

Fiche n°3
Commande publique et contrats de concession

Les principales irrégularités constatées à l'occasion du contrôle de légalité portent sur :

- La publicité

Les dossiers transmis en préfecture ou sous-préfecture ne comportent parfois qu'une copie écran de l'avis d'appel à la concurrence envoyé aux instances chargées de sa publication. Or, c'est une copie de chaque publicité parue, faisant apparaître le nom du support et la date de parution, qui doit être jointe aux marchés ou contrats de concession.

Par ailleurs, il est nécessaire de respecter, dans le détail, les obligations relatives aux supports et au contenu de la publicité. Tout manquement dans ce domaine est susceptible de conduire à l'annulation du marché. Ainsi, il arrive fréquemment que certaines publications ne soient pas effectuées, notamment au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils communautaires dont les montants sont rappelés en annexe ou que certaines rubriques obligatoires ne soient pas complétées dans les avis de publicité.

Sur ce point, il est recommandé de consulter la fiche technique de la direction des affaires juridiques (DAJ) du Ministère de l'Economie, des Finances, de l'Action et des Comptes Publics intitulée « *comment utiliser les formulaires européens* » consultable sur le site www.economie.gouv.fr

- Le manque d'allotissement des marchés

De nombreux marchés ne sont pas allotis comme l'impose l'article 32-I de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

En ce sens, les dispositions de cet article prévoient que « *les marchés publics autres que les marchés de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés.* »

Cette obligation s'applique aussi aux accords-cadres, que ceux-ci donnent lieu à la passation de marchés subséquents ou de bons de commande.

Cependant, si les dispositions de l'article 32-I donnent la possibilité de ne pas allotir un marché public dans des cas non-exhaustifs listés, elles imposent de motiver ce choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision.

A ce titre, il revient à la collectivité de porter ces justifications dans les pièces du marché transmises au contrôle de légalité conformément à l'article 12 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (documents de la consultation ou rapport de présentation lorsque la valeur estimée du marché est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée).

En effet, la jurisprudence sanctionne l'absence d'éléments apportés au soutien des affirmations des acheteurs, au-delà de l'invocation des motifs visés par les textes.

- Les marchés à bons de commande sans montant maximum

Pour un mode de passation qualifié « à bons de commande », la quantité estimative annuelle déterminée au lancement de la procédure, et figurant sur l'avis d'appel à la concurrence, n'a pas de valeur contractuelle.

Seule la valeur maximale des bons de commande compte, et lorsqu'aucun maximum n'est indiqué pour les bons de commande, la valeur du besoin est réputée non limitée, et excéder le seuil européen mentionné à l'article 42 de l'ordonnance.

Il convient donc de recourir à une procédure formalisée, quand le marché à bons de commande est sans maximum.

- Le manque de motivation des modifications dans les délégations de service public (DSP)

Les articles 36 et 37 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession encadrent les modifications réalisées à compter du 1er avril 2016 sur des contrats de concession (DSP notamment) qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant le 1er avril 2016.

Ainsi, l'article 36 énumère six cas dans lesquels la personne publique peut modifier une DSP en cours.

En dehors de ces possibilités, toute modification d'un contrat pourrait être considérée comme irrégulière.

Or, les modifications reçues ne comportent bien souvent aucune justification ni d'ailleurs aucun pourcentage d'augmentation engendré par cette modification.

De ce fait, les services préfectoraux sont contraints de demander régulièrement, par courrier, aux collectivités ces indications nécessaires au contrôle de légalité.

Il revient donc à la collectivité d'indiquer dans ses documents l'alinéa de l'article 36 auquel elle a recours ainsi que le pourcentage mentionné ci-dessus.

Annexe 1 : **Seuils communautaire et de transmission**

A partir du 1er janvier 2018 et jusqu'au 31 décembre 2019, les nouveaux seuils applicables aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2018, sont les suivants en fonction de la nature des prestations à réaliser :

Nature des prestations	Seuils 2016-2017 (euros HT)	Seuils 2018-2019 (euros HT)
Travaux	5 225 000	5 548 000
Fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs	209 000	221 000
Fournitures et services des entités adjudicatrices	418 000	443 000

Cette modification n'a pas d'incidence sur le seuil de transmission des marchés au titre des dispositions des articles L.2131-1 et L.2131-2 du CGCT, mentionné à l'article D.2131-5-1 de ce même code, qui demeure fixé à 209 000 euros HT.

Annexe 2 :
Pièces nécessaires au contrôle de légalité des marchés publics et contrats de concession

Les pièces à fournir pour la transmission des marchés publics sont inscrites à l'article R2131-5 du code général des collectivités locales (CGCT) qui dispose :

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

1° la copie constitutive 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 et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation ;

6° les renseignements, attestations et déclarations fournis par les candidats en vertu des articles 50 et 51 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. »

Les « pièces constitutives du marché » sont formées pour l'essentiel des documents suivants :

- acte d'engagement ;
- cahier des clauses administratives (CCAP) ;
- cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ;
- mémoire technique ;
- documents relatifs au prix ;
- documents de candidature ;
- analyse des offres détaillée ;
- copie des lettres envoyées aux candidats.

En ce qui concerne les contrats de concession (délégation de service public notamment), ils sont soumis à l'obligation de transmission au contrôle de légalité conformément aux articles L.2131-2 et L.1411-9 du CGCT, et ce, sans aucune condition de seuil. L'article R.2131-5 du CGCT, relatif aux pièces à transmettre, s'applique par analogie.