



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFET DE MEURTHE-ET-MOSELLE

Préfecture

Direction de l'action locale

Bureau du contrôle de
légalité, de
l'intercommunalité et du
conseil aux collectivités

Affaire suivie par : Sylvie ANSELM
Téléphone 03 83 34 25 81
Télécopie 03 83 34 22 24
Courriel: sylvie.anselmi@meurthe-et-moselle.gouv.fr

Signée

Nancy, le 10 JUL. 2012

LE PRÉFET DE MEURTHE-ET-MOSELLE

à

Monsieur le Président du Conseil Général
Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les Présidents
d'établissements publics locaux et de
coopération intercommunale
Messieurs les Présidents des Offices Publics
de l'Habitat
Monsieur le Président du Conseil
d'administration du SDIS

En communication à Madame la Sous-
Préfète de Briey et Messieurs les Sous-
Préfets de Toul et Lunéville
Madame la Présidente de l'Association des
Maires de Meurthe-et-Moselle
Monsieur le Directeur départemental des
finances publiques de Meurthe-et-Moselle

OBJET : Contrôle de légalité des marchés publics.

Dans le cadre du contrôle de légalité effectué sur les marchés publics des collectivités territoriales transmis en préfecture, il m'a paru utile de mettre l'accent sur les différents points suivants :

- seuils de publicité et de transmission des marchés en préfecture,
- pièces à transmettre au contrôle de légalité,
- irrégularités souvent constatées,
- remise en cause possible de l'octroi éventuel de subventions européennes (FEDER).

I – Rappel des seuils de publicité et de transmission

Le règlement n°1251/2011 du 30 novembre 2011 a modifié les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés. Ces seuils, entrés en vigueur au 1er janvier 2012, sont les suivants :

- 200 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services,
- 400 000 € HT pour le seuil spécifique de ce type de marchés passés par les entités adjudicatrices,
- 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux.

.../...

Je vous rappelle que ces seuils doivent être respectés, tant pour la détermination des procédures à mettre en œuvre que pour les mesures de publicité à effectuer, à l'occasion des procédures pour lesquelles une consultation aura été engagée ou un avis d'appel à la concurrence aura été envoyé à la publication à partir du 1er janvier 2012.

Aussi, le code des marchés publics, l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 mais également les textes relatifs aux contrats de partenariat ont été actualisés par le décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique en reprenant ces nouveaux seuils communautaires.

Le seuil de transmission des marchés de fournitures, services ou travaux au contrôle de légalité passe quant à lui à 200 000 € HT au lieu de 193 000 € HT précédemment, en application des articles L2131-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) pour les communes, L3131-2 du CGCT pour les départements et L5211-3 du CGCT pour les établissements publics. Cependant, tout marché inférieur à ce seuil qui serait transmis en préfecture est susceptible de faire l'objet d'un contrôle.

En outre, par décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011, le seuil de dispense de procédure est désormais fixé à 15 000 € HT au lieu de 4 000 € HT. Toutefois, le pouvoir adjudicateur devra être à même de pouvoir justifier les motifs de son choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité des procédures qu'il aura employées.

S'agissant des avenants, j'observe que de nombreux avenants de marchés non transmissibles au contrôle de légalité parviennent en préfecture. Sur ce point, je vous précise qu'en application de l'article L2131-2 du CGCT, seuls les avenants de marchés transmissibles au contrôle de légalité sont également transmissibles (V. Réponse du Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales publiée dans le JO Sénat du 19/06/2008 – page 1229).

Néanmoins, je vous rappelle qu'en vertu de l'article L2131-3 du CGCT, le préfet peut demander à tout moment communication des contrats (marchés ou avenants) non soumis à obligation de transmission.

II – Pièces constitutives des marchés à transmettre en préfecture

L'examen des marchés réceptionnés en préfecture fait souvent ressortir l'absence de pièces nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité.

