



## Rendez-vous juridique

### **Les marchés à procédure adaptée à la lecture du décret 2016-360 du 25 mars 2016**

Compte rendu de la réunion téléphonique du 11 mai 2017

Cette réunion est organisée et animée par Territoires Conseils avec le concours d'Isabelle Farges, experte associée ; elle est présentée par David Legros, juriste associé.

*La présentation s'appuie sur un diaporama annexé au présent compte rendu.*

## LISTE DES PARTICIPANTS

<b>Structures</b>	<b>Noms des structures</b>	<b>Départements</b>
Communauté de communes	Des Monts du Pilat	42
Commune	Le Pouzin	07
Autre syndicat mixte	Sdomode	27
Commune	De Lucciana	20
Autre syndicat mixte	Syndicat du Haut-Rhône	73
Commune	D'Anet	28
Communauté de communes	Terre de Picardie	80
Communauté d'agglomération	D'Arlysière	73
Communauté de communes	Roumois Seine	27

# PRÉSENTATION

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIE A TERRITOIRES CONSEILS

## Introduction

Les nouveaux textes régissant le droit de la commande publique en France découlent de la transposition des nouvelles directives européennes. Parmi ces textes figurent **l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015** relative aux marchés publics et ses **décrets d'application n° 2016-360** (marchés publics) **et n° 2016-361** (marchés de défense ou de sécurité) **du 25 mars 2016**. Depuis la publication de ces textes, l'ancien Code des marchés publics est abrogé. Il faut désormais se baser sur ces nouveaux textes afin de réaliser vos achats.

Cette refonte des textes du droit de la commande publique a plusieurs objectifs :

- Rendre plus efficient l'achat en allégeant le formalisme et la publicité et en essayant de sortir les achats du carcan de la réglementation ;
- Mettre en avant les considérations environnementales et sociales.

Le gouvernement a voulu mettre en exergue l'achat public afin de permettre aux personnes publiques de jouer un rôle économique, en aidant à la relance de l'économie. Cette volonté est d'autant plus évidente que le juge administratif, lui-même, s'est montré plus magnanime envers les personnes publiques. Selon la **jurisprudence Danthony du Conseil d'État du 23 décembre 2011 n°335033**, «*si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie*». Avant cette jurisprudence, le juge administratif était très pointilleux sur le respect de la procédure ; le moindre vice pouvait conduire à annuler une procédure ou un marché public. Par cette décision, le juge semble désormais se ranger plutôt du côté des personnes publiques en réduisant les annulations de procédures.

Quel sera l'avenir de la commande publique ? En 2018, le nouveau Code des marchés publics, regroupant les marchés publics, les contrats de partenariats et les délégations de service public (DSP), devrait être mis en place. L'interprétation de ces nouveaux textes par le juge sera connue grâce aux futurs contentieux.

## Dans quels cas peut-on recourir aux MAPA ?

Les marchés à procédure adaptée accordent une certaine liberté et souplesse aux personnes publiques, afin d'engendrer un achat efficace sans être enfermés dans une procédure trop contraignante. Un MAPA est avant tout un marché public ; il doit respecter les grands principes de la commande publique, à savoir :

- La liberté d'accès à la commande publique ;
- L'égalité de traitement des candidats ;
- La transparence de la procédure.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

**L'article 27 du décret n° 2016-360** donne la définition de ces MAPA. Il stipule que «*lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée dont il détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* »

Il existe deux types de MAPA : en fonction de leurs montants et en fonction de leurs objets.

L'**article 27 du décret** nous indique qu'en dessous du seuil des procédures formalisées, l'acheteur peut passer une procédure adaptée. Ainsi, en dessous de 209 000 euros HT pour les collectivités territoriales et en dessous de 135 000 euros HT pour l'État, il est possible de passer par une procédure adaptée pour les fournitures courantes et les services. Pour les marchés de travaux, le seuil des MAPA est fixé à 5 225 000 euros HT.

