



**PRÉFET DE LA SEINE-MARITIME**

**Préfecture**

Rouen, le 23 janvier 2012

**Direction des relations avec les collectivités locales**

Bureau de l'Intercommunalité et du Contrôle de Légalité  
Section de la Commande Publique

Affaire suivie par M. DESJARDINS et M. GIETZEN  
Tél : 02 32 76 52 98 et 54 93  
Fax : 02 32 76 54 59  
Mél : [jean-yves.desjardins@seine-maritime.gouv.fr](mailto:jean-yves.desjardins@seine-maritime.gouv.fr)  
Mél : [laurent.gietzen@seine-maritime.gouv.fr](mailto:laurent.gietzen@seine-maritime.gouv.fr)

Le Préfet  
de la région Haute-Normandie,  
Préfet de la Seine-Maritime

à

Mesdames et Messieurs les Maires  
et Présidents d'EPCI et de Syndicats Mixtes

Objet : Commande publique.

P.J. : 4 fiches.

Comme chaque année, j'ai souhaité vous informer des principales irrégularités relevées dans les marchés que vous m'avez transmis au cours de l'année écoulée et des questions les plus fréquemment posées aux services chargés du contrôle de légalité de la commande publique.

C'est pourquoi j'ai mis à votre disposition sur le site internet de la Préfecture ( [www.seine-maritime.gouv.fr/commande-publique](http://www.seine-maritime.gouv.fr/commande-publique) ) des fiches qui vous apporteront :

- fiche n°1, les nouvelles dispositions au 1er janvier 2012,
- fiche n°2, la durée de la DSP au regard de la Loi Barnier,
- fiche n°3, un recensement des erreurs les plus souvent commises,
- fiche n°4, les réponses aux questions les plus fréquemment posées.

Par ailleurs, je vous rappelle que des fiches synthétiques sur la réglementation et des formulaires types pour les marchés publics sont mis à votre disposition sur le portail du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie ( [www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics](http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics) ).

Mes services sont à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Le Préfet,  
Pour le Préfet et par délégation,  
Le Secrétaire général,

signé  
Thierry HEGAY

## FICHE 1

### **1/ Les nouvelles dispositions au 1er janvier 2012**

#### **1.1/ Le décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011**

Sur la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2012 au 31 décembre 2013, conformément aux dispositions du décret précité publié au Journal officiel le 30 décembre 2011, pour les collectivités territoriales, ces nouveaux seuils sont, ( [Voir la fiche explicative « décret 2011-2027 »](#) ) :

- pour les marchés de fournitures ou services : **200 000 euros hors taxes (€ HT)**, au lieu de 193 000 € pour les collectivités territoriales, et **400 000 € HT** au lieu de 387 000 € pour les entités adjudicatrices,

- pour les marchés de travaux : **5 000 000 € HT** au lieu de 4 845 000 €.

Votre attention est appelée sur l'obligation de respecter ces seuils, tant pour la détermination des procédures à mettre en œuvre que pour les mesures de publicité à effectuer, à l'occasion des procédures pour lesquelles une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence (AAPC) aura été envoyé à la publication à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

#### **1.2/ Article 6 du décret**

Le décret précité modifie également l'article D.2131-5-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), et augmente le seuil des marchés publics ou des contrats **obligatoirement transmis** au représentant de l'État de 193 000 € à **200 000 € HT à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012**.

Que l'on soit entité adjudicatrice ou pouvoir adjudicateur (PA), l'article D.2131-5-1 du CGCT se référant aux articles L2131-2, L3131-2 et L4141-2 du même code, sont applicables.

#### **1.3/ Le décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011**

L'article 28 du code des marchés publics (CMP), a été modifié par le décret susvisé, article 3, relevant certains seuils du CMP.

Ainsi, le paragraphe III de l'article du CMP précité mentionne que : « *le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est **inférieur à 15 000 € HT**. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin* ».

A ce sujet, le Ministère de l'Economie a mis sur son site une fiche explicative du 12 décembre 2011 ( [Voir la fiche explicative « décret 2011-1853 »](#) ). Il précise notamment que le seuil de dispense de procédure des entités adjudicatrices est maintenu à 20 000 € HT.

