



PREFECTURE DES VOSGES

DIRECTION DES RELATIONS
AVEC LES COLLECTIVITES LOCALES

EPINAL, le

24 FEV. 2010*

Bureau du contrôle de légalité et
de l'urbanisme

Affaire suivie par : Agnès GERARD
Téléphone n° 03 29 69 87 75
Fax n°03 29 69 87 49

CIRCULAIRE N°40/2010

Le Préfet des Vosges

à

Monsieur le Président du Conseil Général
Mesdames et Messieurs les Maires du Département
Mesdames et Messieurs les Présidents des C.C.A.S
Mesdames et Messieurs les Présidents des E.P.C.I.
Monsieur le Président du S.D.I.S
Monsieur le Directeur Général de l'O.P.H.A.E
Monsieur le Directeur Général de l'O.P.H. des Vosges

En communication à :

Messieurs les Sous-Préfets de Neufchâteau et de Saint-Dié-des-Vosges
Monsieur le Président du Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale
Madame la Directrice Départementale des Finances publiques des Vosges
Monsieur le Président de l'Association des Maires des Vosges
Madame la Responsable de l'antenne Départementale des Vosges du Centre National de la
Fonction Publique Territoriale
Monsieur le Directeur Départemental des Territoires des Vosges
Madame la Directrice Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales

OBJET : Principales règles à respecter pour la passation selon la procédure adaptée des marchés de travaux d'un montant inférieur à 4 845 000 € H.T.

REFER : Articles 26 et 28 du code des marchés publics
Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics (J.O.R.F du 20 décembre 2008)

Les dispositions des articles 26 et 28 du code des marchés publics permettent de passer, selon la procédure adaptée, les marchés de travaux d'un montant inférieur à 4 845 000 € H.T.

La présente circulaire a pour objet de vous préciser les principales règles à respecter pour leur passation.

Depuis le 21 décembre 2008, date d'application du décret cité en référence, tous les marchés de travaux d'un montant inférieur à 4 845 000 € H.T. peuvent faire l'objet d'une procédure adaptée.

Ce qui caractérise la procédure précitée, n'est pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'agir à sa guise, mais la liberté qui lui est laissée d'en déterminer les modalités de publicité et de mise en concurrence préalables les mieux à même de garantir le respect des grands principes de la commande publique énoncés à l'article 1^{er} du code des marchés publics (C.M.P.) qui sont : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

L'exercice du contrôle de légalité, en la matière, laisse apparaître des irrégularités en ce qui concerne notamment l'autorité compétente pour procéder au choix des attributaires, la négociation ainsi que le seuil d'obligation de transmission.

C'est pourquoi, il m'a paru utile de vous rappeler les principales caractéristiques de la procédure ainsi que les règles devant impérativement être respectées.

1. La détermination des modalités de la procédure : une liberté encadrée

Les modalités de la procédure sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur. Mais ce dernier doit effectuer cette démarche en prenant en compte la nature et les caractéristiques du besoin à satisfaire, le nombre ou la localisation des opérateurs susceptibles d'y répondre ainsi que les circonstances de l'achat.

Il se doit de garder à l'esprit que la liberté de définir la procédure ne signifie pas qu'il ne risque pas à un moment ou à un autre, notamment devant le juge, de devoir justifier les raisons des choix qui ont été faits.

La liberté des choix opérés sera d'autant plus aisée qu'aura été respectée tout au long de la procédure une stricte égalité de traitement entre les candidats, aussi bien dans les délais, dans l'information communiquée, dans l'expression des besoins, dans les critères de choix.

Il convient également de ne pas oublier que c'est la qualité de l'information préalable, de la diffusion de cette information, c'est-à-dire de la publicité des besoins qui fera la majeure partie des conditions de concurrence.

« Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code » (cf. 3^{ème} alinéa de l'article 28 du C.M.P.).

