

## ANNEXE I

### LA COMMANDE PUBLIQUE

Les anomalies récurrentes constatées, ne garantissant pas la sécurité juridique des actes, ont porté essentiellement sur les éléments suivants :

- 1) la forme des délibérations et des décisions relatives à la commande publique ;
- 2) l'élection des membres et la compétence de la commission d'appel d'offres (CAO) ;
- 3) la complétude des avis de publicité ;
- 4) le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- 5) la motivation des actes modificatifs ;
- 6) la réponse à une demande de pièces complémentaires.

Par ailleurs, la télétransmission des actes de la commande publique reçus, via @ctes, respecte rarement les modalités définies dans la *Charte de la transmission électronique à l'attention des émetteurs* édictée par la direction générale des collectivités locales (DGCL) et ont donc été rappelées dans ma circulaire du 17 décembre 2018.

#### 1) La forme des délibérations et des décisions relatives à la commande publique

Toute délibération autorisant la passation d'un marché doit en définir l'objet et indiquer son montant estimatif. Toute délibération ou décision relative à la conclusion d'un contrat tel qu'il sera signé, doit préciser comme élément essentiel, non seulement son objet et l'identité de l'attributaire, mais également le montant du marché (HT ; lot par lot le cas échéant).

#### 2) L'élection des membres et la compétence de la commission d'appel d'offres (CAO)

Il est nécessaire de rappeler les éléments de la circulaire du préfet de l'Aisne du 3 juin 2016.

##### *a) Rôle de la CAO*

La CAO n'est pas compétente pour attribuer les marchés passés selon une procédure adaptée, et n'émet qu'un avis consultatif sur les candidatures ou sur d'autres points de la procédure ne liant pas l'exécutif.

En effet, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016, la CAO, d'une part, choisit le titulaire du marché lorsque la valeur estimée hors taxe du marché est égale ou supérieure aux seuils communautaires (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 : 5 548 000 € HT pour un marché de travaux et 221 000 € HT pour un marché de fournitures ou de services), et, d'autre part, émet un avis sur les modifications augmentant de plus de 5 % le montant initial du marché, préalablement attribué par elle.

Si, après une première convocation, le quorum n'est pas atteint, en l'absence de plus de la moitié des membres ayant voix délibérative, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum. Toutefois, le recours fréquent à une seconde réunion de la CAO est de nature à créer des doutes quant au respect des conditions légales requises, cela conduit parfois le juge à reconnaître l'illégalité de marchés attribués par une CAO au sein de laquelle l'absence de quorum serait volontairement provoquée.

##### *b) Élection*

À l'exception de son président, tous les membres titulaires et suppléants de la CAO sont élus parmi les membres de l'assemblée délibérante au scrutin de liste à la représentation proportionnelle au plus fort reste. L'élection se déroule au scrutin secret, sauf si l'assemblée délibérante décide à l'unanimité, de ne pas y procéder.

Toutefois, si une seule liste a été présentée après appel à candidatures, les nominations prennent effet immédiatement, dans l'ordre de la liste le cas échéant, et il en est donné lecture par le président.

Dans tous les cas, chaque membre de l'assemblée délibérante s'exprime en faveur d'une liste, entière, sans panachage, ni vote préférentiel.

##### *c) Fonctionnement*

Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016, il appartient à l'exécutif de définir lui-même les règles de fonctionnement de sa CAO notamment pour ce qui concerne les délais de convocation, et les règles applicables en matière de remplacement des membres titulaires et suppléants.

Sur ce dernier point, il est rappelé que 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 de pluralisme des élus en son sein.

### 3) La publicité

Il appartient à l'acheteur de vérifier la publication et l'exactitude de l'avis qu'il a fait publier. En effet, l'incomplétude des informations renseignées est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Si un marché fait l'objet d'un avis de publicité au JOUE, l'ensemble des rubriques obligatoires, pour lesquelles il n'est pas indiqué « le cas échéant », doivent être renseignées, notamment :

- x II.1.2 « *Nomenclature CPV* » ;
- x II.2.6 « *Valeur estimée du lot* » ;
- x III-1-2 « *Capacité économique et financière* » ;
- x III-1-3 « *Capacité technique et professionnelle* » ;
- x IV-1-3 « *Information sur l'accord-cadre ou le système d'acquisition dynamique* » ;
- x VI.4.1 « *Instance chargée des procédures de recours* » ;
- x VI.4.3 « *Introduction des recours* ».