Je vous rappelle que pour être complet, un dossier doit comporter les pièces énumérées ci-dessous, en application des articles R2131-5 et R2131-7 du CGCT :

- la délibération de l'assemblée autorisant l'exécutif à signer le marché, sauf s'il existe une délégation générale permettant notamment de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accord-cadres (articles L2122-22 pour les communes, L3221-11 pour les départements et L5211-2 du CGCT pour les établissements publics),

- le(s) acte(s) d'engagement [art.12 du code des marchés publics (CMP)],
- le devis estimatif ou le bordereau de prix unitaire (même article que précédemment),
- le cahier des clauses administratives et le cahier des clauses techniques particulières (art. 13 du CMP),
- l'avis d'appel public à la concurrence (art. 40 du CMP),
- l'avis publié sur le profil d'acheteur de la collectivité (art. 40 précité),
- le cas échéant, les procès-verbaux de la commission d'appel d'offres signés par les membres ayant voix délibérative (art. 25 du CMP),
- le règlement de la consultation (art.42 du CMP),
- la lettre de candidature des entreprises retenues et une déclaration sur l'honneur de celles-ci justifiant le respect des dispositions énoncées aux articles 43 et 44 du CMP,
- les attestations fiscales et sociales délivrées par les administrations et organismes compétents (art.46 du CMP),
- le rapport d'analyse des offres,
- le rapport de présentation (art.79 du CMP), obligatoire pour les marchés formalisés,
- le courrier de rejet des entreprises non retenues dans le cadre des procédures formalisées (art.80 du CMP),
- toutes les pièces requises dans les documents de la consultation (mémoire technique, attestations d'assurances, références des entreprises,...)

Cependant, les plans ne sont pas transmissibles au contrôle de légalité, conformément à l'article R 2131-5 du CGCT précité.

Les marchés des offices publics de l'habitat relèvent à présent de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 (art. 132).

Les OPH sont, aux termes du Code de la construction et de l'habitat (article L421-1 du CCH), des « établissements publics locaux à caractère industriel et commercial » qui sont rattachés à un établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat à un département ou à une commune (article L421-6 du CCH). Leurs marchés et accords-cadres restent donc soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat, conformément à l'article L2131-12 du CGCT pour les communes et L3241-1 du même code pour les départements.

En conséquence, afin de faciliter le contrôle de ces marchés et en application du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 modifié, les pièces listées ci-dessus sont également exigées lors de leur transmission en préfecture.

III – Irrégularités courantes récemment relevées

Vous trouverez ci-après un tableau récapitulant les illégalités récentes souvent constatées lors du contrôle effectué sur les marchés transmis en préfecture :

.../...

Irrégularités	Règles applicables
Avis de publicité incomplets, en procédure formalisée, pour les publications au BOAMP (Bulletin officiel d'annonces des marchés publics) et JOUE (Journal officiel de l'Union européenne).	Le défaut de renseignement de rubriques obligatoires (notamment celles relatives aux modalités de financement et de paiement, aux procédures de recours...) constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et peut dès lors entraîner l'annulation des marchés par le juge administratif. Depuis le 16 septembre 2011, les avis publiés à la fois au BOAMP et au JOUE doivent être conformes au modèle d'avis annexé au règlement d'exécution (UE) n°842/2011. Ce nouveau règlement modifie à la marge le formulaire établi par le règlement CE n°1564/2005, désormais abrogé.
Passation de marchés uniques	Le code des marchés publics pose le principe du recours à l'allotissement comme règle de base de la commande publique quel que soit le type de procédure choisie (art.10 du CMP). Le recours à un marché global étant une dérogation introduite par le code des marchés publics, elle est interprétée strictement par le juge administratif (CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, n°319 949). A l'inverse, l'allotissement est facultatif sous l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, cas désormais des offices publics de l'habitat (art.132 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 susvisée).
Décisions d'attribution des marchés à procédure adaptée prises par la commission d'appel d'offres	L'attribution des marchés en procédure adaptée doit revenir en dernier lieu à l'assemblée délibérante ou par délégation à l'exécutif et non à la commission d'appel d'offres ou à une commission ad hoc qui n'en a pas la compétence (V. TA Nîmes, 27 juin 2008, Société O'Maley Consulting c/Conseil général du Vaucluse, n°0624272). Néanmoins, l'avis de cette commission peut être requis dans le cadre d'une telle procédure.
Imprécision du critère de sélection des offres concernant la valeur technique	Le critère « valeur technique » est un critère qualitatif qui doit être suffisamment détaillé en amont par le pouvoir adjudicateur pour informer les candidats de sa démarche de notation dans le but de garantir l'égalité de traitement des candidats ainsi que la transparence des procédures. L'absence d'indication particulière sur les attentes du pouvoir adjudicateur en terme de valeur technique laisse une marge d'appréciation trop importante pouvant être sanctionnée par le juge administratif (CE, 28 avril 2006, commune de Toulouse, n°280197). Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré que la pondération ou la hiérarchisation de sous-critères est susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection, donc ils doivent eux-mêmes être regardés comme des critères de sélection et ainsi être pondérés ou hiérarchisés (V. CE 18 juin 2010, Commune de Saint Pal de Mons).
Actes d'engagements non datés et non signés par le pouvoir adjudicateur	L'article 11 CMP dispose que « l'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par le pouvoir adjudicateur. » La date de signature de l'acte d'engagement par le pouvoir adjudicateur est nécessaire en ce sens qu'elle permet ensuite de procéder à la notification du marché (la notification est obligatoire avant tout commencement d'exécution pour les marchés dont le montant est supérieur à 15 000 € HT en vertu de l'art.81 du CMP).