En cas de marchés publics allotis, l'acheteur, pour déterminer sa procédure, prend en compte la valeur totale estimée de l'ensemble des lots. Même si cette valeur totale est égale ou supérieure au seuil de procédure formalisée, l'acheteur pourra mettre en œuvre une procédure adaptée pour les lots qui remplissent deux conditions :

- La valeur estimée de chaque lot doit être inférieure à 80 000 euros pour des fournitures ou des services ou à 1 000 000 euros HT pour des travaux ;
- Le montant cumulé de ces lots ne doit pas excéder 20 % de valeur totale estimée de tous les lots.

Il est possible de recourir à une procédure adaptée pour certains marchés, en fonction de leurs objets :

- Les marchés publics ayant pour objet les services sociaux et autres services spécifiques. Leur liste est définie dans un **avis du 27 mars 2016** (*Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques*);
- Les marchés de services juridiques de représentation. Leur définition est mentionnée dans l'**article 29 du décret n° 2016-360**.

### **Le cas particulier des marchés de moins de 25 000 euros.**

Il faut garder à l'esprit que ces marchés ne sont plus des MAPA. Ces marchés ont été intégrés au **I. 8<sup>e</sup>** de l'**article 30 du décret n° 2016-360**, relatif aux marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Ils sont toujours régis par les grands principes de la commande publique. Ainsi, pour ces marchés, l'acheteur devra veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. Dans ce cas, il peut être nécessaire, quand la personne publique ne connaît pas bien le domaine pour lequel elle doit effectuer son achat, de réaliser un prospect. Elle est alors invitée à procéder à une étude préalable afin de mieux cerner le domaine concerné. Il ne faut pas oublier que le juge peut s'immiscer dans cette relation contractuelle, en estimant, par exemple, que la personne publique a failli à son obligation de bonne utilisation des deniers publics. Dans les faits, tout dépend du contexte ; chaque cas est différent. Il peut être conseillé de faire appel à un devis quand le montant se rapproche des 25 000 euros. L'écrit, s'il n'est pas obligatoire, est tout de même conseillé. En effet, il semble nécessaire de disposer d'un support auquel se référer en cas de problème. Il pourrait être envisagé de faire référence au CCAG, qui permet de régler de nombreux contentieux. En l'absence de référentiel pour ces marchés, l'acheteur peut être tenté de signer le devis d'un fournisseur. Il faut alors être très vigilant, car souvent ces devis comportent des clauses favorables au fournisseur. Si vous signez, vous devrez obligatoirement respecter ces clauses. Pour rappel, le contrat constitue la loi des parties.

A priori, ce seuil de 25 000 euros ne sera pas modifié. Dans une **réponse ministérielle de mars 2017 (question AN n°73028 du 07/03/2017)**, le gouvernement a indiqué qu'un nouveau relèvement nécessiterait une analyse approfondie tant au regard des principes constitutionnels encadrant la commande publique qu'au regard de son intérêt économique.

### **La mise en œuvre de la procédure**

En amont de la procédure, l'acheteur devra déterminer précisément son besoin. L'**article 30 de l'ordonnance 2015-899** précise que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.* » Il est possible de définir son besoin en faisant référence à des normes ou à des performances attendues.

*Les rendez-vous juridiques | Compte rendu du 11 mai 2017 sur les marchés à procédure adaptée à la lecture du décret 2016-360 du 25 mars 2016 - Territoires Conseils Caisse des Dépôts -*

*Téléchargeable sur [www.caissedesdepotsdesterritoires.fr](http://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr) Rubrique Informer/Base documentaire*

Cependant, il n'est pas obligatoire d'être très précis dans cette définition ; cette dernière peut être succincte.

Dès que le besoin est clairement défini, l'acheteur devra procéder à une publicité, afin de rendre effective la mise en concurrence. La publicité à respecter dans le droit de la commande publique dépend des montants de la procédure. Plus les montants des marchés sont importants, plus les règles de publicité deviendront contraignantes.

Pour les marchés inférieurs à 25 000 euros, la publicité n'est pas très contraignante, à condition de respecter quelques règles.

Pour les marchés entre 25 000 euros et 90 000 euros, la publicité est difficile à appréhender puisqu'elle est laissée à l'appréciation de l'acheteur. D'après l'**article 34 du décret n° 2016-360**, « lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros HT, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ».

