



PRÉFET DES ARDENNES

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Charleville-Mézières, le 29 mars 2023

Direction de la citoyenneté et de la légalité

Bureau du contrôle de légalité et de
l'intercommunalité

Mél : pref-relations-
collectivites@ardennes.gouv.fr

Réf : BCLI/CM/2023

Contrôle de légalité **Synthèse annuelle des observations aux collectivités** **COMMANDE PUBLIQUE**

Table des matières

La définition du besoin.....	2
Transmission des marches au contrôle de légalité.....	2
Dématérialisation des procédures de passation des marches.....	2
Délai de transmission au contrôle de légalité.....	3
Déclaration sans suite.....	3
Délai d'attente pour signature.....	3
Adoption de nouveaux seuils européens applicables du 1 ^{er} janvier 2022 au 31 décembre 2023.....	3
Seuils de publicité.....	3
Liste des pièces à fournir au contrôle de légalité (article R.2131-5 CGCT)	4
Marché de fournitures de moins de 40 000 € HT et marches de travaux de moins de 100 000 € HT.....	5
Obligation d'allotissement.....	5
Cas particulier des marchés globaux.....	6
Modification d'un marché public.....	7
Exécution des contrats des marchés publics dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.....	7
Intervention de la CAO.....	8
Cellule d'information juridique du ministère de l'Économie et des Finances.....	9

→ La définition du besoin

D'un point de vue juridique, l'absence ou l'insuffisance de définition du besoin est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Une définition précise du besoin par l'acheteur est la garantie de la bonne compréhension et de la bonne exécution du marché public, de son objet et de ses caractéristiques. Elle permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public (article L.2111-1 du CCP).

Vous trouverez, sur le lien ci-dessous, un ensemble de fiches techniques réalisées par la Direction des Affaires Juridiques des ministères économiques et financiers, permettant notamment d'apprécier toute l'importance d'une bonne définition de ces besoins :

<https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>

→ Transmission des marchés au contrôle de légalité

Le seuil de transmission des marchés de fournitures, services ou travaux au contrôle de légalité est de **215 000 € HT** (en vigueur du 01/01/2022 au 31/12/2023) en application des articles L. 2131-2, L. 3131-2, L. 4141-2 et D. 2131-5-1 du CGCT et avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique NOR : ECOM2136629V).

Les modifications de ces contrats doivent également être soumises au préfet, le cas échéant, accompagnées des délibérations qui les autorisent (art. R. 2131-6 du CGCT).

Tout marché inférieur à ce seuil qui serait transmis en préfecture ou sous-préfecture est susceptible de faire l'objet d'un contrôle.

Par ailleurs, en vertu de l'article L.2131-3 du CGCT, le préfet peut demander à tout moment communication des contrats (marchés ou modifications) non soumis à obligation de transmission.

→ Dématérialisation des procédures de passation des marchés

Il résulte de l'article R. 2132-2 du code de la commande publique (CCP) que les acheteurs publics sont tenus, depuis le 1er octobre 2018, de dématérialiser l'ensemble des étapes de la procédure de passation d'un marché public d'une valeur supérieure à 40 000 € HT, c'est-à-dire :

- a) la mise en ligne des documents de la consultation ;
- b) la réception des candidatures et des offres ;
- c) les demandes de compléments des acheteurs et des entreprises ;
- d) les courriers de négociation, de rejet et d'attribution, ainsi que de notification.

→ Délai de transmission au contrôle de légalité

Le délai pour transmettre au préfet les documents nécessaires est de **15 jours à compter de la signature du contrat** (cf. art. L. 2131-1 du CGCT et L. 1411-9 du CGCT [pour les DSP]).

→ Déclaration sans suite

L'article R.2185-2 code de la commande publique impose que la « *déclaration sans suite* » soit motivée : l'acheteur se doit de fournir toutes les raisons adéquates l'ayant conduit à déclarer sans suite une procédure de passation. Si la collectivité souhaite relancer la procédure, elle est tenue de respecter l'intégralité des dispositions de la commande publique en vigueur au jour du lancement de la nouvelle procédure.