#### **1.4/ La dématérialisation**

A compter du 1er janvier 2012, pour tous les achats de plus de 90 000 € HT, l'acheteur doit accepter de recevoir toutes les candidatures et les offres qui lui sont transmises par voie électronique quel que soit l'objet du marché (fournitures, travaux ou services), et ne pourra plus imposer de fait la soumission par voie manuscrite : le candidat choisira librement. (Se reporter à la fiche DAJ du Ministère de l'Economie du 24 octobre 2011, [voir la fiche explicative « dématérialisation échéance 1er janvier 2012 »](#) ).

### **1.5/ Les variantes**

Les variantes n'ont plus à être proposées avec l'offre de base depuis la publication du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.

Ainsi, lorsque le pouvoir adjudicateur autorisera les variantes, une entreprise pourra présenter une offre alternative sans l'obligation de soumettre une offre de base au préalable.

Au cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur devra préciser les modalités de jugement de ces variantes dans les documents de la consultation (Se reporter à la fiche DAJ du Ministère du 19 septembre 2011, [voir la fiche explicative « décret 2011-1000 »](#) ).

## **FICHE 2**

### **2/ La durée de la DSP au regard de la Loi Barnier**

Le cadre juridique applicable aux délégations de service public (DSP), dans le domaine de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets est précisé par une circulaire de la direction générale des finances publiques (DGFIP), (instruction n°10-029-M0 du 7 décembre 2010, NOR : BCR Z 10 00084 J), ( [Voir l'instruction](#) ).

Par un arrêt en date du 8 avril 2009, n°271 737, (Compagnie générale des eaux – Commune d'Olivet) le Conseil d'État a apporté des commentaires sur l'application des dispositions relatives à la durée de ces contrats.

La haute juridiction a estimé que les délégations conclues, en ces domaines avant l'adoption de la loi du 2 février 1995 dite « *Loi Barnier* » et pour une durée supérieure à 20 ans, ne pourront plus être régulièrement exécutées à compter du 3 février 2015, sauf justifications particulières soumises à l'examen du directeur départemental des finances publiques (DDFIP).

L'instruction précitée de la DGFIP nous informe sur les modalités à suivre auprès du DDFIP en ce qui concerne ces contrats, encore valide au 2 février 2015 (cf annexe 3 page 17).

Pour assurer la sécurité juridique, l'avis des directeurs départementaux des finances publiques devra avoir été sollicité bien avant le 3 février 2015, à contrario les clauses seraient susceptibles de ne plus pouvoir être exécutées.

En conséquence, les collectivités concernées sont invitées à saisir le directeur régional des finances publiques (DRFIP), pôle gestion publique, quai Jean Moulin, 76037 Rouen cedex, afin qu'il émette un avis en fonction des justificatifs fournis.

En effet, celui-ci est chargé d'examiner la nature, la durée d'amortissement économique des prestations et le rapport entre ce qui est mis à la charge du délégataire et le temps qui lui est alloué pour amortir ses investissements.

## FICHE 3

### **3/ Un recensement des erreurs les plus souvent commises**

#### **3.1/ La désignation de l'attributaire**

A compter du moment où l'attributaire est désigné, les autres candidats sont déliés de leur offre. Seul le candidat retenu reste lié par son engagement initial, pendant le délai de validité des offres.

Ce principe interdit de procéder à un nouvel examen des offres et de décider de conclure le marché avec une autre entreprise que celle initialement retenue.

Toutefois, il subsiste **deux situations** où le PA est autorisé à solliciter le candidat classé en 2ème position (applicable aussi en MAPA), :

- En cas de non-production dans les délais impartis, par le candidat dont l'offre a été initialement retenue, des certificats et attestations, appréciant la régularité de la situation fiscale et sociale, prévus aux I et II de l'article 46 du CMP (extrait de l'article 46-III du CMP),

- En cas de constatation d'erreur matérielle ou de fraude dans l'offre initialement retenue (CAA Paris, 10 février 2004, Préfet des Yvelines c/ OPIEVOY, n°99PA01947).

**Dans le cas contraire**, la consultation devra dès lors être déclarée sans suite et relancée avec une nouvelle procédure conforme aux exigences du code des marchés publics.

Le Ministère de l'Economie, dans une réponse à une question n°26512, publiée au Journal officiel de l'Assemblée nationale du 23 août 1999, indique que : « *la collectivité n'a pas d'autre solution que de relancer une nouvelle procédure* ».