Pour les marchés au-dessus de 90 000 euros, la publicité est balisée par le décret. L'acheteur devra publier un avis de marché soit dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. La liste de ces journaux est disponible à la préfecture. L'acheteur appréciera si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au journal officiel de l'Union européenne est nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public. Ainsi, l'acheteur doit respecter les obligations de l'**article 34**, mais il peut aussi aller au-delà de ces obligations, en fonction de la nature de ses achats. Il doit voir si le secteur concurrentiel concerné est tel qu'une publicité plus large permettra d'obtenir des réponses plus efficaces et ainsi de recevoir des offres plus avantageuses en termes de coûts et de qualité.

En dessous de 25 000 euros et au-dessus de 90 000 euros, la publicité à respecter est suffisamment explicite pour ne pas appeler de commentaires particuliers. Le cœur du problème de la publicité en MAPA se situe entre 25 000 euros et 90 000 euros. Là, la liberté de l'acheteur est totale. La publicité doit être effective et quantifiable, afin de pouvoir justifier la bonne utilisation des deniers publics en cas de litige devant le juge. Une publicité effective ne signifie pas obligatoirement une publication dans divers supports : journaux, publicité sur le site de l'acheteur ou autre. La publicité peut être assurée par la demande de devis aux acteurs concernés par l'objet du marché. Dans ce cadre, l'acheteur devra avoir une certaine connaissance du secteur concurrentiel. Il devra faire des démarches en amont afin de s'assurer de l'effectivité de la mise en concurrence. S'il n'a pas de connaissance du secteur économique concerné, l'acheteur devra se renseigner sur les offres du marché en question. La demande de devis devra être utilisée de manière circonstanciée. En effet, pour un marché de 26 000 euros, la demande de trois devis peut être considérée comme une publicité suffisante. En revanche, pour un marché dont le montant se rapproche du plafond de 90 000 euros, il faudra être plus vigilant. Il n'existe pas de seuil au-delà duquel la demande de devis doit être abandonnée. L'acheteur est donc assez libre dans la mise en œuvre de la procédure, dans la mesure où il bénéficie d'une bonne connaissance concurrentielle et que le besoin est bien défini.

L'effectivité de la mise en concurrence repose sur la condition que les moyens de publicité utilisés par l'acheteur permettent aux entreprises potentiellement intéressées d'être informées de la volonté de la personne publique de satisfaire un de ses besoins en matière de travaux, services ou fournitures. Plus le montant du marché est élevé, plus les moyens de publicité utilisés doivent permettre une audience suffisante par les entreprises. L'acheteur peut faire de la publicité sur son profil d'acheteur, dans la presse, sur son site Internet, à la porte de la mairie, ou même dans son bulletin municipal. En revanche, il ne semble pas pertinent de faire une publicité dans un journal d'annonce légal ou au BOAMP, en raison de son coût.

L'acheteur est libre ; son objectif étant de trouver une adéquation entre publicité raisonnable, c'est-à-dire à moindre coût, et l'efficacité de l'achat. Les mesures de publicité sont donc appréciées au cas par cas. Les modalités de publicité et de mise en concurrence, déterminées par l'acheteur, doivent

être, selon le **Conseil d'État du 7 octobre 2005 n°278732**, «*appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé.*» Ces choix sont, *in fine*, toujours soumis à l'appréciation du juge. Il importe que le contenu de la publicité permette aux potentiels candidats de connaître le besoin de l'acheteur, afin de pouvoir y apporter une réponse efficace et pertinente.

### **Liberté des modalités de mise en concurrence**

Pour un MAPA, au même titre que la publicité sous un certain seuil, l'acheteur n'est pas enfermé dans un carcan textuel sur les modalités de la mise en concurrence, même s'il doit toujours respecter les grands principes de la commande publique.

Au-dessus de 25 000 euros, le marché doit nécessairement faire l'objet d'un écrit. La forme est libre. Il est, par exemple, possible de faire référence au CCAG.

En dessous de 25 000 euros, aucun écrit n'est nécessaire. Toutefois, il est conseillé de conserver un minimum de matière; en effet, un écrit sert de preuve auprès du juge en cas de litige. Il a d'ailleurs été jugé qu'un échange de courriers électroniques pouvait suffire à former un marché en dessous du seuil d'obligation de l'écrit (**Cour Administrative Nantes 22 Décembre n°14NT00289**).