	<i>Cette date est également le point de départ du délai de quinze jours requis pour la transmission des marchés en préfecture (art. L1411-9 et L2131-13 du CGCT).</i>
Absence d'indication, en procédure formalisée, du délai de suspension de signature, dit délai de « <i>standstill</i> », dans la lettre de rejet aux candidats évincés	<i>La notification aux candidats du rejet de leur offre doit indiquer le délai de suspension de signature indiqué à l'article 80-1 du CMP. A défaut, un candidat évincé, débouté d'un référé précontractuel, peut introduire un référé contractuel (CE, 30 novembre 2011, « DPM Protection et autre », n°350788).</i>
Avenants bouleversant l'économie du contrat	<i>Une augmentation par avenant de 15% à 20% ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat et être par voie de conséquence considérée comme irrégulière. La seule exception à ce principe concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, comme indiqué à l'article 20 du CMP.</i> <i>Si les avenants aux marchés des offices publics de l'habitat ne sont plus soumis aux dispositions de l'article 20 du CMP, la règle selon laquelle ces avenants ne doivent pas bouleverser l'économie du contrat demeure.</i> <i>Cette règle découle des grands principes généraux applicables à tous les marchés : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures (art.6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée) dans la mesure où un bouleversement de l'économie du contrat entraînerait de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence.</i>

IV – Refus de l'octroi ou du versement de fonds européens en cas d'irrégularités

Dans le cadre de la mise en œuvre du programme européen Objectif Compétitivité Régionale et Emploi 2007-2013, un audit a été réalisé par la Commission interministérielle de Coordination des Contrôles (CICC) auprès des services du Secrétariat général aux Affaires régionales (SGAR) pour s'assurer du bon fonctionnement du système de contrôle sur les marchés publics cofinancés par des fonds européens.

A ce titre, je tiens à attirer votre attention sur le fait que désormais toute irrégularité relevée dans un marché public faisant l'objet d'une demande de fonds européens ou s'étant vu octroyer de tels fonds sera de nature à conduire au refus de l'octroi ou de versement de l'aide par l'autorité de gestion du programme européen et ce, quand bien même aucun recours gracieux du préfet n'aura été formulé (V. CJUE, 21 décembre 2011, Ministre de l'intérieur c/ CCI de l'Indre).

Cette disposition vaut également pour les marchés non transmissibles en préfecture.

Par voie de conséquence, il est impératif de vous assurer de la sécurité juridique de vos contrats.

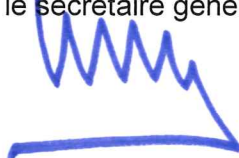
.../...

Je vous précise, à toutes fins utiles, que vous disposez de différents supports d'information visant à préparer la passation de vos marchés dans le respect de l'actualité réglementaire et jurisprudentielle :

- le site « BERCY COLLOC » : <http://www.colloc.bercy.gouv.fr>,
- la cellule d'information juridique aux acheteurs publics installée à Lyon :
 - . par téléphone au 04 72 56 10 10 du lundi au vendredi de 8h30 à 12h30,
 - . par télécopie au 04 72 40 83 04 .
- la commission consultative des marchés publics (CCMP) fournit aux collectivités territoriales une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés et des accords-cadres dont le montant estimé est supérieur à 1 000 000 € HT :
 - . courriel : ccmp@finances.gouv.fr,
 - . tél. : 01 44 97 33 28
 - . fax : 01 44 97 06 64
 - . site <http://www.economie.gouv.fr/daj>, rubrique « marchés publics » puis « commission consultative des marchés publics ».

Mes services restent à votre disposition pour tout renseignement ou explication complémentaire.

Le préfet,
pour le préfet et par délégation,
le secrétaire général,


Jean-François RAFFY