→ Délai d'attente pour signature

Conformément à l'article R.2182-1 du CCP, le délai d'attente de 11 ou 16 jours ne s'applique qu'aux procédures formalisées et pas en procédure adaptée.

→ Adoption de nouveaux seuils européens applicables du 1^{er} janvier 2022 au 31 décembre 2023

	De gré à gré ¹ (Article R2122-8)	MAPA (articles L. 2123-1 et R. 2123-4 du CCP)	Procédure formalisée (articles L. 2124-1 et R. 2124-1 du CCP)
Fournitures et services	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 214 999,99 €	à partir de 215 000 €
Fournitures et services (opérateurs de réseau)	en dessous de 40 000 €	De 40 000 € à 430 999,99 €	à partir de 431 000 €
Travaux	en dessous de 100 000 €	de 100 000 € et jusqu'à 5 381 999,99 €	à partir de 5 382 000,00 €

Seuils de publicité

Les obligations de publicité préalable sont codifiées aux articles R.2131-12, R. 2131-16 et R. 2131-17 du code de la commande publique (CCP).

Des seuils distincts des seuils de procédure font évoluer les modalités de publicité des avis de marché.

Les différentes modalités de publicité sont les suivantes :

1 Dans le respect des grands principes de la commande publique : l'égalité de traitement des candidats, la liberté d'accès, la transparence des procédures.

- publication au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP),
- parution dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL),
- publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité au BOAMP ou dans un JAL	Publicité au BOAMP et au JOUE
Fournitures et services	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €	de 90 000 € à 214 999,99 €	à partir de 215 000 €
Travaux (dérogation temporaire jusqu'au 31/12/2024)	en dessous de 100 000 €	Publicité au BOAMP ou dans un JAL		à partir de 5 382 000,00 €
		de 100 000 € à 5 381 999,99 €		

→ **Liste des pièces à fournir au contrôle de légalité (article R.2131-5 CGCT)**

« La transmission au préfet ou au sous-préfet des marchés des communes et de leurs établissements publics autres que les établissements publics de santé comporte, les pièces suivantes :

- 1° La copie des pièces constitutives du marché, à l'exception des plans ;
- 2° La délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché ;
- 3° La copie de l'avis d'appel public à la concurrence ainsi que, s'il y a lieu, de la lettre de consultation ;
- 4° Le règlement de la consultation, lorsque l'établissement d'un tel document est obligatoire ;
- 5° Les procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres, de la commission de la procédure de dialogue compétitif et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation de la personne responsable du marché prévu par l'article 75 du code des marchés publics ;
- 6° Les renseignements, attestations et déclarations fournis en vertu des articles 45 et 46 du code des marchés publics. »

Précisions quant aux « pièces constitutives du marché » :

- acte d'engagement
- cahier des clauses administratives particulières (CCAP)
- cahier des clauses techniques particulières (CCTP)
- mémoire technique
- documents relatifs au prix – bordereaux des prix unitaires (BPU), décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF), détail estimatif (DE), détail quantitatif estimatif (DQE)
- documents de candidature
- dans un souci de transparence (article 1er du Code des marchés publics), il est nécessaire de joindre au dossier de marché une analyse des offres détaillée

- une copie des lettres envoyées aux candidats non retenus (pour les marchés passés en procédure formalisée) afin de vérifier le respect de l'article 80-I qui prévoit un délai de suspension entre cette information et la signature de l'acte d'engagement par la collectivité afin de permettre aux candidats évincés la possibilité de former un recours pré-contractuel

La liste établie ci-dessus comporte l'ensemble des pièces obligatoires à joindre au dossier de marché cependant il est possible de fournir toutes pièces utiles à la compréhension de la procédure afin d'assurer au maximum l'objectif de transparence.

Enfin, il vous est rappelé que la notification du marché aux entreprises titulaires ne pourra intervenir qu' « *après transmission au représentant de l'État des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle* » en vertu de l'article R. 2182-5 du code de la commande publique (CCP).

- **Marché de fournitures de moins de 40 000 € HT et marches de travaux de moins de 100 000 € HT**

Les marchés de fournitures de moins de 40 000 € HT peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence en application de l'article R. 2122.8 du CCP.

