

Moulins, le 27 AVR. 2023

Affaire suivie par :
Mmes Isabelle THAVOT / Sandrine LANDON
Tél : 04 70 48 33 66 / 04 70 48 33 75
Courriel : pref-bcl@allier.gouv.fr

La préfète

à

Destinataires in fine

Circulaire n° 16/2023

OBJET : Rappel de quelques dispositions applicables
en matière de commande publique

REF : - Code général des collectivités territoriales
- Code de la commande publique
- Circulaires préfectorales
- Fiches de la direction des affaires juridiques

La présente circulaire a pour objet de faire le point sur le contrôle de légalité dans le domaine de la commande publique et d'apporter des indications utiles et des bonnes pratiques concernant les imprécisions ou irrégularités les plus fréquemment constatées en ce domaine.

Elle concerne les différents points suivants :

1) La délégation de signature

Conformément à l'article L 2122-22 du code général des collectivités territoriales (CGCT), le maire peut recevoir du conseil municipal un certain nombre de délégations.

Le point 4 de cet article indique que le maire est chargé pour la durée de son mandat « 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 ».

Cette délégation donne **compétence au pouvoir exécutif pour traiter les marchés publics de la commune, quel que soit le montant en cause. L'assemblée délibérante se trouve donc dessaisie** et ne peut plus décider en la matière.

Le maire ayant alors reçu délégation peut prendre une décision pour matérialiser son choix quant à l'attribution des marchés publics. La décision, qui devra être transmise au représentant de l'État en vue du contrôle de légalité, devra ainsi faire apparaître le nom de l'attributaire ainsi que le montant du marché attribué.

Enfin, comme le mentionne l'article L 2122-23 du CGCT, le maire doit rendre compte au conseil municipal des décisions prises par délégation.

Toutefois, si le conseil municipal souhaite conserver la prise de décision en matière de marchés publics, il ne doit pas octroyer cette délégation au maire. Il peut également **moduler la délégation** en fixant des limites en fonction du montant hors taxe des marchés, de leur catégorie (fournitures, services, travaux), de la procédure suivie (procédures formalisées, procédure adaptée...) ou du type d'actes (les avenants pouvant être exclus de la délégation ou limités par un pourcentage).

Si une délégation a été accordée, le conseil municipal peut la retirer ou la modifier en prenant une nouvelle délibération.

2) La délibération ou décision d'attribution

Les délibérations et les décisions d'attribution d'un marché public doivent contenir certaines informations.

La **délibération d'attribution** doit préciser l'objet du marché, le nom du titulaire, indiquer le montant exact dudit marché en HT (en cas de marché alloti, nécessité de donner ces informations pour chaque lot) et autoriser expressément sa signature (CE, 13 octobre 2004, n°254007, commune de Montélimar).

La **décision d'attribution** doit, quant à elle, mentionner l'objet du marché, le nom de l'attributaire et le montant HT du marché ou des différents lots (le pouvoir exécutif ayant déjà reçu l'autorisation de signer dans le cadre de la délégation).

3) La commission d'appel d'offres (CAO)

Je vous rappelle que la circulaire préfectorale n°15 du 5 juin 2020 est venue présenter les dispositions concernant la CAO ainsi que la commission de délégation de service public (CDSP).

a- Le rôle de la CAO

Depuis la réforme des marchés publics du 1^{er} avril 2016, le rôle de la CAO est fixé par l'article L 1414-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

Cet article dispose que :

« 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 commission d'appel d'offres** composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 ».

Les seuils européens figurent à l'annexe 2 du code de la commande publique (CCP). Les seuils applicables depuis le 1^{er} janvier 2022 ont été précisés en annexe de la circulaire préfectorale n°47 du 16 décembre 2021. Ils sont de :

- Pour les pouvoirs adjudicateurs :
 - * 215 000 € HT pour les marchés de fournitures et services
 - * 5 382 000 € HT pour les marchés de travaux
- Pour les entités adjudicatrices :
 - * 431 000 € HT pour les marchés de fournitures et services
 - * 5 382 000 € HT pour les marchés de travaux

En-deça de ces seuils européens, la **CAO ne peut émettre qu'un avis**. C'est à l'assemblée délibérante ou au pouvoir exécutif s'il a délégation **d'attribuer** les marchés publics.

Attention, la CAO se limite à l'attribution. Elle ne se charge pas de l'élimination des candidatures non recevables, des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, ni de la déclaration d'une procédure infructueuse ou sans suite. Ce rôle est dévolu à l'exécutif.

