



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFET DES LANDES

Mont-de-Marsan, le

01 AVR. 2019

Direction de la coordination des politiques
publiques et de l'appui territorial

Bureau des relations avec les collectivités
locales

Le préfet,

à

Destinataires in fine

Objet :

- entrée en vigueur du code de la commande publique le 1^{er} avril 2019
- bilan des principales observations formulées dans le domaine de la commande publique au cours de l'année 2018

Réf. :

- ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique
- décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique

La réforme de la commande publique est arrivée à son terme avec la publication, au journal officiel du 5 décembre 2018, de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, et du décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire de ce même code.

La présente lettre-circulaire a pour objet de présenter succinctement le code de la commande publique. Un bilan des principales observations émises en 2018 au titre du contrôle de légalité est également dressé. Ce bilan vous est communiqué afin de vous permettre de prendre en considération ces observations dans vos actes futurs.

I – Présentation du code de la commande publique (CCP)

Les dispositions législatives et réglementaires du CCP entreront en vigueur **le 1^{er} avril 2019**. Ce code s'appliquera aux marchés publics (et aux contrats de concession) pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence (ou un avis de concession) a été envoyé à la publication à partir du 1^{er} avril 2019.

Il constitue une étape déterminante dans la démarche de rationalisation et de modernisation du droit de la commande publique, initiée avec la transposition des directives européennes de 2014 (cf mes précédentes notes transmises par voie électronique les 31 mars 2016, 19 mai 2016 et 25 mai 2018).

Un code de la commande publique réalisé à droit constant

La compilation des différents textes au sein du code de la commande publique n'a donc pas vocation à comporter d'innovation juridique majeure.



Cette codification a néanmoins conduit à deux changements significatifs.

- Un certain nombre de textes réglementaires et législatifs ont été totalement ou partiellement abrogés, pour être intégrés au nouveau code.

Ainsi, il convient de signaler que la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi «MOP», a été abrogée (à l'exception de son article 1er). Les dispositions relatives aux marchés de maîtrise d'œuvre sont désormais codifiées aux articles L.2410-1 et R.2410-1 et suivants du code.

L'ordonnance n° 2015-899 et le décret n° 2016-360 relatifs aux marchés publics sont également abrogés au 1^{er} avril 2019.

- Le travail de codification s'est traduit par l'intégration des règles issues de la jurisprudence.

Les offres anormalement basses bénéficient désormais d'une définition précise, reprenant les termes issus de la jurisprudence. L'article L. 2152-5 du CCP dispose en effet que : « *Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* ».

De même, l'article L.6 du CCP rappelle un certain nombre de règles dégagées par le juge en matière de contrats administratifs. On y retrouve, par exemple, les prérogatives de puissance publique que sont les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale du contrat.

La structuration du code de la commande publique

Le CCP réunit de façon ordonnée les règles qui régissent la vie des marchés publics et des contrats de concession : de la procédure de passation jusqu'à leur exécution.

Le code est structuré en trois parties :

- **la première partie** (article L.1100-1 et suivants), qui ne comporte que des dispositions de nature législative, donc issues de l'ordonnance, donne une définition des différentes catégories de contrats de la commande publique et des acteurs (pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices).

- **la deuxième partie** du code (articles L.2000-1 et R. 2100-1 à L.2691-2) est consacrée aux marchés. Outre un livre préliminaire, qui concerne les marchés publics mixtes, elle comprend 6 livres, dont le contenu est le suivant :

– Livre 1 : Dispositions générales

– Livre 2 : Dispositions propres aux marchés de partenariat

– Livre 3 : Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité

– Livre 4 : Dispositions propres aux marchés liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée

– Livre 5 : Autres marchés publics (dont les marchés dits « in house »)

– Livre 6 : Dispositions relatives à l'Outre-Mer

Le choix retenu pour la présentation des différentes procédures a été de se référer aux différentes étapes chronologiques de la vie du marché. Ainsi, sont exposées, dans l'ordre, les dispositions concernant :