Le délai laissé par l'acheteur aux potentiels candidats pour faire parvenir leur offre est laissé à l'appréciation de l'acheteur (**article 43 du décret n° 2016-360**). Ce délai est calculé à compter de la date de publication de l'avis de marché; il doit permettre aux candidats de disposer du temps nécessaire pour préparer leur dossier de candidature et leur offre. Le juge est intervenu pour définir la notion de «délai raisonnable», même s'il n'a pas stipulé un délai précis. L'acheteur, pour fixer les délais, doit tenir compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur dossier de candidature et leur offre. Le juge, dans son ordonnance, nous indique les éléments à prendre en compte pour apprécier ce délai : «*le délai doit être suffisant au regard du montant du marché envisagé, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations et de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats.*» **TA Lille 16 mars 2011 n°1101226**, Cette **jurisprudence de 2011** doit être rapprochée de la **jurisprudence du Conseil d'État de 2005, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, n° 278732**, cette dernière stipule que les modalités de publicité et de mise en concurrence doivent être fixées en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché et par rapport au «*degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé*».

L'acheteur, compte tenu des caractéristiques du marché, détermine s'il est tenu de procéder à la vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles. L'acheteur, au titre des grands principes de la commande publique et notamment de la transparence de la procédure, doit indiquer aux potentiels candidats les critères sur lesquels il va s'appuyer pour effectuer son choix. L'acheteur peut tout à fait décider de limiter les candidats. Il lui appartient alors d'indiquer les critères sur lesquels il s'appuie pour effectuer cette sélection. Les critères de sélection des offres doivent être connus des candidats dès l'engagement de la procédure. La pondération n'est pas obligatoire en MAPA. Toutefois, à l'usage, il est nécessaire d'en faire application afin de faciliter le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette méthode permet aux potentiels candidats de connaître l'appréciation faite par l'acheteur des différents critères. Ainsi, ils peuvent adapter leurs réponses.

### **COMMUNAUTE DE COMMUNES ROUMOIS SEINE**

Nous avons lancé un marché pour la construction d'une station d'épuration (STEP). **Le maître d'œuvre nous a demandé d'accorder sept semaines aux candidats. Or, hier, un candidat nous a demandé un délai supplémentaire. Pouvons-nous accepter sa demande ?**

### **DAVID LEGROS**

Si vous acceptez sa demande, vous allez privilégier ce candidat au détriment des autres.

## **COMMUNAUTE DE COMMUNES ROUMOIS SEINE**

Le délai supplémentaire serait accordé à tous les candidats.

### **DAVID LEGROS**

Juridiquement, il est possible d'accorder un délai supplémentaire. Quel sera ce délai ?

## **COMMUNAUTE DE COMMUNES ROUMOIS SEINE**

Nous laisserions quinze jours supplémentaires, soit un délai total de neuf semaines.

### **DAVID LEGROS**

Il faut veiller à ne pas générer une distorsion de concurrence. En effet, certains potentiels candidats ont pu voir votre annonce, juger le délai initial de sept semaines insuffisant et finalement renoncer à proposer une offre. Or, avec neuf semaines, ils auraient peut-être disposé du temps nécessaire pour préparer leur candidature. Pour rappel, ces cas particuliers restent soumis à l'appréciation du juge. Avez-vous déjà reçu des offres à l'issue des sept premières semaines ?

## **COMMUNAUTE DE COMMUNES ROUMOIS SEINE**

Non, pas encore. Le délai des sept semaines prend fin début juin.

### **DAVID LEGROS**

Vous avez la possibilité de prolonger le délai. Le candidat potentiel sera alors libre de saisir le juge. Si vous décidez de prolonger de quinze jours, vous devez en informer tous les candidats qui ont déjà déposé une offre.

## **COMMUNE D'ANET**

**Pouvez-vous préciser la notion d'urgence à conclure un marché ?**

### **DAVID LEGROS**

Cette notion d'urgence est à manier avec beaucoup de précautions, d'autant plus que les jurisprudences actuelles sont basées sur l'ancien Code. L'urgence est souvent liée aux catastrophes naturelles ou à la sécurité; elle est telle qu'il est impossible d'attendre. Il faut agir immédiatement. Par exemple, il ne sera pas considéré comme urgent de passer un marché pour l'entretien des espaces verts.

