



**PRÉFET
DE L'ISÈRE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Direction des relations avec les collectivités
Bureau du conseil et du contrôle de légalité

Secrétariat Général

Grenoble, le **21 JUIN 2023**

Le préfet

à

Monsieur le Président du Conseil départemental
Mesdames et Messieurs les présidentes et présidents des
EPCI à fiscalité propre
Mesdames et Messieurs les maires du département
Monsieur le Président du SDIS
Mesdames et messieurs les Présidents
d'Offices Publics de l'Habitat

En communication à :
Madame la Sous-Préfète de La Tour du Pin et
Monsieur le Sous-Préfet de Vienne

Circulaire n°2023-05
consultable sur le site internet de la préfecture

Objet : Principales irrégularités observées en 2022-2023 au titre du contrôle de légalité des actes de la commande publique

Comme vous le savez, le représentant de l'État est chargé, en vertu des dispositions de l'article 72 de la Constitution, d'exercer un contrôle administratif sur les actes des collectivités territoriales et des établissements publics locaux. Ce contrôle constitue la contrepartie du principe de leur libre administration garanti par le même cadre constitutionnel.

Dans un souci de sécurisation des marchés et contrats de concession passés par votre collectivité, il m'a semblé utile de vous rappeler quelques grands principes de la commande publique, suite aux principales illégalités ou irrégularités constatées par mes services dans l'exercice du contrôle de légalité.

A) Obligation d'allotissement des marchés publics

Alors que le Code de la commande publique (CCP) érige en principe l'allotissement d'un marché public (article L 2113-10), le recours au non-allotissement est fréquemment privilégié, par application des dérogations suivantes prévues à l'article L.2113-11 :

- l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- ou la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Comme toute dérogation à un principe, le recours au non-allotissement doit être motivé dans le rapport de présentation, en cas de procédure formalisée, ou dans toute autre pièce du marché (en cas de procédure adaptée).

Or, il a été constaté qu'un nombre important de marchés publics ont fait l'objet d'une dévolution globale dont la motivation s'est limitée à reproduire purement et simplement la disposition textuelle relative à l'exception mobilisée.

Il est donc rappelé que l'acheteur doit produire une justification circonstanciée de son choix de ne pas recourir à l'allotissement en énonçant les considérations de droit et de fait permettant d'établir le bien-fondé de sa décision, et ce préalablement au lancement de la consultation. Cette justification est insérée dans les documents de la consultation accessibles aux candidats au marché (CAA Marseille, 16 juill. 2018, n° 18MA02245, Préfet du Var).

En cas de non-respect de ces règles, je me verrai contraint d'engager systématiquement des actions pré-contentieuses.

B) Publicité des marchés publics

Parmi les pièces du marché ou de la concession obligatoirement transmissibles au titre du contrôle de légalité, le Code de la commande publique (article R2131-5 du CGCT) mentionne « *l'avis d'appel à la concurrence* »

Il a été constaté à plusieurs reprises que l'ensemble des avis de publicité publiés n'ont pas été transmis. Ces derniers doivent comporter le nom du support, la date de la publication et leur contenu intégral.

De plus, il ressort du contrôle de légalité qu'un certain nombre de marchés ont été conclus soit sans la publicité obligatoire à laquelle ils étaient soumis, soit après une publicité insuffisante caractérisée le plus souvent par l'omission d'une publication au JOUE de l'avis d'appel à la concurrence.

Cette omission a pu résulter notamment d'un découpage injustifié du marché ou d'une qualification erronée de la nature de l'objet du marché, celui-ci ayant été analysé par exemple comme un marché de travaux alors que les prestations concernées relevaient de la catégorie des marchés de services dont le seuil européen est nettement inférieur à celui des marchés de travaux¹. Ces irrégularités sont susceptibles d'induire des conséquences telles que l'annulation du contrat par le juge administratif, voire des poursuites pénales, au titre du délit de favoritisme.

