



Liberté • Égalité • Fraternité  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFET DU HAUT-RHIN

PRÉFECTURE

SECRETARIAT GÉNÉRAL

Direction des relations avec les collectivités locales

Bureau des relations avec les collectivités locales

Affaire suivie par :

Joël ROBERT

☎ 03 89 29 22 07

☎ 03 89 29 20 61

✉ joel.robert@haut-rhin.gouv.fr

Le Préfet du Haut-Rhin

A

Mesdames et Messieurs les Maires

Mesdames et Messieurs les présidentes et  
présidents d'établissements publics de coopération  
intercommunale et de syndicats mixtes

Madame la présidente du conseil départemental du  
Haut-Rhin

En communication à :

Madame et Messieurs les Sous-Préfets

Monsieur le Président de l'Association des Maires  
du Haut-Rhin

Le 26 FEV. 2018

Objet : contrôle de légalité des actes de la commande publique.

PJ : 1

Dans un souci de sécurisation des marchés publics passés par votre collectivité ou groupement, il m'a paru utile de porter à votre connaissance les observations les plus récurrentes formulées dans le cadre du contrôle de légalité, au regard des irrégularités commises.

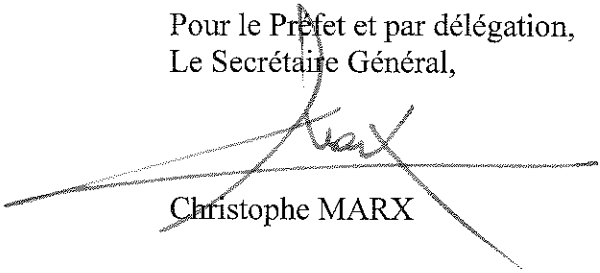
Ces observations sont restituées dans l'annexe ci-jointe, dans laquelle sont par ailleurs rappelés les nouveaux seuils de publicité et de procédure à prendre en compte en 2018 et 2019.

La consultation des fiches de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et des finances, régulièrement mises à jour sur internet ([www.economie.gouv.fr/daj](http://www.economie.gouv.fr/daj)), peut également contribuer à la sécurisation des contrats.

Mes services restent bien entendu à votre disposition pour toute question se rapportant à cette circulaire.

Pour le Préfet et par délégation,  
Le Secrétaire Général,

*Cordialement*

  
Christophe MARX

## ANNEXE

Les abréviations utilisées dans cette annexe sont :

- CGCT : code général des collectivités territoriales
- ORMP : ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- DRMP : décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
- BOAMP : bulletin officiel des annonces des marchés publics
- JOUE : journal officiel de l'Union européenne
- CAO : commission d'appel d'offres
- JORF : journal officiel de la république française
- MAPA : marché à procédure adaptée
- AAPC : avis d'appel public à la concurrence
- CAA : cour administrative d'appel
- CCAP : cahier des clauses administratives particulières
- AMHR : association des maires du Haut-Rhin

### I - Les nouveaux seuils de publicité et de procédure à prendre en compte

Dans un avis du 31 décembre 2017 publié au JORF, les seuils mentionnés à l'article 42 de l'ORMP ont été révisés.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 et jusqu'au 31 décembre 2019, les nouveaux seuils à prendre en compte sont les suivants en fonction de la nature des prestations à réaliser :

Nature des prestations	Seuils 2016-2017	Seuils 2018-2019
Travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices	5 225 000 € HT	5 548 000 € HT
Fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs	209 000 € HT	221 000 € HT
Fournitures et services des entités adjudicatrices	418 000 € HT	443 000 € HT

Ces seuils concernent à la fois la publicité (1) et les procédures de passation des marchés publics (2).

#### **1) La publicité :**

Les marchés dont la valeur ou le montant estimé est égal ou supérieur à ces seuils font obligatoirement l'objet d'une publication d'un avis de marché :

- au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP)
- et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Cette obligation ne concerne cependant pas les marchés publics de prestations de services qui relèvent des dispositions de :

- l'article 28 du DRMP (cf. avis JORF n°0074 du 27 mars 2016), concernant les marchés publics de services sociaux et autres spécifiques ;
- l'article 29 du DRMP concernant les marchés publics de services juridiques de représentation.

## **2) Les procédures :**

Les marchés dont la valeur ou le montant estimé est égal ou supérieur à ces seuils doivent être passés selon une procédure formalisée (cf. article 42 de l'ORMP). En dessous, le pouvoir adjudicateur reste libre de recourir à une procédure adaptée.