Le Conseil d'État, 15 janvier 1986, n°37321, précise que la collectivité territoriale est alors en droit de demander réparation pour le préjudice subi à l'entreprise retenue initialement, notamment si le prix du marché passé ultérieurement est d'un montant supérieur à celui qui devait être normalement exécuté.

#### **3.2/ Avenant de prolongation de délai de 3 mois d'un marché à bons de commande venant à expiration**

L'article 77 II du CMP, dispose que : « *la durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* ».

Ainsi, même sans avenant, mais dans des limites temporelles raisonnables, il est possible de poursuivre l'exécution d'un marché à bons de commande au delà de son terme légal puisque la validité des bons de commande émis durant la durée d'exécution du marché peut excéder la durée maximale de celui-ci.

Si un bon de commande est émis en fin d'exécution, il restera valide, après l'expiration du marché en application duquel il a été émis, au motif par exemple d'assurer la continuité d'un approvisionnement le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant, notamment, lorsque cette procédure a pris du retard.

En revanche, il n'est pas possible de prolonger par ce moyen la durée d'exécution du marché « *dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* » (art. 77), c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable.

Cette durée s'apprécie en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché, mais de manière générale, ne devrait pas dépasser le temps nécessaire pour la réalisation des prestations attendues.

En la demeure, un avenant de prolongation serait superfétatoire et pourrait entraîner un risque de recours, même s'il n'apparaît pas de nature à remettre en cause l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques, de par sa durée limitée à 3 mois.

### **3.3/ Publicité - Rubrique II.2.1: Quantité ou étendue globale**

La collectivité n'a pas renseigné le paragraphe II.2.1 : « *quantité ou étendue globale* », de la publicité au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Or, la jurisprudence administrative a précisé les modalités d'utilisation des formulaires, (rappelé par la fiche DAJ, comment utiliser les formulaires européens du 13 décembre 2011, [voir la fiche explicative « utiliser formulaires européens »](#), et par la circulaire du 29 décembre 2009 au paragraphe 10.2.1.1 pages 16 et 17).

En effet, la quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, y compris en cas d'accord-cadre ou de marché à bons de commande sans minimum ni maximum. Dans ce cas, les acheteurs publics doivent renseigner la rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché (Conseil d'État, (CE), 24 octobre 2008, communauté d'agglomération de l'Artois, n° 313600 et 20 mai 2009, ministre de la défense, n° 316601).

De plus, le Ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, dans une réponse publiée au Journal officiel du Sénat le 25 novembre 2010, à une question écrite n°14047, précise que : « *l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC), doit indiquer les montants des marchés à bons de commande avec minimum et/ou maximum* ».

**En conséquence, plusieurs types de renseignements doivent être mentionnés de manière complète et précise dans ces AAPC.** Le juge administratif sanctionne l'absence, le caractère incomplet, erroné ou imprécis des informations données (CE, 29 juillet 1998, Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise, n° 194412 et 194418).

Ces manquements ne sont toutefois pas supposés entraîner l'annulation du marché que si, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, ils sont susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser le requérant (CE, 3 octobre 2008, Smirgeomes, n° 305420).

### **3.4/ Composition du jury de concours : article 24 du CMP**

I.-Le jury de concours est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours.

b) Pour les collectivités territoriales, les membres du jury sont désignés dans les conditions prévues aux **I, II et III de l'article 22 du CMP**.

d) Le président du jury peut en outre désigner comme membres du jury des personnalités dont il estime que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, sans que le nombre de ces personnalités puisse excéder cinq. Par exemple, le cas du principal du collège concerné par la reconstruction de ce dernier.

Ils doivent être désignés par le Maire ou le Président du syndicat en sa qualité de président du jury. Une délibération prise par l'assemblée délibérante serait dès lors entachée d'incompétence.

**Les membres du Conseil Municipal ou du comité syndical** devant intégrer le jury, sont élus au scrutin proportionnel, (réponse du Ministère de l'Economie, à la question écrite n°28558 publiée au Journal officiel (JO), de l'assemblée nationale le 9 décembre 2008, extrait du jugement du Tribunal administratif de Versailles, M. Granier c/ commune de Houilles n°0702 860).

e) En outre, lorsqu'une qualification professionnelle est exigée des candidats pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury ont cette qualification ou une qualification équivalente. Ils sont désignés par le président du jury.

