

Modification d'un MAPA et dépassement du seuil de procédure formalisée

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 256 - Septembre 2024

Dossier - Modifications des contrats : à quelles conditions ?

Jennifer Obrero

Avocate à la Cour

Cabinet Seban et associés

Le respect de ces seuils est essentiel pour assurer, notamment, la transparence et l'égalité de traitement des candidats dans la passation des marchés publics. Or, dans le cadre des marchés à procédure adaptée (MAPA), est-il possible de modifier un marché entraînant un franchissement de seuil de la procédure formalisée ?

Le MAPA se distingue du marché passé en procédure formalisée par sa souplesse et sa flexibilité. Il permet aux acheteurs publics d'adapter les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et de la nature du marché. Toutefois, cette flexibilité n'est pas sans limite, notamment en ce qui concerne le respect des seuils de procédure et les conditions de modification des marchés en cours d'exécution.

Le MAPA et les seuils de procédure

Comme le précise la Direction des affaires juridiques de Bercy (« DAJ ») : « Les procédures formalisées imposées par le droit de l'Union européenne ne s'imposent qu'aux marchés publics d'un montant supérieur aux seuils qu'il fixe. Au-dessous de ces seuils, l'acheteur est libre d'organiser sa procédure comme il l'entend, dans le respect des principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » ⁽¹⁾.

En effet, un des principes inhérents à la passation d'un marché à procédure adaptée est le fait que : « L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer [notamment] (...) Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code (...) » ⁽²⁾.

Depuis le 1^{er} janvier 2024, de nouveaux seuils de procédure formalisée ont été fixés pour la passation des marchés publics et des contrats de concession. Les seuils actuels, qui sont régulièrement révisés pour tenir compte des fluctuations économiques, sont les suivants ⁽³⁾ :

Type de marché	Seuil de procédure formalisée
Marchés de fournitures et de services des autorités publiques centrales	143 000 € HT
Marchés de fournitures et de services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les marchés publics de fournitures des autorités publiques centrales opérant dans le domaine de la défense	221 000 € HT
Marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité	443 000 € HT
Marchés de travaux et pour les contrats de concessions	5 538 000 € HT

Le respect de ces seuils est essentiel pour assurer, notamment, la transparence et l'égalité de traitement des candidats dans la passation des marchés publics. Le rôle des seuils de procédure est également de

garantir une concurrence effective entre les entreprises.

En imposant des règles de publicité et de mise en concurrence plus strictes pour les marchés de montants élevés, la législation vise à prévenir les pratiques discriminatoires et à assurer que toutes les entreprises, quelles que soient leur taille ou leur origine géographique, puissent avoir accès aux marchés publics. Le non-respect de ces règles peut donc avoir des conséquences non seulement pour l'acheteur public, mais aussi pour l'ensemble des opérateurs économiques concernés.

Les possibilités de modification des MAPA

La doctrine relève que « pendant longtemps, l'exécution du contrat administratif n'a guère retenu l'attention des pouvoirs législatif et réglementaire. Les textes encadraient la phase de la passation des contrats. Celle de l'exécution était régie par des règles d'essence contractuelle, contenues dans les cahiers des clauses administratives générales ou particulières et par quelques « règles générales applicables aux contrats administratifs » consacrées par le Conseil d'État, incluant « notamment le principe de mutabilité ». Ce principe a conféré au contrat administratif son trait distinctif : alors qu'en droit privé, le contrat conclu est réputé être la « loi intangible des parties », il apparaît, en droit administratif, « comme un système global, animé d'une vie particulière » ⁽⁴⁾.

Aujourd'hui, aux termes de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique, il existe six possibilités de modifications des marchés en cours d'exécution. Ces hypothèses sont reprises et détaillées dans la partie réglementaire du code, aux articles R. 2194-1 à R. 2194-9 :

- – la clause de réexamen : « 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 » ⁽⁵⁾ ;
- – les prestations supplémentaires devenues nécessaires : « Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 2194-3 (la limite est fixée à 50 % du montant du marché initial pour un pouvoir adjudicateur), 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 » ⁽⁶⁾ ;
- – les circonstances non prévisibles : « 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 » ⁽⁷⁾ ;
- – le remplacement d'un nouveau titulaire ⁽⁸⁾ ;
- – « Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles » ⁽⁹⁾ ;
- – la modification de faible montant : « 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 » ⁽¹⁰⁾.

Le dépassement du seuil de procédure – Avant

À la fin des années 70, le Conseil d'État a pu considérer que quel que soit le montant du ou des modifications au contrat, elles ne devaient pas entraîner un dépassement de seuil maximum applicable à la procédure qui avait été retenue pour le marché initial. Il a été considéré qu'un avenant ne pouvait pas conduire à un tel dépassement dès lors que cela reviendrait à contourner les règles de mise en concurrence ⁽¹¹⁾.

