



**PRÉFET
DE L'HÉRAULT**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction des relations avec les collectivités locales
Bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité**

Affaire suivie par : Coralie ROUCHAUD/ Géraldine MEFFRE
Mél : pref-drcl-contrôle-legalite@herault.gouv.fr

Montpellier, le **14 FEV. 2024**

Le préfet de l'Hérault

à

Destinataires in fine

Objet : Principales irrégularités relevées au cours de l'année 2023 au titre du contrôle de légalité de la commande publique.

En vertu des dispositions de l'article 72 de la Constitution, le représentant de l'État est chargé 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.

La prise en compte, par vos services, de ces observations, doit favoriser la sécurisation juridique des actes de votre collectivité, afin d'éviter d'éventuels recours contentieux devant le tribunal administratif.

Je vous invite, lorsqu'une procédure ou un point de droit soulève une interrogation de votre part, à vous rapprocher de mes services afin d'améliorer la sécurité juridique de l'acte concerné. Le contrôle de légalité est, en effet, indissociable de la mission de conseil des services de l'État au profit des collectivités.

À cet égard, je vous remercie d'utiliser la boîte fonctionnelle du bureau du contrôle de légalité, dont l'adresse est la suivante : pref-drcl-contrôle-legalite@herault.gouv.fr

Je vous rappelle que vous pouvez retrouver toutes les actualités de la commande publique sur le lien : <https://www.herault.gouv.fr/Services-de-l-Etat/Etat-et-collectivites/Contrôle-de-legalite>

Mes services (Direction des relations avec les collectivités locales – Bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité) se tiennent à votre disposition pour vous fournir toute précision supplémentaire dont vous pourriez avoir besoin.

Le préfet,

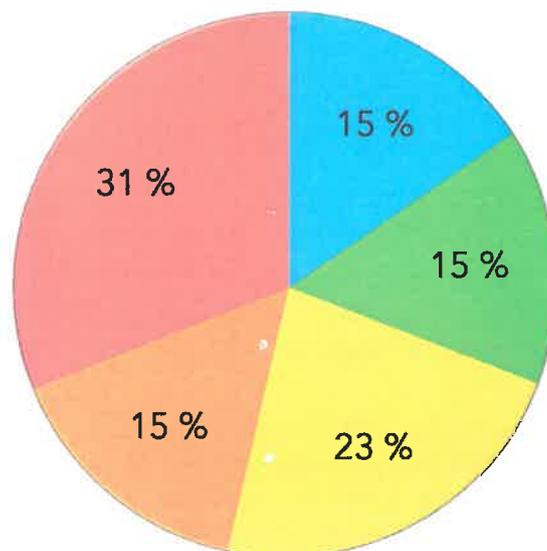
Mme de Mme Steubley.

François-Xavier LAUCH

SYNTHÈSE DES IRRÉGULARITÉS EN COMMANDE PUBLIQUE RELEVÉES EN 2023

Typologie des irrégularités soulevées en 2023 :

- Dématérialisation et transmission des actes
- Modifications des contrats liés à l'imprévision
- Non-allotissement
- Modifications substantielles
- Irrégularités affectant la passation et l'exécution des contrats



I. Irrégularités affectant la passation et l'exécution des contrats : (31 %)

– Publicité et mise en concurrence insuffisante :

L'envoi d'une copie écran de l'avis d'appel à la concurrence ne saurait en aucun cas se substituer à l'avis de publicité, lequel doit comporter les mentions obligatoires. Il convient donc de respecter, dans le détail, les obligations relatives aux supports et au contenu de la publicité. Toute carence en la matière est susceptible d'entraîner l'annulation du marché.

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 travaux. **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.**

Pour rappel, les nouveaux seuils européens relatifs aux marchés publics et aux contrats de concession ont été publiés au Journal officiel de l'Union Européenne (JOUE) et Journal officiel de la République Française (JORF) n°0283 du 7 décembre 2023 (NOR : ECOM2332367V) (cf. circulaire préfectorale du 18 décembre 2023).

