

ANNEXE III : LES REPONSES AUX QUESTIONS LES PLUS FREQUEMMENT RELEVES

➤ **TELETRANSMISSION**

Dans la continuité de la réforme introduite le 1^{er} avril 2016, et depuis le 1^{er} octobre 2018, l'obligation de dématérialisation complète s'applique à l'ensemble des procédures de passation des marchés publics (dont le montant est supérieur à 25 000 euros hors taxes) et des contrats de concession, sauf dérogations limitativement listées à l'article 41 du décret n° 2016-360.

Tous les acheteurs publics, soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et les autorités concédantes soumises à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, doivent mettre gratuitement les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur, dans les conditions prévues par les deux arrêtés du ministre de l'économie et des finances du 14 avril 2017 (relatifs aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs, ainsi qu'aux données essentielles dans la commande publique).

Afin de pouvoir télétransmettre l'ensemble de vos marchés publics ou de vos contrats de concession, il est nécessaire d'avoir signé au préalable, une convention @CTES dite de « nouvelle génération » (signée après mai 2016). Si vous êtes en possession de l'ancien modèle de convention, il est nécessaire d'établir un avenant à la convention initiale. Dans tous les cas, je vous invite à prendre l'attache de Mme Françoise FRITSCH, référente « conventionnement ACTES » (tél. 03 88 21 63 28 / pref-control-legalite@bas-rhin.gouv.fr).

➤ **CONVENTIONS TRANSMISSIBLES**

La circulaire du 13 décembre 2010 prévoit que sont transmissibles : « 4° les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, 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. »

Il en découle que sont soumis à l'obligation de transmission :

- les conventions d'emprunts
- les contrats de marchés et accords cadre d'un montant supérieur à 209 000 € H.T. (article D.2131-5-1 CGCT), et leurs « modifications » (=avenants)
- les conventions de concessions ou d'affermage de services publics locaux
- les contrats de partenariat.

S'agissant des contrats d'entretien, de maintenance (par exemple, pour les ascenseurs, copieurs, logiciels, télésurveillance alarmes,...) et contrats de location de matériels (exemple : machine à affranchir, engins de voirie, copieurs,...) ou de prestations de services quelconques : en principe, ils font l'objet d'une mise en concurrence, il s'agit donc de marchés publics et par conséquent, leur transmission dépend de leur montant (supérieur à 209 000 € HT).

S'agissant des conventions d'objectifs : le versement de subventions à des organismes de droit privé exerçant des missions présentant un intérêt général (notamment des associations qui concourent, par leurs activités, à la réalisation des politiques locales) doit donner lieu à la conclusion d'une convention d'objectifs dès lors que le montant du financement est supérieur à 23 000 € (art. 10 alinéa 3 loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée – art . 1 décret n° 2001-495 du 06 juin 2001). Cette convention précise l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée.

L'application combinée de trois critères permet de qualifier à bon droit la convention attributive de subvention (dans ce cas, classement dans la matière « finances locales) : 1) l'initiative du projet (impulsion, conception, définition) revient au bénéficiaire et non à la personne publique, 2) le projet ne répond pas à un besoin préalablement identifié et défini par la personne publique, 3) le montant de la subvention n'a pas

comme contrepartie directe la réalisation d'une prestation. (cf. CAA Marseille n° 99MA02079, 1^{er} mars 2004, GAEC « L'Aurier »)

A défaut, la convention encadrant le versement de la subvention des concours financiers est soumise aux règles de la commande publique (dans ce cas, classement dans la matière « commande publique »).

S'agissant des conventions de mise à disposition de personnel : en application des dispositions combinées de l'article 1 du décret n° 2008-580 du 18 juin 2008 et de l'article 61-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, ne sont soumises à l'obligation de transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement, que les arrêtés prononçant la mise à disposition, accompagné de la convention qui lui est annexée, lorsque la mise à disposition est prononcée au profit d'un « *organisme contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes* », ou au profit d'une organisation internationale intergouvernementale ou d'un Etat étranger.

Les conventions diverses (hors convention de « gestion courante ») ne sont en principe pas transmissibles.

Il s'agit des :

- conventions de partenariat avec des associations, pour l'organisation d'un événement ou la réalisation d'une action ou prestation, hors versement d'une subvention et hors commande publique.
- contrats de droit public non cités à l'article L. 2131-2 du CGCT : à titre d'exemple : conventions d'occupation du domaine public, contrats relatifs aux baux emphytéotiques, contrats de vente en l'état futur achèvement, conventions de mise à disposition de biens du domaine, contrats d'acquisition et de vente de biens du domaine.
- conventions de mise à disposition de locaux à des associations, établissements scolaires,...
- contrats conclus par les collectivités locales qui n'associent pas le cocontractant à l'exécution d'un service public ou qui ne comporte aucune clause inusuelle voire illicite dans un contrat conclu entre particuliers.

NB : Les projets de contrats et conventions doivent néanmoins être transmis en annexe de la délibération qui autorise l'exécutif local à les signer.

➤ **INFRUCTUOSITE D'UNE CONSULTATION DE DSP**

C'est la transposition de la directive "concessions" qui a conduit le législateur à revisiter les règles issues de la loi Sapin. L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a ainsi réaffirmé la prééminence des principes constitutionnels encadrant la conclusion des contrats de la commande publique : son article 1er -I dispose ainsi que *"les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures"* et que *"ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics."*

S'agissant des DSP des collectivités territoriales, le pouvoir réglementaire a expressément précisé que ces contrats *"sont passés et exécutés conformément aux dispositions du décret n° 2016-54 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession"* (article R.1411-1 du CGCT).

La mise en concurrence est donc obligatoire et incontournable.