#### **Tous les membres du jury ont voix délibérative.**

Le calcul du tiers au moins de personnes qualifiées est opéré par rapport à l'ensemble des membres du jury avec voix délibérative, y compris les éventuelles personnalités désignées, mais à l'exclusion du représentant du service en charge de la concurrence et du comptable public.

**Soit, pour exemple, le calcul suivant** : le président + 3 membres du collège de la maîtrise d'ouvrage, + 2 membres du collège des personnalités, + 3 membres du collège des professionnels, soit au total : 9 membres du jury.

Les 3 membres au titre de l'article 24 I alinéa e, sur les 9 membres du jury = 1/3.

La méconnaissance de cette règle du minimum d'un tiers de maîtres d'œuvre entraîne la nullité de la procédure, (Conseil d'État du 10 octobre 1994, commune de Béziers), (réponse du Ministère de l'Economie, à la question écrite n°19085 publiée au JO du Sénat du 1er décembre 2005).

Par ailleurs, la jurisprudence du CE, 25 janvier 2006, communauté de communes de Nantes, req n°257.978, indique que : « *s'il est de principe pour éviter notamment le risque d'une rupture de l'égalité des candidats, un jury appelé à donner un avis sur le choix du titulaire d'un marché public ne peut voir sa composition modifiée en cours de procédure.*

*Cependant, le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas où cette procédure se décompose en phases distinctes de choix des candidatures d'une part, et de choix des offres d'autre part, **procéder entre ces phases au remplacement du ou des membres du jury ayant démissionné ou fait savoir qu'ils ne pourraient siéger** ».*

II.-Le comptable public et un représentant du service en charge de la concurrence, peuvent participer, lorsqu'ils y sont invités par le président du jury, aux jurys des collectivités territoriales. Ils ont voix consultative. Leurs observations sont consignées au procès-verbal à leur demande.

III.-Le président du jury peut, en outre, faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics. Ces agents ont voix consultative.

IV.-Le jury peut auditionner toute personne susceptible de lui apporter des informations utiles.

### 3.5/ Délégation de service public

L'insertion dans une publication spécialisée s'effectue dans une revue et non sur un site internet (publicité complémentaire, notamment le site : « *marchés on line.com* » du groupe Moniteur).

En conséquence, au regard de l'article R1411-1 du CGCT, la publicité est donc insuffisante et entache la procédure d'irrégularité.

### 3.6/ La tacite reconduction

L'article 16 du CMP dispose que : « *la durée du marché ainsi que le nombre de ses reconductions sont fixés dans le marché, en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.* »

*Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est désormais tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* » (Décret n°2011-1000 du 25 août 2011, article 5).

Le Conseil d'État dans un arrêt du 23 février 2005, "association pour la transparence et la moralité des marchés publics", rappelle qu'un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée **en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconductions comprises.**

Il est précisé que lorsque le PA reconduit le marché, il prend simplement la décision de poursuivre son exécution, qui ne fait pas naître un nouveau marché par application d'une clause de reconduction.

La reconduction et le marché initial constituent donc un seul et même marché, dont l'exécution est réalisée selon une périodicité prévue au marché et selon la volonté de la personne publique.

En conséquence, vous devez indiquer dans la délibération et dans le marché **la durée globale.**

### 3.7/ Le calcul du délai « standstill »

Afin de permettre aux entreprises, rejetées lors de la procédure de passation, de former un référé pré-contractuel, un délai d'au moins seize jours doit être respecté entre la date d'envoi de la notification envoyée par le PA et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

Le Conseil d'État, par l'arrêt n°347526 du 2 août 2011, a précisé le mode de calcul de ce délai.

Pour ce cas de figure, la notification du rejet de l'offre de la société Clean Garden lui avait été envoyée le 28 décembre 2010, la commune de Ducos pouvait régulièrement signer le marché litigieux le 13 janvier 2011, le délai de suspension ayant expiré le 12 janvier 2011, clarifiant ainsi la question du mode de calcul de ce délai.

Il ressort de cette décision que le décompte du délai de « *standstill* » se fait de date à date.

### 3.8/ La décision de rejet d'une candidature lors d'une procédure adaptée

Je vous rappelle que lorsqu'une procédure adaptée est engagée, les décisions d'attribution ou de rejet de candidatures appartiennent à l'organe délibérant ou bien à l'organe exécutif, par le biais de la délégation générale accordée par cette même assemblée délibérante.