Dans cette affaire, le Conseil d'État avait jugé que « considérant que le contrat conclu de gré à gré le 13 novembre 1964 entre la commune de Fontenay-le-Fleury et la société T.E.F.I.D. a été modifié par un avenant passé selon la même procédure le 4 décembre 1968 et qui a pris effet au 1^{er} janvier 1969 ; que par cette nouvelle convention l'entreprise s'engageait à effectuer un enlèvement quotidien des ordures ménagères et qu'en contrepartie la commune lui consentait un prix de base de 29,95 F par habitant et par an ; qu'il résulte du recensement général de population effectué en 1968 que la commune de Fontenay-le-Fleury comptait au 1^{er} janvier de cette année 12 035 habitants ; qu'en conséquence la valeur totale du marché résultant de cet avenant ainsi que la valeur totale du marché tacitement reconduit pour une nouvelle période de six ans à compter du 1^{er} janvier 1971 excédaient la limite fixée

par l'article 310 précité pour la conclusion de marchés de gré à gré par les communes ayant une population comprise entre 5 000 et 20 000 habitants ; qu'aucune autre disposition du code des marchés alors en vigueur ne permettait à la commune de Fontenay-le-Fleury de se soustraire à la procédure de l'adjudication ; que dès lors le marché qui liait, à compter du 1^{er} janvier 1971, par tacite reconduction du marché précédent, la commune et la société T.E.F.I.D. était nul et n'a pu faire naître d'obligation valable à la charge de la commune ».

À la fin des années 90, une exception avait pu être admise. L'avenant pouvait dépasser le seuil du contrat si l'objet du dépassement était de permettre la poursuite du contrat. Par exemple, si un marché de travaux a été passé selon une procédure adaptée et que les différents avenants conduisent à l'augmentation de son montant au point de franchir le seuil de la procédure formalisée. Le juge n'a pas sanctionné le dépassement du seuil dans la mesure où les avenants ont été conclus de manière régulière et qu'ils ont permis la poursuite des travaux. En effet, les avenants d'un contrat avaient pour objet et pour seul effet de permettre la poursuite des travaux de réfection prévus au marché initial ; qu'ils n'étaient ainsi pas de nature à faire naître un nouveau marché dont la passation aurait dû être effectuée dans les conditions prévues au code des marchés publics ⁽¹²⁾.

Le dépassement du seuil de procédure – Aujourd'hui

Un avenant ne pouvait franchir un seuil, une modification de contrat le peut ⁽¹³⁾.

Aujourd'hui, il semble désormais que toute modification conduisant au dépassement d'un seuil de mise en concurrence ne soit pas nécessairement illégale ⁽¹⁴⁾. Selon Jean-François Lafaix, « il résulte encore des considérants des directives que le dépassement des seuils n'entraîne pas automatiquement l'illégalité de la modification » ⁽¹⁵⁾.

C'est également ce que relevait le ministre du Budget en 2009 en précisant, sur la possibilité d'un dépassement du seuil lors d'une modification, que « Un éventuel franchissement des seuils des procédures formalisées n'entraîne pas automatiquement l'irrégularité de l'avenant. La régularité de la passation d'un tel avenant est appréciée par le juge administratif, au regard du caractère prévisible ou non des nouveaux besoins au moment de la mise en concurrence initiale. Ainsi, en cas de sous-évaluation volontaire du montant du marché initial, un avenant qui aurait pour effet d'entraîner un dépassement des seuils serait irrégulier (CE, 29 janvier 1982, M., *Lebon*, p. 44). À l'inverse, le franchissement du seuil n'est pas irrégulier, lorsqu'il apparaît que l'avenant ne résulte pas d'une scission artificielle du marché en deux opérations distinctes (CE, 1^{er} avril 1998, C., *req. n° 150702*) » ⁽¹⁶⁾.

D'ailleurs, si l'on évoque le cas de l'article R. 2194-8 du Code de la commande publique, notamment de la première condition qu'il pose, la DAJ a pu préciser que la condition relative au non-dépassement des seuils européens est à apprécier au regard de la seule augmentation résultant de la modification, et non du nouveau montant du contrat une fois modifié ⁽¹⁷⁾. En effet, la DAJ relève que « Le marché initial pourrait avoir été passé en procédure adaptée, être modifié par un avenant n'excédant pas lui-même les seuils européens, et au final atteindre un montant nettement supérieur à ces mêmes seuils sans être frappé d'illégalité » ⁽¹⁸⁾.

De plus, si plusieurs modifications de faible montant sont réalisées au cours de l'exécution du contrat, cette limite doit prendre en compte leur montant cumulé.

Enfin, toujours selon la DAJ, une modification (ou un cumul de modifications) qui excéderait les seuils de l'article R. 2194-8 pourrait être sauvée de l'irrégularité par application de l'article R. 2194-7 qui peut justifier une modification « quel que soit son montant » du moment qu'elle n'entre pas dans une des conditions propres à la reconnaissance d'une modification substantielle : « De la même manière, une modification excédant ces seuils ne se traduit pas nécessairement par une irrégularité de l'avenant ou de la décision de modification unilatérale. Dans une telle hypothèse, les dispositions des articles R. 2194-7 (marchés) et R. 3135-7 (concessions) du code jouent pleinement et pourraient permettre la conclusion d'un avenant » ⁽¹⁹⁾.