Cette obligation ne concerne également pas les marchés qui relèvent des dispositions des articles 28 et 29 du DRMP et qui peuvent être passés selon une procédure adaptée quelle que soit la valeur ou le montant estimé.

S'agissant des marchés allotis, la valeur estimée du besoin doit être calculée au regard de la valeur totale de l'ensemble des lots, et non au regard de la valeur de chaque lot prise individuellement.

## **II - Les observations liées à la publicité**

### **1) La non-complétude de certains rubriques de l'avis de marché effectué au BOAMP et au JOUE :**

Lorsque la publication d'un avis de marché au BOAMP et au JOUE est rendue obligatoire, il importe de compléter toutes les rubriques dites « obligatoires ». Si elles ne sont pas complétées, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ne sera pas garanti et la procédure entreprise sera susceptible d'être sanctionnée.

Une des rubriques dites obligatoires fait l'objet, trop souvent, d'une omission : il s'agit de la rubrique VI-4.3 relative à « l'introduction de recours ».

Conformément à une jurisprudence du Conseil d'Etat (6 mars 2009 – n°315138), cette rubrique peut ne pas être complétée si la rubrique « facultative » VI.4.4 relative « au service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus sur l'introduction de recours » a été elle-même complétée. Dans cette hypothèse, il conviendra expressément d'y faire figurer le nom et les coordonnées du greffe du tribunal compétent.

En cas de doute sur les autres rubriques, il est conseillé de se référer à une fiche de la DAJ intitulée « Comment utiliser les formulaires européens ».

### **2) La publicité concernant les MAPA :**

L'article 34-I-1°-b) du DRMP prévoit que, lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 € HT et inférieure aux seuils de procédure formalisée (soit pour les marchés de travaux, un montant de 5 548 000 € HT et pour les marchés de fournitures et de services, un montant de 221 000 € HT), l'acheteur publie un avis de marché soit au BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Des acheteurs se contentent parfois de procéder à une publicité sur un profil d'acheteur, (tel celui de l'AMHR), en méconnaissance de la règle précitée et, par là-même, du principe de libre accès à la commande publique.

### **III - Les observations liées à l'attribution du marché**

#### **1) L'intervention de la CAO :**

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau régime des marchés publics au 1<sup>er</sup> avril 2016, la CAO n'exerce plus désormais que deux compétences expressément désignées par les textes :

- conformément à l'article L. 1414-2 du CGCT, elle choisit le titulaire du marché, lorsque la valeur estimée hors taxe du marché est égale ou supérieure aux seuils européens précités (cf. point I « les nouveaux seuils de publicité et procédure à prendre en compte »). Selon la doctrine de la DAJ, la compétence de la CAO se limite aux marchés passés selon une procédure formalisée. La CAO n'est donc pas compétente pour attribuer les marchés pouvant être passés selon une procédure adaptée quelle que soit la valeur estimée du besoin.
- conformément à l'article L. 1414-4 du CGCT, elle est chargée d'émettre un avis sur les avenants entraînant une augmentation de plus de 5% du montant global du marché, lorsque ce marché a été préalablement attribué par elle. Rien ne s'oppose à ce que l'acheteur consulte la CAO, dans d'autres cas (par exemple, pour un MAPA).

S'agissant des marchés pour lesquels la CAO est chargée d'attribuer le marché, une attention particulière doit être portée à la régularité de la composition de la CAO. La procédure peut en effet être viciée dès lors que la présence de membres en surnombre a pu avoir une influence sur le choix de l'attributaire.

Ainsi, a été reconnue illégale la participation de suppléants au sein d'une CAO alors que les titulaires étaient présents (Conseil d'Etat - 13 mars 1998 – n°173325). La participation des suppléants au sein de la CAO n'est admise qu'en l'absence des titulaires.

De même, en dehors des membres élus à la CAO, aucun autre membre de l'assemblée délibérante ne doit participer à la CAO, même en sa qualité de personnalité compétente (cf. articles L. 1411-5 et L. 1414-2 du CGCT).

#### **2) La durée de validité des offres :**

La durée de validité des offres est généralement fixée dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation. La durée n'étant pas réglementée, elle dépend de la volonté de l'acheteur et est habituellement de 90 à 120 jours.

Ce délai court à compter de la date limite de réception des offres, telle que fixée dans l'avis de publicité.