Enfin, en application de l'article L 1414-4 du CGCT, la **CAO donne son avis** sur tous les projets de **modification** entraînant une augmentation du montant global **supérieure à 5 %**, à la condition que les **marchés** sur lesquels ils portent aient été **attribués par la CAO**.

b- L'élection et la réélection d'une CAO

En préambule, je tiens à vous rappeler que la CAO n'a plus un caractère permanent. Par conséquent, elle peut n'être élue que dans le cas où sa création devient nécessaire à l'attribution d'un marché public. La fiche jointe à la circulaire n°15 du 5 juin 2020 apporte des informations quant à l'élection de la CAO.

Par ailleurs, le **président de la CAO ne peut pas faire partie des membres de cette instance, ni choisir son représentant parmi les membres titulaires et suppléants de cette commission** (CAA Lyon, n°98/LY00752, 20 novembre 2003, Préfet du Rhône). Le choix de ce remplaçant fera l'objet d'une décision du pouvoir exécutif.

D'autre part, comme le précise la fiche de la direction des affaires juridiques (DAJ) intitulée « l'intervention de la commission d'appel d'offres », le **remplacement total** de la commission 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**, conformément aux prescriptions de l'article L 2121-22 du CGCT. Cette hypothèse se rencontre en cas de vacance d'un siège qui ne peut être pourvu en raison de l'épuisement de la liste de titulaires et de suppléants.

Le juge administratif a également considéré qu'une commune devait procéder à une nouvelle élection de la CAO lorsque la composition de cette dernière n'assure plus le respect du principe de la représentation proportionnelle des différentes tendances en son sein (CE, 20 novembre 2013, n°353890, commune de Savigny-sur-Orge).

Depuis la réforme des marchés publics, entrée en vigueur le 1er avril 2016, les règles de remplacement d'un membre de la CAO sont laissées à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

En effet, les nouveaux textes ne comportent pas de dispositions traitant précisément du remplacement d'un membre de la CAO cessant définitivement ses fonctions.

Toutefois, **pour pallier les vacances au sein d'une CAO** en ne fragilisant pas juridiquement cette dernière, vous pouvez conserver les règles de remplacement qui étaient antérieurement prévues par l'article 22 du code des marchés publics (aujourd'hui abrogées, mais parfaitement compatibles avec les nouveaux textes en vigueur).

Ainsi, lors du départ d'un **membre titulaire de la CAO**, il est **remplacé par le 1er candidat suppléant figurant sur la même liste que lui et qui n'avait pas été élu membre titulaire**. Le **membre suppléant devenu titulaire est remplacé par l'élu présent sur la même liste que lui et figurant immédiatement après lui sur cette liste**. Le renouvellement intégral par réélection de la CAO n'est prévu que lorsque cette méthode réglementaire de remplacement n'est plus possible à mettre en œuvre pour cause d'épuisement de la liste concernée.

Il appartient à chaque collectivité de déterminer les règles d'organisation et de fonctionnement de sa CAO qui ne sont plus prévues par les textes, notamment le remplacement de ses membres. Par conséquent, **le fonctionnement de la CAO doit faire l'objet d'un règlement intérieur** propre à l'acheteur acté par délibération. En effet, dès lors qu'une telle commission a en principe vocation à être une instance permanente, il importe que des règles de fonctionnement précises et pérennes soient fixées en amont des réunions afin de prévenir toute contestation quant à la légalité externe des décisions qu'elle est amenée à prendre.

4) La durée du marché

a- Les marchés ordinaires

Tous les marchés publics sont soumis à l'**obligation de durée limitée**, conformément à l'article L 5 du CCP.

L'article L 2112-5 dudit code précise que *« la durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État, sous réserve des dispositions du présent livre relatives à la durée maximale de certains marchés »*.

De plus, l'article R 2112-4 du CCP indique qu'« *un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale* ».

En conséquence, les marchés publics conclus sans terme, autrement dit sans durée limitée, sont contraires à la réglementation applicable en la matière.

A ce titre, la cour administrative d'appel de Bordeaux a récemment eu à se prononcer sur le maintien d'un marché public tacitement reconduit depuis plus d'une décennie au profit de son titulaire initial (CAA de BORDEAUX, 3ème chambre, 22/03/2021, 18BX02696, Lecture du lundi 22 mars 2021).