## **COMMUNE D'ANET**

J'ai deux exemples, qui sont d'actualité sur notre commune.

Dans le cadre d'un marché, nous avons spécifié aux candidats l'urgence et la nécessité de travailler en temps masqué; nous leur avons demandé d'être innovants sur les délais, sous peine, pour la commune, de perdre une subvention.

Le deuxième exemple porte sur notre réseau d'eau potable, qui est assez ancien. Ce réseau présente des fuites et des sections de canalisation assez fréquentes. Le réseau doit donc être changé assez rapidement. L'urgence est d'ordre pécuniaire, puisque des mètres cubes d'eau sont perdus en permanence.

### **DAVID LEGROS**

Pour le deuxième cas, je serais plus enclin à apprécier l'urgence. En effet, les nouveaux textes intègrent la prise en compte du critère environnemental. Le juge pourrait éventuellement entendre cet argument. En revanche, pour le premier cas, il est clair que le juge ne considérera pas le risque de perte d'une subvention comme une urgence.

Je prends l'exemple d'un marché d'entretien d'espaces verts qui se termine le 31 décembre. Le 28 décembre, la commune se rend compte qu'elle a oublié de conclure un nouveau contrat. Ce cas n'est pas considéré comme une urgence. En effet, l'oubli relève d'une faute de la collectivité, qui n'a pas su s'organiser en amont pour renouveler son marché dans les temps impartis.

## SYNDICAT DU HAUT-RHONE

**Je propose un marché à 40 000 euros ; j'ai réalisé mon dossier de consultation des entreprises. Je connais des bureaux d'études, avec qui j'ai déjà travaillé et qui sont susceptibles de répondre. Puis-je leur envoyer un mail pour les informer que l'offre est consultable sur mon site Internet ?**

## DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIE A TERRITOIRES CONSEILS

Non, cette démarche n'est pas autorisée, car, en les informant, vous les privilégiez.

## UNE INTERVENANTE

Il est possible de les prévenir par téléphone. Ainsi, il n'existe aucune preuve écrite.

## DAVID LEGROS

Imaginons que vous envoyez un mail à trois bureaux d'études avec lesquels vous travaillez. Si l'un d'entre eux est sélectionné, l'un des deux autres pourrait saisir le juge en dénonçant le non-respect de la publicité. Il pourrait montrer le mail qu'il a reçu et arguer que d'autres concurrents ne l'ont pas reçu. En effet, les concurrents qui n'ont pas reçu le mail ont dû faire la démarche pour trouver l'offre ; ils ont dû chercher l'information sur le site ou sur le profil d'acheteur.

## La négociation

Les MAPA permettent une souplesse dans la démarche d'achat public. Afin de permettre une certaine efficacité de cet achat, le législateur a prévu la possibilité pour la personne publique de recourir à la négociation. Cette négociation doit permettre à la personne publique de retenir l'offre la plus adaptée à son besoin, tout en favorisant une bonne gestion des deniers publics. Après certaines tergiversations entre la Direction des affaires juridiques (DAJ) et le juge, qui n'était pas d'accord sur les modalités de négociation, le juge administratif, par sa plus haute instance, le Conseil d'État, a mis fin au débat par sa **décision du 18 septembre 2015 n°380821**. Cette dernière offre aux acheteurs un cadre juridique plus sécurisé dans la pratique de leur MAPA. Le juge a précisé que si « *le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure ; il peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier.* »

L'**article 59 du décret de 2016-360** liste trois cas de figure :

- L'acheteur a prévu la négociation sans réserve. Il sera donc tenu de négocier ;
- L'acheteur n'a pas prévu la négociation. Il ne pourra donc pas y recourir ;
- L'acheteur a annoncé sa décision de recourir à la négociation tout en se réservant la possibilité d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation. Ainsi, au vu des offres reçues, si la personne publique estime qu'elle peut attribuer le marché, elle n'est pas tenue d'avoir recours à la négociation.