Vous trouverez ci-dessous un tableau récapitulatif des nouveaux seuils à partir desquels il convient d'appliquer, pour les marchés, une procédure formalisée pour la période 2024/2025 :

**Direction des relations avec les collectivités locales
Bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité**

	Seuils applicables jusqu'au 31/12/2023	Seuils applicables à compter du 01/01/2024
Marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux	140 000,00 €	143 000,00 €
Marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs	215 000,00 €	221 000,00 €
Marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité	431 000,00 €	443 000,00 €
Marchés de travaux et contrats de concessions	5 382 000,00 €	5 538 000,00 €

Pour les contrats de concession, une publication au JOUE est obligatoire lorsque la valeur estimée est égale ou supérieure à **5 538 000,00 € HT**.

L'ensemble de ces nouveaux seuils est applicable aux marchés publics et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence est envoyé à compter du **1^{er} janvier 2024**.

– Sur la signature électronique de l'acte d'engagement :

Pour rappel, la personne qui signe électroniquement est celle qui aurait signé le même document de manière manuscrite: c'est la personne habilitée à engager l'organisme qu'elle représente. La signature électronique se substitue directement à la signature manuelle: elle permet d'identifier le signataire. **Par conséquent, il convient de transmettre le certificat de signature électronique, au sens de l'arrêté du 12 avril 2018 relatif à la signature électronique dans la commande publique, si l'acte d'engagement est signé électroniquement. Enfin, je vous rappelle que l'acte d'engagement transmis au contrôle de légalité doit impérativement être signé par les parties.**

– Références à des textes abrogés :

Je vous rappelle, 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 1er 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.

– Irrégularités affectant la CAO, la CDSP, la CCSPL ou le jury :

Sur le rôle de la CAO :

Depuis la réforme des marchés publics du 1er 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* ».

En-deçà des seuils européens, la CAO Ne peut émettre qu'un avis. C'est à l'assemblée délibérante ou au pouvoir exécutif s'il a délégué 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.

Sur 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.

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

Direction des relations avec les collectivités locales Bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité

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.

II. Le défaut d'allotissement non justifié : (23 %)

Alors que le 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).

III. La dématérialisation et la transmission des actes : (15 %)

En application des articles L. 2131-2 et L. 3131-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), les actes contractuels de commande publique suivants doivent être transmis pour contrôle de légalité :

- les marchés publics et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 221 000 € HT ;
- les marchés de partenariat ;
- les contrats de concession dont les délégations de service public.

Les collectivités et établissements sont tenus d'accompagner la transmission des actes soumis à cette obligation des pièces annexes nécessaires pour apprécier la portée et la légalité. De plus, les actes de

commande publique sont soumis à un délai de transmission impératif de 15 jours au plus tard à compter de leur signature (article L.2131-1 du CGCT).

Sont souvent observés :

- Une transmission incomplète des pièces à transmettre;
- des erreurs dans les pièces transmises,
- Un délai de transmission des actes est supérieur au délai des 15 jours prévu.

Pour rappel, les modifications (avenants) relatives à des marchés eux-mêmes non soumis à obligation de transmission ne doivent pas être transmises au titre du contrôle de légalité. D'autre part, les marchés (lots, études) se rapportant à une même opération, dès lors que celle-ci est d'un montant total supérieur au seuil de transmission fixé à l'article D 2131-5-1 du CGCT, doivent être transmis quand bien même certains d'entre eux seraient d'un montant individuel inférieur à ce seuil (Réponse du Ministre de l'Économie publiée au JO le 04/05/2010 à la question n°71562).

Toutefois, en vertu de l'article L.2131-3 du CGCT, le préfet peut demander à tout moment communication des contrats (marchés ou modifications) non soumis à obligation de transmission.

- Sur la télétransmission des actes de la commande publique :

Les collectivités ayant adhéré au dispositif @CTES, peuvent télétransmettre. La circulaire préfectorale du 11 août 2022, apporte 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.

À 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.**

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).

Je tiens également 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 ne commencera qu'à compter de l'obtention de l'intégralité des pièces (article R 2131-5 du CGCT).