Dans cette affaire, le juge a notamment précisé que : « *les conditions de renouvellement du contrat litigieux à 5 reprises par tacite reconduction entre 2006 et 2014, auraient dû respecter une procédure de publicité et de mise en concurrence* ».

b- Les accords-cadres

Il existe deux sortes d'accords-cadres :

- des accords-cadres s'exécutant par la conclusion de marchés subséquents ;
- des accords-cadres s'exécutant par l'émission de bons de commande.

Le recours à l'accord-cadre suppose de respecter certaines exigences prévues par la réglementation, dont la **durée**.

En effet, conformément à l'article L 2125-1 du CCP, **la durée ne peut dépasser 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs et 8 ans pour les entités adjudicatrices**.

Ces délais pourront être dépassés dans des cas exceptionnels qu'il faudra justifier (en raison de l'objet, d'investissements amortissables sur une période supérieure...). Pour les accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs et faisant l'objet d'un avis de marché publié au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE), cette justification devra être portée dans cet avis mais pas obligatoirement dans les documents de la consultation. Pour les autres accords-cadres, cette information sera mentionnée dans les documents du marché uniquement si elle est utile pour les candidats. Enfin, elle devra être portée dans le rapport de présentation lorsque celui-ci est obligatoire (article R 2184-1 du CCP). Concernant les entités adjudicatrices, il leur est conseillé de conserver la justification même si le CCP ne le leur imposent pas.

Par ailleurs, l'accord-cadre prendra fin lorsque le montant maximum sera atteint. A ce titre, je vous rappelle qu'un **accord-cadre doit nécessairement avoir un montant maximum** comme indiqué dans la circulaire préfectorale n°6 du 25 janvier 2022.

En effet, le décret n°2021-1111 du 23 août 2021 a modifié les articles R 2121-8 et R 2162-4 du CCP. Ces derniers ne permettent désormais plus la conclusion d'accords-cadres sans maximum.

L'article R 2121-8 du CCP précise que « *la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre* ».

Quant à l'article R 2162-4 dudit code, il dispose qu'un accord-cadre peut être conclu :

- soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;
- soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité.

De plus, un bon de commande émis pendant la durée de validité de l'accord-cadre peut s'exécuter au-delà du terme à la condition que ce dépassement reste raisonnable.

Pour de plus amples informations sur les accords-cadres, je vous invite à consulter la fiche de la DAJ intitulée « Les accords-cadres » :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/accords-cadres-2019.pdf?v=1580282647.

Attention, cette fiche ne tient pas compte de l'obligation concernant le montant maximum.

Enfin, certains **marchés publics, dits « mixtes »**, peuvent comporter une part de prestations ayant vocation à être exécutées au moyen de bons de commande.

Ces contrats sont admis par le juge administratif (CE, n°340212, 29 octobre 2010, « Syndicat d'assainissement de la région Ouest de Versailles »). Toutefois, ce dernier a précisé que les

clauses relatives à l'émission de bons de commande devaient respecter le régime juridique des accords-cadres dont notamment la durée.

De plus, le juge administratif pourrait également considérer que l'absence d'un maximum (montant ou quantité), pour la partie du marché public nécessitant l'émission de bons de commande, soit un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence entachant, par conséquent, d'illégalité la passation desdits marchés.

5) La transmission des marchés et accords-cadres

a- Seuil de transmission

Comme stipulé à l'article L 2131-1 du CGCT, les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'ils ont été portés à la connaissance des intéressés dans les conditions prévues au présent article et, pour les actes mentionnés à l'article L 2131-2, dès qu'il a été procédé à la transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement.

En complément, le point 4 de l'article L 2131-2 dudit code indique notamment que « les marchés et les accords-cadres » *d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement* », sont transmissibles au titre du contrôle de légalité.

Comme mentionné à l'article D 2131-5-1 du CGCT et rappelé dans la circulaire préfectorale n°47 du 16 décembre 2021, le seuil à respecter pour la transmission des marchés et accords-cadres est le seuil applicable aux marchés de fournitures et de services des pouvoirs adjudicateurs locaux.

Le seuil en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022 est fixé à 215 000 € HT.

Pour mémoire, les contrats de sous-traitance passés en cours d'exécution du marché ne sont pas transmissibles. La transmission concerne uniquement les actes de sous-traitance contractés au moment de la passation du marché.

b- La transmission électronique

Les collectivités ayant adhéré au dispositif @CTES, peuvent télétransmettre.

Les circulaires préfectorales n°56 du 21 septembre 2018 et n°56 du 5 novembre 2019, apportent toutes précisions utiles sur les modalités de transmission électronique des actes de la commande publique (marchés publics et concessions) soumis au contrôle de légalité, via l'application @CTES.