– la préparation du marché

– la procédure de passation

– les phases de dépôt et d'analyse des candidatures et des offres

– l'achèvement de la procédure

– l'exécution du marché

• **la troisième partie** (articles L. 3000-1 et R.3111-1 à L. et R. 3381-3) concerne les contrats de concession. Après les dispositions générales exposant les règles de préparation, de la procédure de passation, et d'exécution des contrats de concession (livre 1), les règles relatives aux autres contrats de concession sont exposées dans le livre 2. Le livre 3 est quant à lui consacré aux dispositions relatives à l'Outre-Mer.

A toutes fins utiles, la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances propose une fiche de présentation du code de la commande publique, ainsi qu'une table de concordance entre les textes codifiés et les articles du CCP, qui sont accessibles grâce au lien suivant :

<https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>

II – Principales observations formulées dans le domaine de la commande publique au titre du contrôle de légalité

1) les règles de transmission au contrôle de légalité

L'article D2131-5-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) fixe le seuil de transmission des marchés publics et accords-cadres au représentant de l'État à **209 000 € HT**.

Par conséquent, **pour être exécutoires** et avant d'être notifiés, les marchés et accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services **dont le montant global, tous lots confondus**, atteint ce seuil, doivent être transmis, dans un délai de quinze jours à compter de leur signature par le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice), au préfet ou au sous-préfet d'arrondissement.

Exemple : le marché de maîtrise d'oeuvre pour la construction d'une école d'un montant de 150 000 € HT n'est pas soumis à l'obligation de transmission (seule la délibération ou la décision attribuant le marché est transmissible) alors que le marché de travaux de construction de l'école composé de 15 lots tous inférieurs à 209 000 € HT mais dont le montant global est de 1 700 000 € HT entraîne la transmission au contrôle de légalité de tous les lots de travaux.

De plus, **toutes les modifications (avenants) à ces marchés**, sans exception, sont nécessairement transmises avant d'être notifiées aux titulaires puis exécutées.

Pour être exécutoires, **les contrats de concession**, quel que soit leur montant estimé, ainsi que leurs avenants, doivent être transmis au titre du contrôle de légalité dans un délai de quinze jours à compter de leur signature.

2) 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 L2122-22-4° du CGCT, applicable aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale par renvoi de l'article L5211-2 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, lorsque les crédits sont inscrits au budget. Il est cependant tout à fait envisageable de limiter cette délégation à un seuil choisi, y compris en différenciant les prestations de services, de fournitures et 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 de chaque lot pris séparément.

Attention, lorsque l'assemblée délibérante octroie une délégation de compétence à l'exécutif, cela signifie qu'elle s'en dessaisit. L'assemblée n'est plus compétente pour délibérer sur la matière déléguée, et l'exécutif doit alors rendre compte à l'assemblée à posteriori.

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

- soit avant le lancement de la procédure de marché, en définissant l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché (articles L5211-2 et L2122-21-1 du CGCT) ;

- soit à l'issue de la procédure, en indiquant l'objet du marché, son montant exact et l'identité des attributaires (articles L5211-2 et L2122-21-6° du CGCT) (Conseil d'État – 13 octobre 2004, n° 254007).

3) la définition préalable des besoins

Selon l'article L2111-1 du CCP, *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.*

Cette étape préalable qui incombe aux acheteurs publics mérite un soin particulier. Elle est la condition indispensable d'un achat efficace. Une définition insuffisante des besoins entraîne de nombreuses irrégularités en termes de procédure ou de non-respect des obligations de publicité.

C'est particulièrement le cas des marchés de maîtrise d'oeuvre pour lesquels une définition insuffisante du programme (ou l'absence d'une étude diagnostic pour un projet de réhabilitation) peut entraîner un bouleversement de l'économie du marché lors de la fixation du montant de la rémunération définitive du maître d'oeuvre.