La jurisprudence administrative n'exige pas que la procédure soit totalement achevée à l'expiration du délai de validité des offres, mais simplement que l'acheteur ait choisi l'attributaire (Conseil d'Etat, 10 avril 2015, n°386912).

La négociation ne permet pas de proroger la durée de validité des offres.

Il importe donc d'attribuer le marché avant la date de fin de validité des offres (négociations comprises).

A défaut, la procédure doit être déclarée sans suite, sauf à proroger la date de validité des offres. Cette prorogation suppose l'accord, exprimé de manière expresse, de tous les candidats.

## **IV - Les observations liées à l'attribution du marché, sa transmission au contrôle de légalité et sa notification aux entreprises**

### **1) La délégation de l'attribution du marché à l'exécutif :**

L'exécutif ne peut attribuer un marché qu'en vertu d'une délibération de l'assemblée délibérante lui déléguant cette compétence.

Cette délégation peut être accordée pour toute la durée du mandat (a). A défaut, ou si la délégation permanente ne permet pas à l'exécutif de signer le marché, la délégation devra faire l'objet d'une délibération spécifique de la part de l'assemblée délibérante (b).

a) Concernant les marchés passés pour toute la durée du mandat, l'article L.2122-22 4° du CGCT, applicable aux établissements publics de coopération intercommunale par renvoi de l'article L.5211-2 du même code, permet de déléguer à l'exécutif « 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 ».

La reprise de cette rédaction, à l'identique, dans les délibérations des assemblées délibérantes permet à l'exécutif d'attribuer tous les marchés, quel que soit leur montant et quelle que soit la procédure (y compris les modifications de marchés).

Les organes délibérants ont la possibilité de limiter la délégation en fonction d'un montant, d'une procédure (exemple : les MAPA) ou d'un objet (exemple : les marchés de travaux).

S'agissant de la portée des délégations pour lesquelles un montant a été fixé, il convient d'apprécier la délégation au regard du montant global du marché (tous lots confondus), et non au regard du montant de chaque lot pris individuellement.

b) Concernant les marchés pour lesquels une délibération spécifique doit être prise par l'assemblée délibérante, celle-ci doit intervenir :

- soit en amont de la procédure (c'est à dire avant le lancement du marché), en définissant l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché (articles L. 5211-2 et L. 2122-21-1 du CGCT) ;
- soit en aval de la procédure (c'est à dire après l'examen des offres), en indiquant l'objet du marché, son montant exact et l'identité des attributaires (Conseil d'Etat – 13 octobre 2004- n°254007).

### **2) La transmission du marché au titre du contrôle de légalité et la notification aux entreprises :**

En application des articles L.2131-1, L.2131-2 4°, L.2131-13, L.1411-9, L. 5211-3 et D. 2131-5-1 du CGCT, tous les marchés et accords-cadres de travaux, de fournitures et de services atteignant le seuil de **209 000 € HT** (le seuil n'ayant à ce jour pas été modifié), doivent être transmis au titre du contrôle de légalité dans un délai de quinze jours à compter de leur signature, ainsi que tous les avenants relatifs à ces marchés.

Ce n'est qu'après la transmission du marché au titre du contrôle de légalité que les collectivités peuvent procéder à la notification aux entreprises.

Trop souvent, ces règles ne sont pas rigoureusement respectées.

### **3) L'avis de publicité effectué dans un journal d'annonces légales (JAL) :**

L'article R.2131-5 du CGCT dresse la liste des pièces qui doivent être transmises obligatoirement au titre du contrôle de légalité, parmi lesquelles figure notamment la copie de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC).

Afin de permettre au service en charge du contrôle de légalité de vérifier les délais de publication, il importe de transmettre la preuve de la publication (soit une copie du JAL ou une copie du BOAMP).

## **V - Les observations liées au défaut de justification concernant le recours à certaines procédures ou pratiques**

### **1) Le défaut de justification concernant le recours à la procédure concurrentielle avec négociation :**

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

Elle peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article 25-II du DRMP (par exemple lorsque le besoin consiste en une solution innovante lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent).

Il importe que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de démontrer précisément que le recours à cette procédure est justifié. A défaut, le marché peut être entaché de nullité. (Conseil d'Etat – 28 juillet 2000 – n°202792).

### **2) Le défaut de motivation en cas d'absence d'allotissement du marché :**

Si l'allotissement est devenu le principe pour tous les marchés publics, l'ORMP, dans son article 32, prévoit deux motifs de dérogation :

- d'une part, en cas d'impossibilité pour l'acheteur d'identifier des prestations distinctes en raison de l'objet du marché ;
- d'autre part, l'acheteur peut décider de ne pas allotir lorsqu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même « les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si 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 ».