De même, si la personne publique décide de limiter le nombre de candidats admis à la négociation, le législateur n'a pas fixé le nombre minimum ou maximum de candidats devant y participer. Il appartient à la personne publique de fixer ce nombre, tout en gardant à l'esprit qu'il est inutile d'admettre un nombre trop important de personnes. Cette pratique engendrerait une perte de temps et d'argent. Le déroulement de la phase de négociation n'est pas réglementé. Il revient à la personne publique de la définir, eu égard aux grands principes de la commande publique. L'acheteur devra, en cas de litige, prouver au juge que la phase de négociation n'a pas été discriminatoire. Pour ce faire, la personne publique pourra avoir recours à une même trame, afin de mettre tous les candidats sur un pied d'égalité. Il peut s'agir, par exemple, d'une liste de questions identiques. Il est primordial de garder une trace de tous les échanges. Le but est de prouver au juge, en cas de litige, que la procédure de commande publique a été respectée et que le principe d'égalité de traitement des candidats a été appliqué.



## L'information des candidats

L'acheteur public qui passe un contrat en MAPA est soumis à des obligations de publicité envers les soumissionnaires non retenus. L'**article 99 du décret 2016-360** stipule que, « l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre. » Cette information, très rapide, permet à l'acheteur de s'organiser et d'anticiper de futures contestations. Le contenu de l'information n'est pas explicité par les textes. Elle peut être succincte et se borner à indiquer au candidat que son offre n'est pas retenue. L'acheteur n'est pas obligé en MAPA de respecter un délai de stand-still. Ce délai permet à un candidat évincé de contester le non-respect par l'acheteur de ses obligations de mise en concurrence et de publicité, avant la signature du marché. Il faut savoir que cette signature ferme le recours précontractuel. Il est parfois utile de s'obliger à respecter un tel délai, afin de se prémunir contre d'éventuels recours devant le juge et d'assurer une certaine transparence de la procédure. Si vous vous obligez à respecter ce délai, il faudra respecter les formalités du Code de justice administrative. L'information doit être spontanée : l'acheteur a l'obligation de la respecter sans être face à une demande d'une entreprise.

En plus de cette communication spontanée, l'acheteur doit communiquer à la demande des candidats. L'**article 99 du décret 2016-360** indique que l'acheteur communique aux candidats ou aux soumissionnaires qui en font la demande écrite « les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. » En outre, si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni irrégulière, ni inacceptable, ni inappropriée, l'acheteur lui communique les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue, ainsi que le nom de l'attributaire du marché public. Par cette formulation, le droit commun de la communication des documents administratifs s'applique.

Les textes ne définissent pas précisément ce que recouvre cette information. Il faut s'en remettre aux avis de la CADA et à la jurisprudence pour définir les contours de cette communication. Dans une **jurisprudence du Conseil d'État du 30 mars 2016 n°375529**, les juges considèrent qu'au regard des règles de la commande publique « doit être regardé comme communicable, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces du marché. Dans cette mesure, si notamment l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables, le bordereau unitaire de prix de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité et qu'il est susceptible, ainsi, de porter atteinte au secret commercial, n'est quant à lui, en principe, pas communicable. » Il est véritablement impossible de dresser une liste des pièces communicables ou non. En cas de doute, je vous conseille de ne pas communiquer. En effet, si vous communiquez certains documents non autorisés, l'entreprise attributaire peut vous le reprocher. Si vous refusez de communiquer un document administratif, l'entreprise qui vous a demandé le document devra obligatoirement saisir la CADA. Celle-ci émettra un avis sur la communication du document qui lui a été soumis. Si la CADA décide que le document est communicable, mais que la personne publique refuse toujours de le communiquer, alors le demandeur pourra saisir le juge administratif de ce refus. Selon le cas, cette procédure peut aboutir à une astreinte.