C) Modifications des contrats de la commande publique (y compris les accords-cadres)

Il a été constaté en 2022 que de nombreux avenants ont modifié des marchés publics ou des contrats de DSP en cours d'exécution sans mentionner ni leur fondement juridique, ni leur incidence financière sur le montant du contrat initial.

Or, depuis la réforme de la commande publique en 2016, la modification d'un contrat de la commande publique sans mise en concurrence préalable ne peut intervenir que dans six hypothèses limitativement énumérées aux articles L2194-1 et L3135-1 du CCP, précisées respectivement aux articles R.2194-1 et suivants et R.3135-1 et suivants du même code.

Il est donc impératif que soient identifiés l'hypothèse mobilisée et qu'il soit démontré que chacune des conditions énoncées est satisfaite en fait et en droit.

Par ailleurs, il est également impératif que soit évaluée l'incidence financière de la modification apportée au contrat afin de permettre à l'acheteur d'envisager sa faisabilité juridique au regard des seuils imposés par le droit applicable et rappelés ci-après :

- les seuils au-delà desquels une nouvelle procédure de mise en concurrence serait nécessaire (articles R.2194-2, R.2194-5 et R.2194-8 ou aux articles R.3135-2, R.3135-5 et R.3135-8) ;
- le seuil de 5 % d'augmentation de tout projet de modification d'un marché public ou d'une convention de DSP au-delà duquel la commission d'appel d'offres ou la commission de DSP devrait, le cas échéant, être saisie pour avis (articles L.1414-4 et L.1411-6 du code général des collectivités territoriales).

¹ Depuis le 1er janvier 2022, le seuil européen des marchés de travaux est fixé à 5 382 000 € HT, et celui des marchés de services et fournitures est fixé à 215 000 € HT.

Cette disposition est également applicable aux accords-cadres, pour lesquels le montant maximum est le montant de référence permettant de procéder au calcul de l'incidence financière.

Il est rappelé à cette occasion, que **les accords-cadres conclus postérieurement à la directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 sont obligatoirement passés avec l'indication d'un montant ou d'une valeur maximale** dans l'avis de marché ou dans les documents contractuels mentionnés dans l'avis de marché, librement accessibles à toutes personnes intéressées².

Or, nombre de ces accords-cadres sont irrégulièrement dépourvus d'une telle mention, et ont pour effet de rendre irréguliers leurs avenants dont le calcul de l'incidence financière se révèle impossible faute de montant maximum. Il est conseillé d'y remédier *a posteriori*, en fixant ce montant maximum par avenant à l'accord-cadre irrégulier.

D) Le recours dérogatoire à la procédure concurrentielle avec négociation doit être justifié

La procédure concurrentielle avec négociation est une procédure formalisée par laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions d'un marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

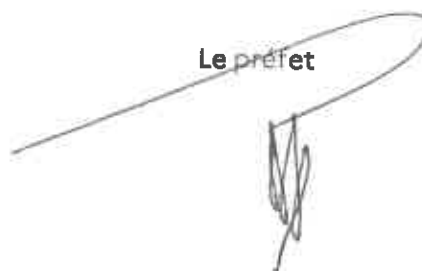
Cette procédure dérogatoire du droit commun de la commande publique ne peut être mise en œuvre que dans six hypothèses prévues à l'article R.2124-3 du CCP, à savoir : lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles, qu'il est innovant, que le marché comporte des prestations de conception, que le marché s'avère compliqué à monter, que le pouvoir adjudicateur a des difficultés à définir les spécifications techniques ou lorsque dans le cadre d'un appel d'offres seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées.

Il en résulte que l'acheteur doit nécessairement justifier sa décision de manière circonstanciée, au regard de l'une des exceptions qui précèdent.

En complément de ces observations, je vous invite à consulter les circulaires relatives à la commande publique, diffusées sur le site internet de la Préfecture de l'Isère.

Mes services (bureau du conseil et du contrôle de légalité) demeurent à votre disposition pour toute information complémentaire.

Le préfet



Laurent PREVOST

² article R.2162-4 du CCP - CE, 28 janvier 2022, n°456418 - CE, 3 févr. 2022, n° 457233