Enfin, sur un plan administratif, on ne peut « annuler et remplacer » une délibération par exemple, qui a déjà été télétransmise et qui a donc acquis une valeur exécutoire. Seul le juge peut annuler un document administratif ayant déjà une valeur exécutoire. **Dans le cas où il serait constaté une erreur sur un document déjà transmis au contrôle de légalité, il est nécessaire, au cours d'une réunion ultérieure de l'assemblée délibérante de rappeler la délibération erronée puis de la retirer ou l'abroger . Une nouvelle délibération, corrigée, doit ensuite faire l'objet d'un vote de l'assemblée.**

IV. Les modifications des contrats/ conventions d'indemnisations liées à la crise sanitaire/ hausse des prix : (15 %)

Le CCP prévoit plusieurs possibilités de modifications afin de tenir compte de la hausse du coût des matières premières quand les titulaires sont exposés à des aléas majeurs (article R.2112-13 du CCP) :

1° L'obligation de prévoir des prix révisibles pour de nombreux marchés publics. C'est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de denrées alimentaires, mais aussi l'achat d'énergies lorsque

Direction des relations avec les collectivités locales Bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité

les usages de la profession ne prévoient pas de prix fermes.

2° La possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires. Les modifications de prix ne peuvent pas couvrir les risques dont elle aurait dû tenir compte dans ses prévisions et doivent se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour assurer la continuité du service public et la satisfaction des besoins de la personne publique.

C'est pourquoi ces modifications ne sont pas de droit mais doivent être dûment justifiées par les entreprises et nécessitent l'accord des collectivités, qui devront vérifier la réalité et la sincérité des justifications afin d'éviter de payer des sommes sans lien avec des circonstances imprévisibles.

Ces modifications ne peuvent se faire que sur le fondement des articles R.2194-5 et R.3135-5, qui les limitent à 50% du montant initial du contrat. Pour de faibles montants, elles peuvent aussi se faire pour des modifications n'excédant pas 10% pour les marchés et 15% pour les marchés de travaux sur le fondement des articles R.2194-8 et R.3135-8 du CCP.

3° Droit du co-contractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision. En application de la théorie de l'imprévision, codifiée au 3° de l'article L.6 du CCP, en cas de survenance d'un « événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat », le co-contractant a droit à une indemnité afin de compenser une partie des charges supplémentaires.

La condition tenant au bouleversement de l'économie devra être analysée au cas par cas en fonction du secteur économique et des justifications de l'entreprise.

Le montant de l'indemnité est déterminé au cas par cas, mais la perte subie ne peut être intégralement supportée par l'administration et la part restant à la charge de l'entreprise titulaire peut varier de 5 à 25% du montant de la perte.

4° Possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat. Le CCP autorise un acheteur public à résilier le contrat à l'amiable, faute d'accord sur les modifications nécessaires à la poursuite du contrat. Il est rappelé que la résiliation peut avoir un effet immédiat ou être différée, le temps de lancer une nouvelle procédure de commande publique. Si la résiliation est différée et si les conditions de la théorie de l'imprévision sont réunies, le titulaire du marché a droit à une indemnité d'imprévision.

5° Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique. Si l'augmentation des prix ne permet pas au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles, il peut dans certains cas être recommandé de suspendre l'exécution des pénalités de retard ou des prestations aux frais et risques du titulaire tant que son approvisionnement sera impossible dans des conditions normales

Pour rappel, l'indemnité d'imprévision n'est pas une modification du contrat. 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.

V. Modifications substantielles : (15 %)

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 :

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

- 2^e 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^e 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^e cas : Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;

- 5^e 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^e 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.

**Direction des relations avec les collectivités locales
Bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité**

Destinataires :

Monsieur le président du conseil départemental de l'Hérault
Monsieur le président de Montpellier Méditerranée Métropole
Messieurs les présidents des communautés d'agglomération
Messieurs les présidents des communautés de communes
Mesdames et Messieurs les maires des communes de l'Hérault
Mesdames et Messieurs les présidents de syndicats intercommunaux et mixtes
Mesdames et Messieurs les présidents d'offices publics de l'habitat
Monsieur le président du service départemental d'incendie et de secours
Monsieur le président du centre de gestion de la fonction publique territoriale
Monsieur le Président de l'Association des Maires de l'Hérault

Copie pour information à :

Messieurs les sous-préfets des arrondissements de Béziers et Lodève