## Le contrôle de légalité des MAPA

Les actes des collectivités sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication, affichage, notification aux intéressés et transmission aux représentants de l'État ou à son délégué dans l'arrondissement. Les marchés publics sont soumis à cette obligation de transmission, tels que mentionnés dans l'**article L2131-2 du CGCT**. Sont concernées les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadre, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat. Cet article nous indique qu'en dessous d'un certain seuil, les marchés ne sont pas transmissibles. Ce seuil, défini à l'**article D2131-5-1 du CGCT**, est fixé à 209 000 euros HT. En dessous de ce seuil, les marchés de service, de fourniture et travaux ne sont pas soumis au contrôle de légalité. Il faut noter la particularité suivante : les MAPA de travaux peuvent être conclus jusqu'à 5 225 000 euros HT. Ainsi, les MAPA de travaux entre 209 000 euros et 5 225 000 euros devront être transmis au préfet pour

l'exercice de son contrôle de légalité. L'**article R2131-5 du CGCT** liste les pièces à fournir au contrôle de légalité : la copie des pièces constitutives du marché ; la délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché ; la copie de l'avis d'appel public à la concurrence ainsi que, s'il y a lieu, de la lettre de consultation ; le règlement de la consultation, etc.

#### **COMMUNAUTE DE COMMUNES ROUMOIS SEINE**

Pour information, le site Internet de la préfecture de l'Eure propose un certain nombre de fiches, dont les pièces à transmettre à la préfecture. Cette fiche est très bien conçue.

#### **DAVID LEGROS**

Merci pour cette information. Certes, cette liste est exhaustive, mais si le préfet peut demander des pièces complémentaires sur un marché bien particulier.

#### **La délégation à l'exécutif.**

J'ai pris le cas du conseil municipal, mais le principe est identique pour les EPCI. Il serait plus simple de parler d'assemblée délibérante.

Le conseil municipal a une compétence générale de droit commun pour régler, par ses délibérations, les affaires de la commune (**article L2121-29 du CGCT**). Cette compétence n'est enfermée dans aucune définition précise. Le conseil municipal, par ses délibérations, doit agir dans l'intérêt général communal. Le maire a des pouvoirs propres au sein de la collectivité, notamment en matière de police. Le conseil municipal, lui, ne peut intervenir dans ces domaines. Le conseil municipal intervient donc dans un champ de compétences très large. La loi lui a permis, dans un certain nombre de domaines, de déléguer une partie de ses compétences dont la liste exhaustive est indiquée à l'**article L2122-22 du CGCT**. Le quatrième point de cet article indique que le conseil municipal peut déléguer au maire la compétence de « *prendre 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* ».

Le conseil municipal, s'il donne compétence au maire concernant les marchés, peut aussi lui donner des limites. Le plus souvent, les délibérations donnant cette compétence la limitent du point de vue des montants, c'est-à-dire qu'elles fixent une limitation au-delà de laquelle le conseil municipal retrouve sa compétence. Le maire ne pourra pas alors signer le marché sans l'assentiment du conseil municipal. Une fois que la délégation aura été donnée au maire, le conseil municipal se vide de sa compétence et ne pourra plus délibérer sur les marchés entrant dans le champ de la délégation. Celle-ci sera illégale. Le maire, en dehors des cas de délégation, ne peut signer des marchés. Toutefois, rien ne lui interdit de lancer une procédure et de la mener à terme (**jurisprudence du Conseil d'État commune d'Orcet du 4 avril 1997 n°151275**).

#### **COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ARLYSERE**

**Notre conseil a donné délégation au président pour signer des marchés inférieurs à une certaine somme. Pour autant, nous avons pour habitude d'émettre une décision dès lors que la signature du marché intervient, après débat avec la cellule marchés publics. Cette décision est ensuite envoyée au contrôle de légalité, affichée et communiquée au conseil suivant. Une telle démarche est-elle nécessaire ?**

#### **DAVID LEGROS**

Qu'entendez-vous par « décision » ?

#### **COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ARLYSERE**

Il s'agit d'une sorte d'arrêté, mais nous l'appelons « décision » ; nous l'inscrivons au registre des décisions et nous la communiquons en début d'assemblée, en vertu du Code des collectivités locales.

#### **DAVID LEGROS**

Il ne s'agit pas d'une délibération ?

## COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ARLYSERE

Non, il n'est pas question d'une délibération, mais d'une décision du président, matérialisée par un acte. Le président annonce qu'il va signer le marché et il en donne les caractéristiques principales.