Les acheteurs qui ont recours à un marché global se contentent, dans leur grande majorité, de se référer à l'une de ces deux dérogations, sans d'autres précisions.

Or, l'article 32 de l'ORMP impose à l'acheteur, en cas de non allotissement du marché, de motiver ce choix.

## **VI – Les observations liées à l'analyse des offres**

### **1) La neutralisation du critère de la valeur technique :**

La façon d'analyser la valeur technique des offres conduit des pouvoirs adjudicateurs (ou le plus souvent, des maîtres d'œuvre) à attribuer des notes identiques aux entreprises, ce qui a pour effet de neutraliser le critère de la valeur technique au profit de celui du prix.

Plusieurs pratiques contestables sont constatées.

Ainsi, une entreprise qui apporte une réponse, même de manière sommaire, aux différents éléments demandés par l'acheteur dans le mémoire technique obtient le plus souvent une note maximale. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'entreprise a omis de répondre à un élément du mémoire technique qu'elle se voit pénalisée. Dans cette méthode, les entreprises obtiennent par principe la note maximale, sauf dans l'hypothèse où l'une des rubriques du mémoire technique n'est pas complétée.

De même, certains acheteurs se contentent simplement d'examiner si l'offre respecte les exigences minimales du cahier des charges. Dans cette hypothèse, l'offre de l'entreprise est considérée comme « conforme » et obtient également la note maximale.

Il importe d'analyser minutieusement le contenu de l'offre afin d'attribuer la note la plus élevée à l'offre la plus satisfaisante du point de vue technique. S'il ne peut être exclu, par principe, que des candidats obtiennent la même note, l'obtention par plusieurs offres de la note maximale suppose qu'elles ne se distinguent les unes des autres sur aucun des points faisant l'objet d'une appréciation.

### **2) La mise en œuvre de méthodes de notation illégales du critère financier :**

Le critère financier, qu'il s'agisse du prix ou du coût, est un critère obligatoire auquel l'acheteur doit recourir (cf. article 62 du DRMP).

Trois principes fondamentaux doivent être respectés :

- l'offre la moins disante doit obtenir la note la plus élevée ;
- les écarts de notes doivent traduire la réalité des écarts des offres ;
- les offres doivent être directement comparées entre elles, sans prise en compte d'éléments telle l'estimation financière faite par l'acheteur.

Sont ainsi à déconseiller :

- toute méthode qui tient compte de l'estimation financière et qui conduit, par exemple, à attribuer la meilleure note à l'offre la plus proche de l'estimation financière. Cette méthode peut ainsi conduire à ne pas attribuer la meilleure note à l'offre la moins-disante.
- toute méthode qui consiste à attribuer, par exemple, une note de 10/10 à l'offre la plus basse et une note de 0/10 à l'offre la plus élevée. En présence seulement de deux offres, cette méthode pénalise fortement la 2<sup>ème</sup> offre, dès lors que l'écart de prix entre les deux offres n'est nullement prise en compte.
- toute méthode conduisant à l'attribution de notes négatives (ou supérieures à la note maximum), la pondération des critères telle qu'elle a été définie et communiquée aux candidats s'en trouvant faussée.

### **3) Un critère de jugement à proscrire :**

L'article 62 du DRMP dresse une liste de critères sur la base desquels l'acheteur peut se fonder afin de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette liste n'est pas exhaustive et l'acheteur peut recourir à d'autres critères s'ils sont justifiés au regard de l'objet du marché public ou de ses conditions d'exécution.

Si des acheteurs sont parfois tentés de choisir un critère lié à l'implantation géographique, ce critère de jugement des offres peut être proscrire car contraire au droit européen qui garantit l'accès de toutes les entreprises à l'ensemble des marchés publics.

Le critère local n'est admissible que s'il est une condition nécessaire à la bonne exécution du marché, par exemple si l'exécution du marché nécessite une intervention rapide du prestataire et donc une proximité géographique. Ainsi, le Conseil d'État a admis la validité de l'obligation faite au candidat de posséder une antenne locale pour la bonne exécution d'un marché d'entretien d'espaces verts, étant précisé que cette exigence peut être satisfaite au moyen d'un simple engagement du candidat à s'établir localement en cas d'obtention du marché (Conseil d'État – 14 janvier 1998 n°168688).