Les marchés de travaux de moins de 100 000 € HT peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence. Initialement de 40 000 € HT, ce seuil a été augmenté par l'article 142 de la loi n°2020-1525 d'accélération et de simplification de l'action publique jusqu'au 31 décembre 2022 et a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2024 par le décret du n°2022-1683 du 28 décembre 2022.

Toutefois, ces marchés doivent respecter les grands principes de la commande publique définis à l'article L.3 du code de la commande publique, et notamment les principes de publicité, de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats.

Ainsi, pour ces marchés, l'acheteur public a pour seule obligation de choisir une offre pertinente, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec un même fournisseur lorsqu'il y a plusieurs offres susceptibles de répondre à son besoin.

→ **Obligation d'allotissement**

L'obligation s'applique désormais à tous les acheteurs (L.2113-10 du CCP).

L'ordonnance n°2015-899 innove concernant l'allotissement en prévoyant que les **acheteurs publics devront motiver leur choix dès lors qu'ils décident de ne pas allotir un marché public.**

L'article L.2113-11 du CCP prévoit que les pouvoirs adjudicateurs devront indiquer les raisons de l'absence d'allotissement dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation. Il **étend donc la portée de l'obligation d'allotissement puisqu'il oblige**

maintenant les pouvoirs adjudicateurs à se justifier dès lors qu'ils n'allotissent pas un marché public.

→ **Cas particulier des marchés globaux**

Comme leur nom l'indique, il s'agit de marchés qui de part leurs caractéristiques sont exonérés d'allotissement. On en distingue trois catégories :

- **la conception-réalisation (article L.2171-2 du CCP),**

Dans ce type de marché, la mission de maîtrise d'œuvre de celle de l'entrepreneur pour la réalisation des ouvrages publics doivent être dissociées, en application du livre IV de la 2^{ème} partie du code de la commande publique.

Le code de la commande publique permet cependant de déroger à cette règle pour la réalisation d'ouvrages d'une technicité particulière, en associant l'entreprise et le concepteur dès les premières phases du projet. C'est le processus de conception-réalisation.

Ce marché particulier permet au maître d'ouvrage de confier simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou un seul opérateur pour les ouvrages d'infrastructures. Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux, car il a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage.

- **le marché global de performance (article L.2171-3 du CCP),**

Les marchés globaux de performance permettent aux acheteurs d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Les objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

- **le marché global sectoriel (article L.2171-4 à L.2171-6 du CCP).**

Les marchés publics globaux sectoriels sont des marchés globaux pour lesquels les acheteurs peuvent confier à un seul opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement d'immeubles ou d'infrastructures affectés à des services publics sectoriels (santé, défense, établissements pénitentiaires, centres de rétention, ...) avec ou sans l'entretien et la maintenance.

→ Modification d'un marché public

De manière générale, l'article L. 2194-1 du CCP prévoit 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 ».

L'alinéa 2 de cet article pose une réserve générale selon laquelle une modification ne doit pas avoir pour effet de changer la « nature globale » du marché. Cette notion n'est pas définie mais devrait correspondre à l'ancienne condition du CMP d'une absence de bouleversement de l'économie du contrat et de changement de son objet.

→ Exécution des contrats des marchés publics dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

Le code de la commande publique prévoit plusieurs possibilités de modifications afin de tenir compte de la hausse du coût des matières premières : quand les titulaires sont exposés à des aléas majeurs (article R.2112-13 du code de la commande publique)

1° L'obligation de prévoir des prix révisibles pour de nombreux marchés publics. C'est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de denrées alimentaires, mais aussi l'achat d'énergies lorsque les usages de la profession ne prévoient pas de prix fermes.

2° La possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires. Les modifications de prix ne peuvent pas couvrir les risques dont elle aurait dû tenir compte dans ses prévisions et doivent se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour assurer la continuité du service public et la satisfaction des besoins de la personne publique.

C'est pourquoi ces modifications ne sont pas de droit mais doivent être dûment justifiées par les entreprises et nécessitent l'accord des collectivités, qui devront vérifier la réalité et la sincérité des justifications afin d'éviter de payer des sommes sans lien avec des circonstances imprévisibles.