Aux termes de l'article 11 du C.M.P., les marchés d'un montant supérieur au seuil au-delà duquel une mise en concurrence est obligatoire sont passés sous forme écrite.

L'article 42 du C.M.P relatif au règlement de la consultation précise, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, que ce dernier peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

2. La publicité (article 40 du C.M.P.)

Au préalable, il me paraît nécessaire de vous préciser que la décision du Conseil d'Etat n° 329100 du 10 février 2010 a annulé partiellement le décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008 en tant qu'il relevait à 20 000 € H.T. au lieu de 4000 € H.T. le seuil en deçà duquel un marché pouvait être passé sans publicité ni mise en concurrence préalable.

A partir de 1^{er} mai 2010, et pour tous les marchés (travaux, fournitures et services), le seuil de dispense de procédure sera donc à nouveau de 4000 € H.T. au lieu de 20 000 € H.T.

► Pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 90 000 € H.T. et 4 845 000 € H.T., un Avis d'appel Public à la Concurrence (A.A.P.C) doit être publié soit dans le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (B.O.A.M.P.), soit dans un Journal habilité à recevoir des annonces légales¹ et sur le profil d'acheteur. Le pouvoir adjudicateur apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes mentionnés à l'article 1^{er} du C.M.P.

► Pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 20 000 € H.T. (4000 € H.T. à partir du 1^{er} mai 2010) et 90 000 € H.T., le choix de la publicité doit être adapté en fonction des caractéristiques du marché, notamment son objet, la nature des travaux, sa complexité, son montant, le degré de concurrence entre les opérateurs économiques concernés. L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de frontière, d'être informés de l'intention d'acheter et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité d'offres suffisantes pour garantir une réelle mise en concurrence.

Le choix de la bonne publicité doit également être guidé par l'équilibre économique général de l'opération et être en rapport avec l'objet et le montant estimé du marché. Il ne s'agit pas non plus que l'investissement consacré à la publicité constitue un élément significatif de surcoût.

¹ Cf arrêté n°3097/09 du 21 décembre 2009 portant habilitation et fixant les tarifs des annonces judiciaires et légales pour l'année 2010 (publié au R.A.A n°5 du 29 janvier 2010 que vous pouvez consulter sur le site Internet de la Préfecture rubrique « Préfecture et sous-préfectures »)

3. Les délais

Le C.M.P ne détermine pas de délai précis de remise des candidatures ou des offres.

Le caractère effectif de la consultation suppose néanmoins le respect d'un délai raisonnable qui, tout comme pour la publicité, doit être apprécié en fonction des caractéristiques du marché.

De plus, dans un arrêt n°307117 du 5 août 2009, le Conseil d'Etat a estimé que le juge des référés pouvait apprécier le délai de remise des offres pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Il a également précisé plusieurs points :

- Il a d'abord confirmé que la société requérante justifiait d'un intérêt à agir devant le juge du référé précontractuel alors même qu'elle n'avait pas déposé d'offres,
- il a ensuite confirmé que, contrairement aux procédures formalisées, **le point de départ du délai est la date de publication de l'avis** et non sa date d'envoi,
- il a considéré que le délai de 18 jours laissé aux candidats était insuffisant compte tenu du montant du marché de 160 000 € (le jugement portait sur un marché de transfert et de réinstallation des équipements matériels et mobiliers de la filière électro technique d'un lycée).

4. Les critères de choix

Le 2^{ème} alinéa de l'article 42 du C.M.P. précise que « pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

Il en résulte que, dans le souci de respecter les principes généraux de la commande publique rappelés à l'article 1^{er} du C.M.P., les candidats à un marché passé selon une procédure adaptée doivent être informés, dès le début de la procédure, des conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur procédera à la comparaison des offres des candidats et retiendra un candidat plutôt qu'un autre.

Le Conseil d'Etat a récemment jugé, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée que « [...] pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères.... » (CE, 30 janvier 2009, agence nationale pour l'emploi, requête n°290236).