A ce titre, je tiens à vous rappeler quelques points :

La nature de l'acte à choisir doit être « Contrats, conventions et avenants ».

Ce choix est important puisqu'il conditionne le **nommage des pièces jointes**. En effet, chaque pièce doit être rattachée à une codification. La dénomination « Autre document » ne permettant pas de connaître le type de document joint sans l'ouvrir, est à proscrire.

Les **bordereaux de transmission** joints aux circulaires ont été un peu remaniés. Ils permettent de connaître la codification à employer (voir la colonne de droite). **Devant accompagner chaque envoi**, ils sont accessibles en version utilisable sur le site internet des services de l'État dans l'Allier (<https://www.allier.gouv.fr/Actions-de-l-Etat/Relations-avec-les-collectivites-territoriales/Fiches-conseil-et-documentation/Fiches-conseil>). A ce titre, il existe des bordereaux pour les marchés et accords-cadres non allotis, pour les marchés et accords-cadres allotis (2 bordereaux nécessaires : l'un pour les « documents communs » et l'autre pour les « Attributaires » des lots), pour les marchés subséquents et pour les modifications des marchés publics.

Pour rappel, le nombre d'envois correspond au nombre de lots + 1 pour les pièces communes (1 envoi pour les pièces communes + 1 envoi par lot).

Par exemple, si le marché comporte 3 lots, 4 envois devront être effectués : 1 pour les pièces communes (envoi 1/4) puis 1 envoi par lot (envois 2/4, 3/4 et 4/4).

Enfin, je tiens à vous spécifier que tout acte de la commande publique n'est **exécutoire** qu'à compter de sa notification (ou publication) et de sa **complète transmission au représentant de l'État en vue du contrôle de légalité** (article L 2131-1 du CGCT). L'article L 2131-2 II du CGCT précise que la transmission des décisions individuelles doit intervenir dans un délai de 15 jours à compter de leur signature. De plus, le démarrage du délai du contrôle de ces actes ne commencera qu'à compter de l'obtention de l'intégralité des pièces (article R 2131-5 du CGCT).

Pour mémoire, les circulaires précitées portent également sur les concessions, dont les délégations de service public (DSP). Des bordereaux spécifiques ont été rédigés : l'un pour la transmission des concessions et l'autre pour la transmission de leurs modifications.

6) Les modifications (avenants)

a- Passation d'une modification

Les modifications concernent les contrats en cours d'exécution. Elles ne doivent pas être confondues avec la mise au point visée à l'article R 2152-13 du CCP, qui est passée entre l'acheteur et le soumissionnaire retenu pour apporter des modifications non substantielles de l'offre ou du marché avant sa signature et qui est annexée à l'acte d'engagement.

Les modifications des marchés publics figurent aux articles L 2194-1 à L 2194-3 et R 2194-1 à R 2194-10 du CCP, et celles concernant les contrats de concession aux articles L 3135-1, L 3135-2 et R 3135-1 à R 3135-9 du CCP.

Les articles L 2194-1 et L 3135-1 énumèrent les **6 cas autorisés**, à savoir :

- 1^{er} cas : Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen (quel que soit leur montant)

- 2^{ème} cas : Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires (modification ne pouvant pas dépasser 50 % du montant du marché initial passé par un pouvoir adjudicateur ; en cas de modifications successives, cette limite s'applique à chaque modification mais il ne faut pas que ces modifications successives aboutissent au contournement des obligations de publicité et de mise en concurrence)

- 3^{ème} cas : Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (modification ne pouvant pas dépasser 50 % du montant du marché initial passé par un pouvoir adjudicateur, les modifications successives ne doivent pas permettre de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence)

- 4^{ème} cas : Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;

- 5^{ème} cas : Quel que soit leur montant, les modifications ne sont pas substantielles (la définition d'une modification substantielle est donnée à l'article R. 2194-7) ;

- 6^{ème} cas : Les modifications sont de faible montant (inférieur aux seuils européens et 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou 15 % du montant initial pour les marchés de travaux ; au-delà, vérification que les modifications ne sont pas substantielles).

Ces modifications ne doivent pas changer la nature globale du marché. Elles doivent être justifiées et expliquées.

Un avis de modification doit être publié au JOUE pour les marchés passés selon une procédure formalisée et pour les concessions ne relevant pas de règles particulières en matière de passation, si les modifications concernent les cas 2 et 3 sus-mentionnés (articles R. 2194-10 du CCP).

Par ailleurs, une modification doit être passée impérativement **avant la fin du marché public** auquel elle se rapporte.