Or, ces décisions de rejet, sources éventuelles de contentieux, doivent être formellement prises par l'un de ces deux organes.

## **FICHE 4**

### **4/ Les réponses aux questions les plus fréquemment posées**

#### **4.1/ La notion d'offre inacceptable**

L'article 35 I 1° du CMP dispose que : « **une offre est déclarée inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer** ».

Une jurisprudence récente du Conseil d'État, 24 juin 2011, n°346 665, société APS, précise cette notion et a ainsi estimé que la différence entre le montant de l'offre proposée et l'estimation du coût des prestations ne suffit pas à considérer que les crédits budgétaires alloués au marché ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.

L'offre ne pouvait de ce fait être qualifiée d'inacceptable, en l'occurrence au motif qu'elle était supérieure de 25 % à l'estimation réalisée.

#### **4.2/ La CAO ou la commission de DSP**

Dans une question n°30743 dont la réponse a été publiée au Journal officiel de l'Assemblée nationale le 09 août 1999, le Ministre de l'intérieur précise que : « **en aucun cas les délégués suppléants d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), par exemple syndicat ou communauté de communes, ne peuvent être désignés en tant que membres titulaires ou suppléants pour siéger à la CAO.**

*Un suppléant ne peut par conséquent prétendre exercer des fonctions de caractère permanent au sein du syndicat, telles que celles de membre du bureau ou de la CAO ».*

Je vous rappelle que l'article L5212-7 du CGCT dispose que : « **la décision d'institution ou une décision modificative peut prévoir la désignation d'un ou plusieurs délégués suppléants, appelés à **siéger au comité** avec voix délibérative, en cas d'empêchement du ou des délégués titulaires** ».

##### **4.2.1/ La composition de la commission de DSP**

L'article L1411-5 du CGCT fixe la composition de la commission de DSP à 5 titulaires et à 5 suppléants pour les établissements publics.

Cependant, lorsque l'insuffisance de délégués au conseil empêche la désignation de 5 titulaires et de 5 suppléants, on peut envisager 2 hypothèses énoncées ci-dessous :

- soit une commission composée de 5 membres titulaires,
- soit la parité entre le nombre de titulaires et de suppléants.

Tout d'abord, j'attire votre attention sur le fait que les membres de la commission de DSP sont désignés en deux phases. En effet, il est procédé à l'élection des membres titulaires, puis dans un second temps et selon les mêmes modalités, à celle des suppléants. Il paraît donc cohérent de pourvoir l'ensemble des postes de titulaires avant de désigner les membres qui les suppléeront.

La même interprétation peut être retenue s'il est fait un parallèle avec l'article 22 du CMP qui définit la composition de la CAO.

Ainsi, en cas de nombre insuffisant de délégués au sein du conseil syndical, l'article 22-II du CMP écarte la règle de la parité entre titulaires et suppléants pour la composition de la CAO.

Par conséquent, sous réserve de l'interprétation du juge administratif qui ne s'est pas prononcé sur ce point, il me semble qu'en cas de formalité impossible quant à la désignation de 5 titulaires et de 5 suppléants à la commission de DSP, du fait d'un nombre insuffisant de délégués au conseil syndical, **les dispositions selon lesquelles la commission de DSP est composée de 5 titulaires doivent primer sur celles prévoyant la parité entre titulaires et suppléants.**

#### 4.2.2/ Le remplacement d'un ou plusieurs membres

La CAO revêt le caractère d'organe permanent, au sens de l'article 22-I du CMP, constituée pour l'intégralité du mandat des élus qui la composent et ne saurait donc être renouvelée en cours de ce mandat, quand bien même il y aurait eu une modification de la représentation des tendances politiques au sein de l'organe délibérant.

Tel est le sens de la jurisprudence « *Ville de Nice* » rendue le 31 décembre 2003 par la Cour administrative d'appel (CAA), de Marseille (n° 00MA00631), aux termes de laquelle il a été précisé que la représentativité devait s'apprécier au regard des résultats du scrutin des élections municipales, induisant en cela l'absence de remise en cause au cas où un ou plusieurs membres de l'organe délibérant venaient à changer d'appartenance politique en cours de mandat, lesdites listes demeurant intangibles pendant toute la durée de la mandature, (rappelé par le Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire, dans une réponse publiée au Journal officiel du Sénat le 6 juillet 2006, à une question écrite n°23044).