Par conséquent, si le pouvoir adjudicateur prévoit plusieurs critères de sélection des offres, il ne pourra pas se contenter d'énoncer les critères sans indiquer leur ordre d'importance en les hiérarchisant ou en leur affectant une pondération (dans ce dernier cas, le barème de calcul devra également être explicité).

5. Le recours à la négociation

L'article 28 du C.M.P. prévoit expressément la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée.

Cependant, si la pratique montre que la négociation est mise en œuvre, rares sont les cas où les avis d'appel public à la concurrence ou les documents de consultation prévoient sa mise en œuvre. Pourtant, s'agissant d'une caractéristique essentielle de la procédure, **le recours à la négociation doit impérativement être porté à la connaissance des opérateurs économiques**, sous peine de rendre la négociation illégale. Il convient, dès lors, de mentionner son utilisation dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation et de préciser clairement les modalités selon lesquelles elle sera mise en œuvre par le représentant du pouvoir adjudicateur.

En matière de modalités de mise en œuvre de la négociation, j'ai pu relever une formule indiquant que « *la négociation s'effectuerait avec au moins deux candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes* ». L'utilisation de l'expression « offres les plus intéressantes » s'avère une source potentielle de contentieux de la part d'éventuels candidats évincés par le caractère de subjectivité qu'elle induit. Aussi, je vous invite à éviter cette formule.

6. L'autorité compétente pour attribuer les marchés à procédure adaptée

Les dispositions du code des marchés publics relatives aux M.A.P.A. ne désignent pas expressément l'autorité compétente pour l'attribution de ces marchés.

Dans son jugement du 27 juin 2008², le tribunal administratif en conclut qu'il convient dans ce cas de rechercher dans le C.G.C.T les règles définissant l'autorité compétente pour attribuer un M.A.P.A. Or, les articles L.2122-22, L.3221-11, L.5211-10 autorisent respectivement les organes délibérants à déléguer aux exécutifs des collectivités ou établissements visés à ces articles « *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*³ ».

² Tribunal administratif de Nîmes du 27 juin 2008, n°0624272, *sté O'Malley consulting C/Conseil Général du Vaucluse*

³ Cette limite de « l'inscription des crédits au budget » ne concerne que les délégations accordées sur le fondement des articles L.2122-22 et L.3221-11 du C.G.C.T.

Le tribunal administratif en déduit que **seul l'organe délibérant de ces collectivités ou l'organe exécutif auquel il a accordé une délégation** (et dans les conditions strictes de cette délégation) **est légalement compétent pour attribuer un M.A.P.A.**

Un M.A.P.A attribué par toute autre autorité, et notamment, par la commission d'appel d'offres, est donc illégal puisque pris par une autorité incompétente. C'est sur ce motif que le tribunal administratif dans le jugement précité a décidé l'annulation de la décision d'attribution du marché contesté.

La plupart des marchés passés selon la procédure adaptée, qui me sont transmis, sont soumis soit à une commission ad hoc soit à la commission d'appel d'offres pour l'ouverture des plis voire pour le classement des offres.

Cette démarche n'appelle pas d'observation de ma part si les termes des pièces relatant le déroulement de la ou des réunions de ces commissions démontrent de manière probante que ces commissions n'ont émis que des avis devant ensuite être portés à la connaissance de l'autorité compétente pour attribuer le marché dans le respect des critères de jugement des offres énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation.

Dans le jugement du 27 juin 2008, le Département du Vaucluse a fait valoir que les termes de la décision de la commission d'appel d'offres rejetant l'offre du requérant, pouvaient prêter à confusion mais que le Président du Conseil Général, autorité compétente pour attribuer le marché, avait suivi l'avis de la commission. Le tribunal a notamment considéré que cette analyse n'était pas corroborée par les pièces du dossier.