Je vous rappelle que le Conseil d'État, dans son arrêt n°94511 « Société du journal de l'Aurore » du 25 juin 1948, a érigé le principe de non-rétroactivité des actes administratifs en principe général du droit.

L'article R 2182-5 du CCP précise, quant à lui, que « *les marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics prennent effet à la date de réception de la notification au titulaire sous réserve du respect des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives au contrôle de légalité* ».

D'autre part, je vous rappelle que toute modification entraînant **une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 %** doit être soumise pour **avis à la CAO** lorsque le **marché initial avait lui-même été soumis à cette instance**.

Enfin, je vous précise que la DAJ, dans sa fiche intitulée « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution » apporte des informations sur les différentes hypothèses.

b- Transmission

Par parallélisme des formes, **une modification à un marché qui n'a pas été transmis pour contrôle de légalité en raison de son montant, n'a pas à être transmise au représentant de l'État**.

En ce qui concerne les **concessions, toutes les modifications** doivent être **communiquées**.

Les envois dématérialisés des modifications transmissibles sont réalisés via la plateforme @CTES et devront avoir pour objet : le n° de la modification, le n° du lot s'il y a, l'intitulé du marché (ou de la concession) et le montant de la modification.

Comme indiqué au point 5b, deux bordereaux ont été établis, l'un pour les marchés et accords-cadres et l'autre pour les concessions. Ils devront être joints avec les pièces communiquées.

Enfin, je vous rappelle que le projet de modification doit être joint à la délibération autorisant la signature d'une modification, ou à la décision si l'exécutif a pris un acte formel spécifique.

c- L'indemnité d'imprévision n'est pas une modification du contrat

Comme précisé dans les circulaires préfectorales n°15 du 12 avril 2022 et n°25 du 30 septembre 2022, l'indemnité d'imprévision doit être formalisée par une **convention** liée au contrat et non une modification car elle ne modifie pas le contrat mais vient compenser temporairement des **charges extra-contractuelles**.

Cette convention sera applicable pendant la situation d'imprévision et pourra prévoir une clause de rendez-vous à l'issue du contrat de manière à fixer le montant définitif de l'indemnité.

* *

*

Je vous remercie de bien vouloir veiller au respect de ces différentes règles concernant la commande publique.

Toutes les circulaires préfectorales référencées dans ce document sont accessibles sur le site internet des services de l'État dans l'Allier (<https://www.allier.gouv.fr/Publications/Circulaires-prefectorales>). Il en est de même pour les bordereaux concernant la transmission dématérialisée (<https://www.allier.gouv.fr/Actions-de-l-Etat/Relations-avec-les-collectivites-territoriales/Fiches-conseil-et-documentation/Fiches-conseil>). De nouveaux bordereaux ont été mis en ligne.

Je vous rappelle, pour finir, que la commande publique a fait l'objet de plusieurs réformes au cours des dernières années :

- abrogation du code des marchés publics (CMP) par l'article 102 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

- abrogation de cette même ordonnance par l'article 18 de l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 ;

- abrogation de son décret d'application n°2016-360 du 25 mars 2016 par l'article 14 du décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 ;

- **depuis le 1^{er} avril 2019**, application du **code de la commande publique pour tous les actes de la commande publique** (marchés publics, accords-cadres et concessions).

Aussi, je vous remercie de bien vouloir vous assurer que vos actes et documents intéressant la commande publique (délibérations, décisions, marchés publics...) ne fassent plus référence aux textes abrogés et visent les dispositions du code de la commande publique.

Pour la Préfète et par délégation,
Le Secrétaire Général



Alexandre SANZ

Liste des destinataires :

- Monsieur le Président du Conseil Départemental
- Mesdames et Messieurs les Maires du Département
- Mesdames et Messieurs les Présidents des Établissements Publics de Coopération Intercommunale
- Madame la Présidente d'Allier Habitat
- Monsieur le Président de l'Office Public de l'Habitat de Montluçon
- Monsieur le Président du Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale
- Monsieur le Président du conseil d'administration du Service Départemental d'Incendie et de Secours
- Messieurs les Présidents des CCAS de Moulins, Montluçon et Vichy
- Madame la Directrice du Centre National du Costume de Scène à Moulins (CNCS)
- Madame la Présidente de l'Agence Technique Départementale de l'Allier
- Madame la Sous-Préfète de Vichy (en communication)
- Monsieur le Sous-Préfet de Montluçon (en communication)
- Monsieur le Directeur Départemental des Finances Publiques (en communication)