De même, pour un marché de conseil et de représentation juridique, la proximité géographique du candidat peut valablement être retenue comme critère (CAA Marseille – 27 février 2012 – n°09MA01655).

En revanche, des objectifs de réduction des émissions de CO<sub>2</sub> ne peuvent justifier que soient privilégiées les entreprises implantées au plus près du lieu d'exécution des prestations (réponse ministérielle JO Sénat Q, 21 janvier 2010, P. 130).

Le fait de favoriser une entreprise locale dans un marché public est par ailleurs constitutif d'un délit de favoritisme pénalement répréhensible (Cour de Cassation, 22 janvier 2014 n°13-80.759).

### **4) Une pondération des sous-critères pas toujours annoncée :**

Les sous-critères permettent aux acheteurs d'affiner l'analyse des offres et aux candidats de savoir quels aspects précis de leur offre seront analysés.

Si les sous-critères sont pris en compte selon une même pondération, l'acheteur n'est pas tenu de le préciser dans les documents de la consultation.

En revanche, si les sous-critères sont pris en compte selon une pondération différente, il importe de les communiquer, dès le départ, dans les documents de la consultation, car ces différences de pondération sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres (Conseil d'État / 18 juin 2010 – n°337377 / 4 juillet 2012 – n°352714).



### **5) L'analyse des prestations supplémentaires éventuelles (PSE) :**

Lorsque l'acheteur impose aux soumissionnaires de fournir des prestations supplémentaires éventuelles (PSE), cela constitue parfois une source d'irrégularités car elles ne sont pas toujours prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres.

En cas de PSE, l'acheteur doit évaluer et classer les offres, en tenant compte de l'offre de base et des PSE.

Il est tenu de procéder à autant de classements des offres qu'il y a de combinaisons possibles. Ainsi, dans l'hypothèse où deux PSE sont prévues, il conviendra de procéder à quatre classements différents des offres :

- un qui correspond à l'hypothèse où ne serait retenue que l'offre de base ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec la PSE 1 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec la PSE 2 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec les PSE 1 et 2.

### **6) L'offre « inacceptable » :**

L'article 59 DRMP définit une offre « inacceptable » comme une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public, tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Le Conseil d'Etat considère que cette notion d'offre inacceptable doit s'interpréter strictement et exige que l'acheteur soit en mesure de prouver que l'offre n'aurait, en tout état de cause, pas pu être financée (Conseil d'Etat – 24 juin 2011, n°346665).

Dans le cas d'un marché alloti, il convient d'analyser l'offre non pas au regard de l'estimation financière du lot concerné mais au regard de l'estimation financière globale du marché, tous lots confondus.

### **7) L'offre « anormalement basse » :**

Des acheteurs qualifient généralement une offre anormalement basse par comparaison soit avec d'autres offres de prix soit avec leur estimation financière.

Si ces éléments peuvent constituer des indices, ils ne sont pas suffisants, à eux-seuls, pour qualifier une offre d'anormalement basse.

Dans tous les cas, l'acheteur devra solliciter l'entreprise afin qu'elle précise son offre de prix. Ce n'est que dans l'hypothèse où les explications fournies ne sont pas satisfaisantes que l'offre pourra être déclarée anormalement basse.

## **VII – Les références à des clauses obsolètes**

Certaines clauses de marché, devenues obsolètes, figurent dans des CCAP. Ces clauses sont les suivantes :

« La proportion maximale des ouvriers d'aptitude physique restreinte rémunérés au-dessous du taux normal des salaires par rapport au nombre total des ouvriers de la même catégorie employés sur le chantier ne peut excéder 10% et le maximum de la réduction possible de leur salaire est fixé à 10%.

L'entrepreneur est tenu d'informer le maître d'œuvre de l'emploi des ouvriers d'aptitudes physiques restreintes sur le chantier et le cas échéant, des conditions de travail spécifiques qui leur sont réservée.

La proportion maximale des ouvriers étrangers par rapport au nombre total des ouvriers employés sur le chantier est celle prévue par la réglementation en vigueur pour le lieu d'exécution des travaux. L'entrepreneur est tenu d'informer le maître d'œuvre dans le cas d'une main d'œuvre étrangère qui ne comprendrait pas ou ne parlerait pas la langue française. »

Ces clauses n'ont plus aucun fondement légal.

De même, il est encore constaté, dans certains cahiers des charges, des références au code des marchés publics, abrogé depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016.