4) la justification de la passation des actes modificatifs

Préalablement à la passation d'un avenant, il convient de vérifier systématiquement que cette modification ne change pas la nature globale du marché, et qu'elle entre dans l'un des cas de modifications prévues par le code.

Ainsi, la délibération (ou la décision suivant le cas) validant cette modification du contrat devra **impérativement** se référer aux dispositions législatives et réglementaires, indiquer précisément lesquelles, et justifier que ces prestations supplémentaires entrent bien dans l'un des cas de modifications autorisées (articles L2194-1 et R2194-1 à R2194-10 du CCP).

5) les accords-cadres sans maximum

L'accord-cadre est devenu un instrument largement utilisé, notamment depuis la réforme des marchés publics entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016. Il convient de veiller à adapter la procédure de passation au montant global de l'accord-cadre, calculé sur sa durée totale.

Dans l'hypothèse où l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, comme le permet l'article R2162-4-3° du CCP, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils européens. Dès lors, la passation d'un tel marché doit suivre une procédure formalisée, et respecter, notamment, la publication d'un avis d'appel public à la concurrence au journal officiel de l'Union européenne (CE, 17 décembre 2014, communauté de communes du canton de Varilhes, n° 385033).

6) le renouvellement partiel de la commission d'appel d'offres (CAO)

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

- conformément aux dispositions de l'article L1414-2 du CGCT, elle choisit le titulaire du marché, lorsque la valeur estimée hors taxe du marché passé selon une procédure formalisée est égale ou supérieure aux seuils européens ;
- conformément aux dispositions de l'article L1414-4 du CGCT, elle est chargée d'émettre un avis sur les avenants entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 %, lorsque ce marché a été préalablement attribué par cette commission.

Je vous invite à vous reporter à ma note du 31 mars 2016 pour ce qui concerne les modalités de composition, d'élection et de fonctionnement de cette commission.

Je souhaite toutefois attirer votre attention sur une erreur fréquemment commise consistant à renouveler partiellement la CAO lors du départ de l'un des membres titulaires ou suppléants. Ces derniers étant élus au scrutin de liste suivant le système de la représentation proportionnelle avec application de la règle du plus fort reste sans panachage ni vote préférentiel, l'élection d'un membre suivant un autre mode de scrutin est illégal (TA de Versailles, Syndicat intercommunal pour l'assainissement de la vallée de la Bièvre, Jugement n° 1808757 du 29 janvier 2019).

En cas de vacance d'un siège de titulaire, il convient donc de pourvoir à son remplacement par le suppléant inscrit sur la même liste et venant immédiatement après le dernier titulaire élu de ladite liste. Il est procédé au renouvellement intégral de la CAO lorsqu'une liste se trouve dans l'impossibilité de pourvoir au remplacement des membres titulaires auxquels elle a droit.

Afin de contribuer à la sécurisation de vos contrats, je vous invite à consulter les rubriques "commande publique" du portail de l'État au service des collectivités, et de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, régulièrement mises à jour sur internet :

<https://www.collectivites-locales.gouv.fr/commande-publique>
<https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>

Je vous remercie de porter un intérêt tout particulier à ces nouvelles dispositions afin de sécuriser la conclusion de vos futurs contrats.

Le préfet,

Frédéric VEAUX

Destinataires :

Mesdames et Messieurs les maires
Mesdames et Messieurs les présidents des établissements publics de coopération intercommunale

Monsieur le président du conseil départemental
Monsieur le président du conseil d'administration du SDIS
Monsieur le président du centre de gestion de la fonction publique territoriale des Landes
Mesdames et Messieurs les présidents des établissements publics locaux
Monsieur le président de l'office public de l'habitat

Destinataires en copie :

Madame la sous-préfète de l'arrondissement de Dax
Monsieur le président de l'association des maires des Landes