## DAVID LEGROS

Le président rend compte de sa décision de signer un marché ; décision qu'il a pu prendre au conseil par le biais des délégations. Juridiquement, rien ne vous oblige à une telle procédure. Le président a reçu une délégation ; il reçoit, par exemple, un devis de 30 000 euros ; il le signe. Le fait de signer constitue en soi une décision contractualisée.

## COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ARLYSERE

Il m'avait été expliqué qu'en vertu de l'article portant sur les délégations du Code des collectivités territoriales, une décision devait prendre le même chemin qu'une délibération, c'est-à-dire qu'elle devait être affichée, publiée et communiquée au conseil suivant. Cet article porte non seulement sur les décisions concernant les marchés, mais également sur d'autres décisions, pour lesquelles le président a reçu délégation.

## SYNDICAT MIXTE SDOMODE

Notre syndicat de traitement applique exactement la même procédure.

## COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ARLYSERE

Cette question fait débat, notamment avec la cellule des marchés publics. Du point de vue du Code des marchés publics, cette procédure n'est pas nécessaire. Cependant, nous pensions que le Code des collectivités territoriales nous l'imposait. Je conçois qu'il est inutile de rajouter des tâches administratives.

## DAVID LEGROS

Les MAPA sont censés être moins contraignants que les autres procédures. Je m'engage à approfondir cette question.

Il semble inutile de rajouter du formel voir la **réponse ministérielle du 23 mars 2006 n°22352 du sénat** : « .....il convient d'observer que la forme que doivent revêtir ces décisions n'est pas précisée. Ainsi, l'exécutif local n'est pas tenu de prendre une décision formelle distincte de l'acte qu'il se propose d'adopter. S'agissant d'un marché, la décision peut consister en la signature apposée sur le contrat lui-même.... »

## COMMUNE D'ANET

**Notre conseil municipal n'a pas fixé de seuil pour les délégations de signature de MAPA au maire. Devons-nous procéder à une nouvelle délibération ?**

## DAVID LEGROS

Si vous ne fixez pas de seuil, le maire peut signer n'importe quel marché en MAPA sans l'assentiment du conseil municipal, même un marché de cinq millions d'euros en travaux.

**Précision post-réunion : Après relecture des textes il semble nécessaire d'avoir une délibération précise sur le sujet, hors il semble que dans ce cas la délibération est trop large, pas assez bornée, il semble nécessaire de la revoir afin d'éviter tout risque contentieux.**

## COMMUNE D'ANET

Certes, il existe une COMAPA pour étudier les dossiers en équipe, mais il faudrait sans doute régulariser la situation.

## DAVID LEGROS

Dès la parution des nouveaux textes indiquant que le maire pouvait recevoir une délégation, de nombreuses collectivités ont fixé un seuil au-delà duquel le conseil municipal reprenait la compétence. Le législateur a offert cette possibilité, mais ne l'a pas imposée. Vous pouvez continuer à

fonctionner sans seuil. D'ailleurs, dans votre cas, la commission constitue un garde-fou. Disposez-vous d'un règlement intérieur qui stipule que les MAPA doivent passer devant une commission ?

**Attention voir précision post-réunion ci-dessus en gras**

#### **COMMUNE D'ANET**

Non, je ne crois pas. Ce fonctionnement a été décidé lors des dernières élections. Un arbitrage budgétaire en début d'année permet de fixer les grands projets avec les montants correspondants. Les élus sont donc informés. En outre, à chaque marché passé, des COMAPA d'ouverture de plis et d'analyse des offres sont organisées.

#### **DAVID LEGROS**

Avec de tels garde-fous, vous ne craignez pas grand-chose juridiquement.

Certaines questions posées par les participants renvoient à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie qui dépasse le cadre de ces réunions. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez le service de renseignements téléphoniques de Territoires Conseils :

- par téléphone au 0970 808 809
- par mail sur le site Internet [www.caissedesdepotsdesterritoires.fr](http://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr) en cliquant sur APPUI JURIDIQUE ou TÉLÉPHONE. Vous y trouverez également une rubrique « Questions-réponses ».

Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Caisse des Dépôts, ce service est accessible gratuitement à toutes les intercommunalités, quels que soient leur taille et leur type, ainsi qu'aux communes de moins de 10 000 habitants.