Pour l'accord-cadre sans minimum ni maximum, lors de la publication d'un avis de marché au BOAMP ou au JOUE, la rubrique II.2.4 « *description des prestations* » doit obligatoirement être renseignée et préciser à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché. En outre, lorsque la valeur estimée d'un accord-cadre est sans maximum, elle est supposée dépasser les seuils européens, et que, par conséquent, les procédures et les modalités de publicité déterminés par les seuils européens doivent être respectées.

Enfin, les publications au niveau national ne peuvent être effectuées avant celle au JOUE, et que les documents de la consultation ne peuvent être mis à disposition sur le profil d'acheteur qu'à compter de la publication des avis.

### 4) Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Trop souvent, le choix des offres et l'attribution des contrats ne garantissent pas la sécurité juridique de vos achats. L'attention des élus a déjà été rappelée, dans une précédente circulaire, sur les risques encourus en n'écartant pas une offre anormalement basse.

#### a) Examen des variantes et des options

Des confusions fréquentes entre les variantes et les options altèrent le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, et la rédaction des pièces contractuelles.

➤ L'acheteur public peut imposer la présentation et / ou autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes. Une variante est une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché public.

**Ainsi, le choix de retenir une variante ne découle que de l'application des critères d'attribution et des modalités, définis dans les documents de la consultation et qui permettent de considérer qu'elle est économiquement la plus avantageuse parmi l'ensemble des offres de base et des variantes présentées, comparées dans un classement unique.** Si la variante est retenue, elle se substitue à la solution de base décrite dans les documents de la consultation. Lors de la signature du marché public, l'acheteur identifie l'offre choisie.

➤ Les options constituent des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence, aux prestations commandées de manière ferme dans le cadre du marché public et qui doivent être prévues dans le contrat initial. Les options, que l'acheteur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils. Les options se distinguent des variantes dans la mesure où elles ne sont jamais à l'initiative de l'opérateur économique et qu'elles ne se substituent pas à l'offre de base lorsqu'elles sont levées.

#### b) Régularité de l'attributaire pressenti : régularité de l'attribution

Toutes les pièces nécessaires pour apprécier la vérification de la régularité fiscale et sociale des attributaires pressentis et, par conséquent, de la régularité de l'attribution ne parviennent pas à la préfecture.

En effet, le pouvoir adjudicateur doit vérifier que le futur cocontractant est en règle au regard de la réglementation. Si l'attributaire pressenti ne peut produire dans le délai imparti les justificatifs, sa candidature est déclarée irrecevable et son offre est éliminée, et le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est alors sollicité pour produire les documents nécessaires.

## 5) Les modifications

La modification d'un contrat en cours d'exécution doit être motivée en droit. Il convient donc d'indiquer dans l'acte modificatif l'alinéa de l'article 36 du décret n° 2016-86 ou de l'article 139 du décret n° 2016-360 auquel il a recouru, ainsi que le pourcentage d'augmentation engendrée par la modification.

En dehors de ces possibilités, toute modification d'un contrat peut être considérée comme irrégulière empêchant sa poursuite et entraînant sa résiliation.

## 6) Les demandes de pièces complémentaires

Les services de la préfecture adressent régulièrement des demandes de pièces complémentaires nécessaires à l'appréciation de la légalité d'un acte transmis. Le délai de deux mois pour déférer l'acte est déclenché à compter de la date de transmission intégrale de l'acte ou de **la décision de refus implicite** ou expresse de la part de la collectivité de compléter sa transmission.

\*\*\*

En conclusion, votre attention est appelée sur la définition et l'évaluation préalables de votre besoin garantissant :

- ✕ le respect des principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ;
- ✕ la réussite ultérieure de vos procédures, et la bonne utilisation des deniers publics.

Pour plus de précisions sur ces points, vous pouvez utilement consulter les fiches techniques des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie disponibles en libre accès sur le site [www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique](http://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique).