].* ».

Il en résulte que, de manière générale, le maire est compétent pour signer les marchés publics de la commune et les avenants qui viennent en modifier les termes, sous réserve d'y avoir été préalablement autorisé par le conseil municipal.

Cette autorisation peut prendre deux formes :

a) Il peut tout d'abord s'agir d'une délibération votée par le conseil municipal pour autoriser la signature de l'acte contractuel dans les conditions rappelées par le Conseil d'État dans son arrêt du 13 octobre 2004 « Commune de Montélimar » (n°254 007).

Dans ce cadre, l'autorisation de l'assemblée ne peut intervenir que lorsque sont connus tous les éléments essentiels du marché ou de l'avenant (en particulier le montant).

Il n'est donc pas possible lorsqu'une telle délibération est votée pour autoriser la signature d'un marché qu'elle puisse également autoriser, par anticipation, la signature d'avenants dont les caractéristiques ne sont, par la force des choses, pas encore connues à ce stade.

b) Il peut aussi s'agir d'une délibération prise en amont du lancement de la procédure de passation d'un marché sur le fondement de l'article L.2122-21-1 du CGCT, qui dispose que « *lorsqu'il n'est pas fait application du 4° de l'article L.2122-22, la délibération du conseil municipal chargeant le maire de souscrire un marché ou un accord-cadre déterminé peut être prise avant l'engagement de la procédure de passation de ce marché ou de cet accord-cadre* » et qu'elle « *comporte alors obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché ou de l'accord-cadre.* »

Ce texte permet, sous certaines conditions, au conseil municipal d'autoriser le maire à signer un marché public avant même d'en connaître toutes les caractéristiques.

Mais il ne vise aucunement les avenants, ce qui a conduit le ministre de l'Intérieur à préciser à plusieurs reprises dans des réponses à des questions écrites de députés que leur signature ne pouvait pas être accordée sur son fondement (QE n°20 562 – 12^e législature publiée dans le JO Sénat du 24/11/2005 et QE n°108 599 publiée au JOAN du 27 mars 2007).

Dans ces réponses, toujours valables sur ce point, il est précisé que la conclusion d'avenants ne peut en aucun cas être assimilée à la souscription d'un marché visée par l'article L.2122-21-1 dans la mesure où elle intervient nécessairement après celle-ci.

Il en résulte que :

– Le conseil municipal doit intervenir au coup par coup pour autoriser la signature par le maire des avenants aux marchés publics communaux.

– Les avenants ne sont pas compris dans la mention « *autorise le Maire à signer toutes pièces afférentes à intervenir* » régulièrement citée en fin de délibération d'attribution de marché public par l'assemblée délibérante.

B) Le Conseil Municipal

Comme expliqué ci-avant, le conseil municipal doit autoriser au cas par cas la signature des avenants aux marchés publics sans pouvoir le faire par anticipation.

Ainsi, une délibération doit être votée par le conseil municipal pour autoriser au cas par cas la signature d'avenants aux marchés publics d'une commune, sauf si ces marchés sont inclus dans le champ de la délégation de pouvoir que le conseil municipal peut accorder au maire sur le fondement de l'article L.2122-22 4° du CGCT.

Au total, il doit être retenu que pour signer un avenant en dehors du champ de la délégation de l'article L.2122-22 4° du CGCT, le maire doit impérativement recueillir l'autorisation préalable de l'assemblée délibérante, laquelle doit être donnée au vu du projet d'avenant et que seule une délégation prise en application de l'article L.2122-22-4° du CGCT peut autoriser le maire à signer les éventuels futurs avenants à un marché.

Il est donc impossible pour l'assemblée délibérante de déléguer, par anticipation, la signature d'éventuels avenants à un marché. Cette règle s'applique à tout avenant y compris ceux sans incidence financière.

C) Rôle de la CAO

L'assemblée délibérante peut accorder une délégation à l'exécutif sans qu'un montant puisse lui être opposé, mais il faut néanmoins veiller à respecter les règles prescrites par le CGCT et le CCP, notamment, en ce qui concerne l'attribution des marchés par la CAO pour ceux passés en procédure formalisée et supérieurs aux seuils européens, et la nécessité de recourir à son avis pour l'adoption d'un avenant supérieur à 5 % du montant initial du marché.

En effet, selon les dispositions de l'article L.1414-2 du CGCT, la CAO choisit le titulaire des marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens. L'article L.1414-4 du CGCT indique que les marchés lancés selon une procédure formalisée et leurs avenants supérieurs à 5 % du montant initial du marché sont soumis à la CAO pour attribution et avis.

Si la délégation du conseil municipale au Maire en matière de marchés publics est totale, il faudra donc veiller au respect des règles prescrites par le CGCT et le Code de la Commande Publique, notamment en ce qui concerne l'attribution des marchés par la CAO pour ceux passés en procédure formalisée et supérieurs aux seuils européens et la nécessité de recourir à son avis pour l'adoption d'un avenant supérieur à 5% du montant initial du marché.

III) Transmission des avenants au contrôle de légalité

A) Pièces à transmettre

L'article L.2131-1 du CGCT dispose que « *les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement. [...]* »

L'article L.2131-2 du CGCT, pour sa part, énumère de manière limitative les catégories d'actes qui sont soumis à l'obligation de transmission prévue par l'article L.2131-1 du CGCT. Parmi ces actes figurent les délibérations du conseil municipal.

En matière contractuelle, les actes obligatoirement transmis sont les actes listés au 4° de la manière suivante :

« 4° Les conventions relatives aux emprunts, les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret, les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement. »

Comme indiqué dans une réponse ministérielle à un parlementaire (Réponse à la question écrite n°00 664 - JO Sénat du 5 juin 2008), les avenants aux marchés publics des collectivités territoriales sont, sur le fondement de ce texte, soumis à obligation de transmission au représentant de l'État lorsqu'ils modifient des marchés eux-mêmes soumis à obligation de transmission (soit ceux d'un montant supérieur au seuil de 215 000 € HT prévu par l'article D.2131-5-1 du CGCT).

Pour être exécutoires, de tels avenant doivent obligatoirement avoir été transmis au préfet ou au sous-préfet territorialement compétent : la seule transmission de la délibération autorisant leur signature ne suffit pas.

Ainsi, consécutivement à l'envoi de la délibération ou de la décision (premier alinéa de l'article L.2131-2 du CGCT), les modifications des contrats en cours d'exécution doivent être transmises au contrôle de légalité accompagnées des pièces suivantes :

- l'avenant définitif signé,
- la délibération de l'organe délibérant autorisant la signature de l'avenant ou la décision du maire correspondante (article R.2131-6 du CGCT),
- le PV de la CAO lorsque son avis aura été sollicité.

B) Cas où le marché initial n'était pas transmissible mais que l'avenant fait passer le marché au-delà du seuil de transmission

L'article L.2131-2 du CGCT précise que : « I.- Sont transmis au représentant de l'État dans le département [...] 4° Les conventions relatives aux emprunts, les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret, les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement ; »

L'article D.2131-5-1 du CGCT complète : « Le seuil mentionné au 4° de l'article L.2131-2, au 4° de l'article L.3131-2 et au 3° de l'article L.4141-2 est celui qui s'applique aux 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. »

Publié au Journal officiel du 9 décembre 2021, l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, fixe, à compter du 1er janvier 2022, à 215 000 €HT le seuil des procédures formalisées pour les marchés de fournitures et services pour les pouvoirs adjudicateurs.

Les marchés inférieurs au seuil actuel de 215 000 € HT n'ont donc pas à être transmis au contrôle de légalité.

Les avenants aux marchés publics des collectivités territoriales sont soumis à obligation de transmission au représentant de l'État lorsqu'ils modifient des marchés eux-mêmes soumis à obligation de transmission.

Dès lors, et quel que soit leur montant, les éventuels futurs avenants à un marché public lui-même non transmissible sont exonérés de transmission au Préfet.

Pour conclure, l'autorité territoriale dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date de la signature de l'acte pour le transmettre au contrôle de légalité en vertu de l'article L.1411-9 du CGCT.

Le Préfet
e
Yves LE BRETON