À ce titre, la DAJ précise finalement que « Au-delà des seuils de 10 ou 15 %, ou si l'augmentation est d'un montant supérieur aux seuils européens, la modification ne sera pas nécessairement qualifiée de substantielle et, par conséquent, jugée irrégulière. L'acheteur devra s'assurer que la modification envisagée n'entre pas dans l'une des hypothèses auxquelles la définition de la modification substantielle renvoie » ⁽²⁰⁾.

Les conséquences du dépassement des seuils de procédure

Le code ne précise ni si ces modifications peuvent entraîner un dépassement des seuils de procédure, ni si elles peuvent être considérées comme substantielles au sens de l'article R. 2194-7.

Néanmoins, il n'est pas impossible que le juge administratif puisse sanctionner des modifications de faible montant qui entraîneraient un dépassement du seuil de procédure ou des modifications substantielles du marché public. Par exemple, le juge a pu censurer des avenants successifs conduisant à une augmentation de plus de 50 % du prix initial et bouleversant l'économie générale du contrat ⁽²¹⁾. Pour autant, le Conseil d'État a pu considérer dans un avis que les acheteurs doivent « s'attacher au respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités » lorsqu'ils souhaitent procéder à des modifications de faible montant ⁽²²⁾.

En conclusion, les acheteurs publics doivent être prudents et éviter de se trouver dans cette situation, notamment en définissant précisément leurs besoins pour établir une estimation juste et en recourant à la procédure formalisée lorsque l'estimation du marché est proche d'un seuil de procédure.

Une planification rigoureuse et une évaluation attentive des besoins peuvent en effet aider à éviter de telles situations et à garantir que les marchés publics sont exécutés conformément aux règles applicables.

Enfin, dans le cas d'une modification de faible montant, la condition relative au non-dépassement des seuils européens est à apprécier au regard de la seule augmentation résultant de la modification et non du nouveau montant du contrat une fois modifié. Le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution rende son montant supérieur aux seuils européens n'entraîne aucune conséquence juridique, sous réserve que ce calcul ait été opéré dans le respect des dispositions applicables.

- 1) DAJ, « Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faibles montants », Rubrique Conseils aux acheteurs et aux autorités concédantes/Fiches techniques, 2020.
- 2) CCP, art. L. 2123-1.
- 3) Avis (NOR : ECOM2332367V), relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (1).
- 4) H. Hoepffner, « La modification des contrats », *RFDA* 2016, p. 280.
- 5) CCP, art. R. 2194-1.
- 6) CCP, art. R. 2194-2 à R. 2194-4.
- 7) CCP, art. R. 2194-5.
- 8) CCP, art. R. 2194-6.
- 9) CCP, art. R. 2194-7.
- 10) CCP, art. R. 2194-8 à R. 2194-9.
- 11) CE 23 mai 1979, Commune de Fontenay-Le-Fleury, req. n° 00063.
- 12) CE 1^{er} avril 1998, req. n° 150702 – B. Martinez, F. Serr, *Exécution des marchés publics*, Chapitre 10 – Modifications du marché en cours d'exécution, éd. Le Moniteur, 4^e édition.
- 13) F. Linditch, « Le nouveau droit des marchés, pas à pas. – Des avenants aux modifications en cours d'exécution », *JCP A* 2016, 2186.
- 14) F. Linditch, « Le nouveau droit des marchés, pas à pas. – Des avenants aux modifications en cours d'exécution », *JCP A* 2016, 2186.
- 15) J.-F. Lafaix, « Modification du contrat », in *Encyclopédie du droit de la commande publique*, éd. EFE, 2019.
- 16) Rép. min QE n° 59247, *JOAN* 15 décembre 2009.
- 17) DAJ, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, Rubrique Conseils aux acheteurs et aux autorités concédantes », Fiches techniques, 2019.
- 18) F. Linditch, « Le nouveau droit des marchés, pas à pas. Des avenants aux modifications en cours d'exécution », *JCP A* 2016, 4 juillet 2016, n° 26, p. 3.
- 19) DAJ, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution », *op. cit.*
- 20) *Ibid.*, p. 11.

21) TA Cergy-Pontoise 7 mai 2019, Préfet des Hauts de Seine, req. n° 1808664 - H. Hoepffner, « Annulation d'un avenant bouleversant l'économie d'un marché public au motif que son contenu est illicite », *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2019, comm. 224.

22) CE avis, 15 septembre 2022, n° 405540 – M. Amilhat, « Exécution des marchés publics », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, mai 2024, Lexis 360 Intelligence.

Mes annotations (0)