En outre, je porte à votre connaissance que la commission de DSP revêt aussi le caractère d'organe permanent, selon la jurisprudence précitée.

Cependant, il apparaît possible pour les membres de la CAO ou de la commission de DSP de provoquer l'application de l'article 22-III du CMP en organisant leurs démissions conjointes, de manière à ce qu'au moins une « *liste se trouve dans l'impossibilité de pourvoir au remplacement des membres titulaires auxquels elle a droit* » et que la réélection des commissions devienne alors inévitable.

#### 4.2.3/ Les modalités de l'article 22-III du CMP

L'extrait de l'article précité mentionne que : « *l'élection des membres titulaires et des suppléants a lieu sur la même liste, sans panachage ni vote préférentiel.*

*Le poste de titulaire vacant est remplacé par le suppléant inscrit sur la même liste, et venant immédiatement après le dernier titulaire élu de ladite liste.*

*Le remplacement du suppléant devenu ainsi titulaire est assuré par le candidat inscrit sur la même liste et venant immédiatement après ce dernier* ». L'élection au scrutin uninominal n'est donc pas conforme à l'élection au scrutin de liste.

Dans une question n°102 461 dont la réponse a été publiée au journal officiel de l'assemblée nationale le 5 juillet 2011, le Ministre de l'Economie précise que : « *la disposition de l'article 22 III du CMP précité, figure dans le CMP depuis 2001. La règle relative à l'ordre de priorité des suppléants ne concerne que l'actualisation de la liste des titulaires et suppléants lorsqu'un membre titulaire vient à cesser définitivement ses fonctions.*

**Elle ne régit pas**, en revanche, l'ordre de convocation et de participation des suppléants aux séances de la commission **en cas d'empêchement momentané** d'un de ses membres titulaires, comme le confirme l'arrêt cité (CAA Lyon, 22 septembre 2009. Société Titanair, n° 07LY01393).

Par conséquent, dans l'hypothèse d'un empêchement momentané d'un des membres titulaires, le suppléant convoqué, s'il doit être inscrit sur la même liste que le titulaire empêché, peut ne pas être le premier inscrit sur cette liste ».

En outre, je vous communique que ces règles de fonctionnement de l'article 22 III du CMP s'appliquent aussi à la commission de DSP.

Je vous précise qu'il est procédé au renouvellement intégral de la CAO ou de la commission de DSP uniquement lorsqu'une liste se trouve dans l'impossibilité de pourvoir, dans les conditions prévues à cet article, **au remplacement des membres titulaires** auxquels elle a droit, du fait de l'inexistence de membres suppléants.

En effet, le Conseil d'État, par une décision du 30 mars 2007, n°298.103, M. Jacques A c/ commune de Cilaos, rappelle que : « *la démission d'un membre suppléant, alors même que la liste sur laquelle il a été élu ne comprendrait plus d'autres membres du conseil municipal suppléants susceptibles de le remplacer, n'entraîne pas de renouvellement intégral de la commission, dès lors que le membre titulaire conserve son siège* ».

Par ailleurs, je vous informe que si le maire ou le président n'étaient pas en mesure de présider une CAO ou une commission de DSP, il leur appartiendrait de nommer préalablement par arrêté leurs représentants, conformément à l'article L2122-18 du CGCT, ou par renvoi de l'article L5211-2 du même code.

#### **4.3/ La notion de marché public**

Tout contrat naît uniquement de la rencontre des volontés entre les parties. La relation qui unit une collectivité à une entreprise est bien **un contrat**.

Par exemple, dans un cas pratique, la société s'approvisionne en gravats à la déchetterie, et verse à la collectivité 2 € par tonne récupérée. En aucun cas, la collectivité ne rémunère l'entrepreneur.

Néanmoins, pour pouvoir être qualifié de marché public, il faut que ce contrat remplisse des critères précis comme l'indique ci-dessous, l'extrait de l'article 1er du CMP :

*« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 du CMP et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...) ».*

Ainsi, les critères de qualification d'un marché public sont les suivants :

- 1) « un contrat conclu par un pouvoir adjudicateur » : personne publique définie à l'article 2 du CMP,
- 2) « avec des opérateurs économiques » : le CMP désigne par opérateurs économiques, les entrepreneurs, les fournisseurs et prestataires de services,
- 3) « à titre onéreux » : une rémunération est versée au cocontractant par la personne publique,

4) « qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur en matière de travaux, fournitures ou services » : l'entreprise doit satisfaire aux besoins préalablement définis par la personne publique. L'article 5 du CMP exige qu'avant tout lancement d'une procédure de passation d'un marché, la personne publique ait définie l'étendue et la nature de ses besoins.