Aussi, je vous remercie des dispositions qui seront prises non seulement pour respecter les règles précitées quant à l'autorité compétente en matière de marchés à procédure adaptée mais également dans la rédaction des pièces de compte rendu des éventuelles réunions des commissions consultatives qui me seront transmises au titre du contrôle de légalité.

7. L'achèvement de la procédure : l'information des candidats non retenus, la transmission au contrôle de légalité, la notification

a/ L'information des candidats non retenus

L'article 80 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009, qui impose le respect d'un délai de 16 jours (réduit à 11 jours en cas de transmission électronique) entre la date d'envoi du courrier aux candidats non retenus et la date de conclusion du marché ne s'applique qu'aux marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée.

Une procédure adaptée n'est pas une procédure formalisée. Aussi, l'information des candidats non retenus n'est pas obligatoire.

Néanmoins, elle est recommandée car elle permet de sécuriser juridiquement les contrats en fermant à leur égard la voie du recours en référé contractuel, dès lors qu'elle s'accompagne de la publication au J.O.U.E d'un avis relatif à l'intention de conclure le marché⁴ **et** du respect d'un délai de 11 jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat (cf. articles 40-1 et 80 I 3° du C.M.P. et ma circulaire n°39/2010 du 22 février 2010⁵).

La formalité ci-dessus n'est que facultative. Le pouvoir adjudicateur ne commettra donc pas d'irrégularité s'il l'omet. Toutefois, l'inconvénient sera que le référé contractuel pourra être exercé dans un délai de 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

b/ La transmission

Le seuil d'obligation de transmission au contrôle de légalité est indépendant de la procédure ou de l'objet du marché. Tous les marchés d'un montant supérieur à 193 000 € H.T. doivent être transmis au représentant de l'Etat dans le Département ou à son délégué dans l'arrondissement.

Je tiens à vous rappeler que, depuis le 1^{er} mai 2008, dans un souci d'économie des deniers publics, les marchés exclus de l'obligation de transmission qui sont néanmoins transmis, ne sont plus retournés aux collectivités.

c/ Les pièces à transmettre

La première pièce à transmettre est la délibération de l'organe délibérant, sauf si l'exécutif dispose d'une délégation en la matière, sur laquelle doivent au moins figurer les deux décisions suivantes :

- le choix des opérateurs économiques retenus suite à l'application des critères de jugement des offres (dans le cas où les marchés comportent des options et (ou) des variantes, la décision de choix de ces dernières et leur montant doit clairement être annoncée),
- l'autorisation donnée à l'exécutif de signer le ou les marchés (un lot est un marché).

Cette délibération est ensuite transmise, aux fins de contrôle de légalité.

Il ressort de la jurisprudence que la date à laquelle se place le juge pour apprécier le caractère exécutoire d'une délibération est celle de sa réception au service du contrôle de légalité. C'est d'ailleurs ce que précise la circulaire du 22 juillet 1982 relative aux nouvelles conditions d'exercice du contrôle de légalité.

⁴ Il s'agit du modèle « avis en cas de transparence ex ante volontaire » annexe III du règlement (CE) n°1150/2009 de la commission du 10 novembre 2009 (J.O.U.E. du 28 novembre 2009)

⁵ Circulaire n°39/2010 du 22 février 2010 relative aux procédures de recours applicables depuis le 1^{er} décembre 2009 aux contrats de commande publique et modifications de certains articles du code des marchés publics

Aussi, afin d'éviter la censure du juge, l'accomplissement de la formalité de signature du ou des marchés par l'exécutif ne pourra intervenir qu'au retour du service du contrôle de légalité de la délibération, et après sa publication.

Les dispositions précitées seront également à respecter dans le cas où la décision de l'exécutif agissant par délégation de son organe délibérant prendra la forme d'un acte formalisé distinct du ou des marchés.