Ces modifications ne peuvent se faire que sur le fondement des articles R.2194-5 et R.3135-5, qui les limitent à 50 % du montant initial du contrat. Pour de faibles montants, elles peuvent aussi se faire pour des modifications n'excédant pas 10 % pour les marchés et 15 % pour les marchés de travaux sur le fondement des articles R.2194-8 et R.3135-8 du code de la commande publique.

3° Droit du co-contractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

En application de la théorie de l'imprévision, codifiée au 3° de l'article L.6 du code de la commande publique, en cas de survenance d'un « évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat », le co-contractant a droit à une indemnité afin de compenser une partie des charges supplémentaires.

La condition tenant au bouleversement de l'économie devra être analysée au cas par cas en fonction du secteur économique et des justifications de l'entreprise.

Le montant de l'indemnité est déterminé au cas par cas, mais la perte subie ne peut être intégralement supportée par l'administration et la part restant à la charge de l'entreprise titulaire peut varier de 5 à 25% du montant de la perte.

4° Possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat. Le code de la commande publique autorise un acheteur public à résilier le contrat à l'amiable, faute d'accord sur les modifications nécessaires à la poursuite du contrat. Il est rappelé que la résiliation peut avoir un effet immédiat ou être différée, le temps de lancer une nouvelle procédure de commande publique. Si la résiliation est différée et si les conditions de la théorie de l'imprévision sont réunies, le titulaire du marché a droit à une indemnité d'imprévision.

5° Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique

Si l'augmentation des prix ne permet pas au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles, il peut dans certains cas être recommandé de suspendre l'exécution des pénalités de retard ou des prestations aux frais et risques du titulaire tant que son approvisionnement sera impossible dans des conditions normales.

→ Intervention de la CAO

Conformément à l'article L.1414-2 du CGCT, pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxe prise individuellement est égale ou supérieure aux seuils européens qui figurent en annexe du code de la commande publique. Le titulaire est choisi par une CAO composée conformément aux dispositions de l'article L.1411-5 du CGCT.

Elles relèvent du code de la commande publique depuis le 1er avril 2019 et du code général des collectivités territoriales. Leur composition varie selon la strate démographique de la commune (articles L.1414-2 et L.1411-5 du CGCT) :

- pour une commune de 3 500 habitants et plus : le maire ou son représentant, président, et cinq membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste,

- pour une commune de moins de 3 500 habitants : le maire ou son représentant, président, et trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui des membres titulaires. Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle siège alors sans condition de quorum.

Il revient à chaque collectivité locale de définir elle-même les règles de fonctionnement de sa propre commission d'appel d'offres en adoptant un règlement intérieur par délibération.

Il existe deux règles auxquelles l'acheteur ne peut déroger :

- le principe de transparence des procédures qui exige que soit dressé un procès-verbal des séances de la CAO,
- le remplacement total de la commission qui n'est obligatoire que dans le cas où la composition de la CAO ne permet plus de garantir l'expression du pluralisme des élus en son sein (article L2121-22).

Les textes donnent à la CAO une compétence d'attribution. De ce fait, elle n'a pas nécessairement un caractère permanent. Toutefois, il est toujours possible de décider de faire de la CAO une instance à caractère permanent, qui sera réunie en fonction des besoins.

→ **Cellule d'information juridique du ministère de l'Économie et des Finances**

La cellule d'information juridique renseigne uniquement les acheteurs publics locaux (collectivités territoriales, établissements publics et services déconcentrés de l'Etat) sur toute question relative à **la passation des marchés publics**.

Vous pouvez contacter la CIJAP, service de renseignements juridiques installé à Lyon :

- par téléphone : 04 72 56 10 10 du lundi au vendredi de 8h30 à 12h30 ;
- par télécopie : 04 72 40 83 04 (n'oubliez pas d'indiquer les coordonnées de la personne à rappeler).

Vous pouvez également envoyer directement votre question par messagerie en remplissant le formulaire mis à votre disposition ci-dessous en suivant le lien suivant :

<https://www.collectivites-locales.gouv.fr/envoyez-votre-question-ligne-0>