Dans notre exemple, les deux premiers critères sont remplis, il y a bien une rencontre de volontés entre une personne publique et un opérateur économique. Par contre, les deux derniers critères ne le sont pas, ce qui est de nature à faire obstacle à la qualification de ce contrat en marché public.

En effet, il s'avère que la collectivité ne rémunère pas l'entreprise mais l'inverse, dans la mesure où l'entrepreneur verse 2 euros par tonne récupérée.

De plus, il convient de rappeler que le versement d'une rémunération par l'entreprise ne saurait s'apparenter à la satisfaction d'un besoin émanant d'une personne publique. Au cas présent, le contrat ne répond pas aux besoins du pouvoir adjudicateur mais bien à ceux de l'entreprise, qui se voit approvisionner en gravats contre le versement d'un prix.

En conclusion, un tel contrat par lequel la collectivité reçoit un prix en échange de la fourniture de gravats qu'elle consent à l'entreprise, **ne saurait être qualifié de marché public** mais s'apparente à une simple vente, qui consiste en un acte bilatéral par lequel un vendeur s'engage à transférer la propriété d'une chose ou un droit à un acheteur qui s'oblige à en payer le prix.

#### **4.4/ Avenant - passage en CAO**

L'extrait de l'article 8 de la loi 95-127 du 8 février 1995 dispose que : « *tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale entraînant **une augmentation** du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la CAO lorsque le marché initial avait été lui-même soumis à la CAO* » (rappelé par la circulaire du 29 décembre 2009 au paragraphe 17.8.1, page 42).

Dans une question écrite n°25104, le Ministère de l'Economie dans une réponse publiée au Journal officiel du Sénat le 31 août 2000 précise que : « *le pourcentage de 5 % s'apprécie sur la base de l'évolution du montant du contrat par rapport au montant initial. En cas de pluralité d'avenants passés successivement, l'avis de la commission doit être recueillie pour tout avenant qui, pris individuellement est inférieur à 5 % du montant initial du contrat, mais dont le cumul avec le ou les avenant(s) précédent(s) a pour effet de majorer le montant initial de plus de 5 %* ».

Par conséquent, l'avenant en moins value ne rend pas obligatoire la réunion de la CAO, même en présence d'avenants antérieurs dont le cumul est supérieur à 5%.

#### **4.5/ Pas d'obligation de prendre une décision en matière de délégation générale**

L'article L2122-22 alinéa 4 du CGCT **n'impose aucun formalisme** quant à la décision prise par le maire. Ainsi, le CE a admis la validité d'une décision verbale, dès lors que son existence est établie (CE du 27 mars 1987, Lopparelli). De même, il a jugé que la décision prise par le maire de conclure un contrat n'a pas à être matérialisée par un document et peut ne se révéler que par sa signature (CE du 10 novembre 1967, Tixier).

Dès lors, le maire n'est pas tenu de prendre une décision formelle distincte du marché, elle peut se matérialiser par sa conclusion et sa signature et n'est donc pas soumise à l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité, s'agissant d'un montant inférieur à 200.000 € HT. Le caractère exécutoire n'est par conséquent pas conditionné par sa transmission au Préfet, quand bien même la décision du maire de signer serait matérialisée par le marché.

Néanmoins, si le maire prend une décision formelle distincte du marché, celle-ci est soumise à l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité.

En effet, l'extrait de l'article L2131-2 du CGCT mentionne que : « *sont soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État dans le département, les décisions prises par délégation en application des articles L2122-22 du CGCT pour les conseils municipaux* ».

Par ailleurs, j'attire votre attention sur le fait que dans le cadre de la délégation générale de l'article L2122-22 alinéa 4 du CGCT, le conseil municipal est dessaisi des attributions déléguées. Le maire est seul compétent pour statuer sur les matières déléguées par le conseil. Une délibération du conseil sur ces matières serait entachée d'illégalité pour incompétence.

Cependant, sauf disposition contraire dans la délibération, les décisions relatives aux matières ayant fait l'objet de la délégation sont prises, en cas d'empêchement du maire, par le conseil municipal, selon l'article L2122-23 du CGCT.