En l'absence de la transmission de la délibération précitée, la signature du M.A.P.A par l'exécutif, ne disposant pas d'une délégation accordée en vertu des articles du C.G.C.T cités au 2^{ème} alinéa du point 6 ci-dessus, entraîne l'illégalité du marché. Il s'agit d'une irrégularité qui n'est pas rare pour les marchés passés selon une procédure adaptée. C'est pourquoi, j'ai tenu à vous rappeler ce point de la réglementation.

Une fois le ou les marchés signés, et dans la mesure où le montant global est supérieur au seuil de 193 000 € H.T. les pièces suivantes devront être transmises au contrôle de légalité :

1. **la preuve** de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (photocopie de l'avis qui a été publié),
2. le règlement de la consultation, si ce document a été établi (ce document est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'A.A.P.C.),
3. dans le cas où une commission s'est réunie à titre consultatif, pour les opérations d'ouverture des plis et de proposition de classement des offres à soumettre à la décision de l'autorité compétente pour procéder au choix des opérateurs économiques, le ou les pièces relatant le déroulement des réunions indiquant l'identité des membres présents qui devront signer ces documents pour en attester l'exactitude,
4. les pièces constitutives du marché, **à l'exception des plans,**
5. les renseignements, attestations et déclarations fournis par le ou les attributaires, demandés dans l'A.A.P.C ou le règlement de la consultation conformément à l'article 45 du code des marchés publics et à son arrêté d'application du 28 août 2006⁶ et à l'article 46 du C.M.P.

Je vous précise en outre qu'en application de l'article R.2131-7 du C.G.C.T., le Préfet ou le sous-préfet peut demander, pour exercer le contrôle de légalité que des pièces complémentaires à celles indiquées ci-dessus, lui soient fournies.

Toutes les pièces citées aux points 1 à 5 sont à transmettre en deux exemplaires maximum (un original et une copie clairement identifiés).

⁶ Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (J.O.R.F. du 29 août 2006)

Tous les exemplaires supplémentaires seront retournés sans le visa du service du contrôle de légalité. Il appartiendra à l'exécutif d'en attester le caractère exécutoire, au vu de l'exemplaire original, par apposition sur les marchés non visés de la mention suivante « Je soussigné M.....Maire de la commune(ou Président de l'E.P.C.I.) certifie, sous ma responsabilité, le caractère exécutoire de cet acte reçu en Préfecture ou sous-préfecture le..... » (cf. circulaire du 22 juillet 1982 relative aux nouvelles conditions d'exercice du contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales).

d/ La notification du marché

Les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 20 000 € H.T. (4000 € H.T. à partir du 1^{er} mai 2010) doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution (cf. article 81 du C.M.P.).

J'insiste particulièrement sur le fait que cette notification ne peut intervenir qu'après retour dans vos services du ou des marchés comportant le visa du contrôle de légalité.

e/ L'avis d'attribution

Tout comme pour l'information des candidats non retenus, la publication d'un avis d'attribution est facultative pour les marchés à procédure adaptée.

Toutefois si un tel avis est publié au J.O.U.E, le délai de référé contractuel sera réduit de 6 mois à un mois (article 85-1 du C.M.P et ma circulaire citée au point 7a ci-dessus).

8. Conclusion

La passation d'un marché est une opération qui doit faire l'objet, en amont de l'engagement de la procédure, d'une préparation rigoureuse afin d'écartier tout risque de contentieux.

De plus, pour les travaux subventionnés par des fonds européens, le service instructeur s'assure auprès du service du contrôle de légalité du respect des règles de publicité et de mise en concurrence. Une irrégularité en la matière est de nature à conduire au reversement de l'aide octroyée.

C'est pourquoi, il m'a paru important de vous rappeler les règles ci-dessus afin de vous permettre d'optimiser vos pratiques en la matière.

Bien entendu, je reste à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Le Préfet,

Pour le Préfet et par délégation,
Le Secrétaire Général de Préfecture,



Hugues MALECKI