Toutefois, si celle-ci s'avérait "infructueuse" (= après une procédure de publicité et de mise en concurrence régulière, aucune candidature ou aucune offre n'est réceptionnée ou seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées sont déposées), et sous réserve que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées (et le cas échéant, qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande), l'article 11-2° du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 prévoit que dans ce cas, le contrat de concession peut être attribué sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Toutefois, par sécurité juridique, l'infructuosité de la consultation sera constatée par délibération préalable. Enfin, le contrat sera conclu sans publicité ni mise en concurrence, mais tout en respectant les formes de la Délégation de Service Public.

➤ **MODALITES DE GESTION D'UNE FOURRIERE AUTOMOBILE : la procédure de D.S.P. doit-elle s'appliquer ?**

L'article L.1411-1 du CGCT, tel que modifié par l'article 58 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, dispose désormais que : *"Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix."* Par ailleurs, l'article R1411-1 du même code, modifié par le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, dispose que *"les délégations de service public des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics sont passées et exécutées conformément aux dispositions du décret n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession."*

Il en résulte que le nouveau régime des DSP des collectivités territoriales et de leurs groupements est aujourd'hui défini par les articles L.1411-1 et R.1411-1 et suivants du CGCT, mais aussi par des règles applicables à l'ensemble des contrats de concession figurant dans l'ordonnance et le décret précités. La gestion d'une fourrière automobile est un service public et il existe un risque d'exploitation qui pèse sur le cocontractant. Dès lors, les critères tels que prévus à l'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et définissant le contrat de concession et de fait, la DSP, sont réunis.

Par conséquent, la procédure de DSP doit s'appliquer.

S'agissant du choix du délégataire, il me paraît utile de rappeler qu'en application des dispositions combinées des articles R325-19 et R.325-24 du code de la route, la détention de l'agrément préfectoral et l'absence de cumul d'activité sont deux conditions impératives à respecter pour une société qui se voit confier la gestion d'une fourrière automobile et qu'en exigeant que *"chaque fourrière relève d'une autorité unique"*, l'article R325-19 du code précité exclut qu'un même délégataire soit engagé dans le cadre de différentes DSP auprès de plusieurs personnes publiques pour la gestion d'un seul et même équipement (ce qui exclut par exemple que plusieurs communes concluent chacune une convention avec le même gardien de fourrière).

➤ **RENONCIATION D'UN ATTRIBUTAIRE**

La signature de l'acte d'engagement d'un marché consacre l'engagement de la collectivité publique mais également celui du titulaire du marché qui ne peut s'en délier.

Il ressort de la jurisprudence qu'une commission, après avoir fait son choix, ne peut procéder à un nouvel examen des offres et retenir finalement l'offre d'une autre entreprise. (CE 10 janvier 1986, société des travaux du Midi, Lebon p. 608) Cette interdiction de revenir sur le choix initial est assortie de limites liées à la notion d'erreur matérielle ou de fraude (cf. CE n° 154715 8 décembre 1997, Société A 2 IL, tables p. 930).

Dans un arrêt n° 99PA01947 du 10 février 2004, la Cour Administrative de Paris a toutefois précisé que cette possibilité de revenir sur le choix initial est assortie de deux réserves : le délai de validité des offres ne doit pas être encore expiré, et aucune décision ne doit être encore notifiée aux entreprises. Au surplus, dès que les soumissionnaires évincés sont informés de la décision de la CAO, ils sont déliés de leur engagement.

De fait, dans le cas où une entreprise a été déclarée attributaire d'un marché par la commission d'appel d'offres et a régulièrement signé l'acte d'engagement, mais a renoncé expressément à honorer cet engagement avant la notification du marché, la commission d'appel d'offres ne peut retenir la deuxième offre la mieux-disante lors d'une nouvelle séance. La collectivité publique, dans ce cas, ne peut donc que relancer une nouvelle procédure d'appel d'offres, mais se trouve 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.

➤ **REGLES QUI REGISSENT LA COMMUNICATION DES PIECES CONSTITUANT UN MARCHE PUBLIC**

Les diverses pièces constitutives d'un marché sont bien soumises au droit d'accès institué par le livre III du code des relations entre le public et l'administration et qu'une fois le marché signé, les documents composant la procédure de passation perdent leur caractère préparatoire, et deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris un candidat évincé.

Ce droit d'accès doit toutefois s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale protégé par les dispositions de l'article L. 311-6 du code précité, lequel recouvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières, et le secret des stratégies commerciales.

Dans une décision récente du 30 mars 2016 (Centre hospitalier de Perpignan n° 375529), le Conseil d'Etat a été amené à préciser la portée des informations protégées au titre du secret industriel et commercial. Après avoir rappelé le principe selon lequel « *au regard des règles de la commande publique, doivent être regardées comme communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces d'un marché public et que, dans cette mesure, l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire, notamment, sont en principe communicables. En revanche, les éléments qui reflètent la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un secteur d'activité et dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret commercial ne sont, en principe, pas communicables* », la Haute juridiction a jugé que parmi ces éléments ainsi protégés reflétant la stratégie commerciale, il y avait lieu d'inclure le bordereau des prix unitaires.

Au vu de ce qui précède, **certains documents du marché sont donc communicables sans réserve**. Il s'agit du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), du cahier des clauses techniques particulières (CCTP), du règlement de consultation (RC), et de la liste des candidats admis à présenter une offre.

D'autres documents sont communicables sous réserve du respect du secret en matière industrielle et commerciale, ce qui implique donc une occultation des mentions non communicables. Il en est ainsi notamment des documents suivants :

- rapport de présentation du marché par la Commission d'Appel d'Offres,
- procès-verbal d'ouverture des plis, des candidatures ou des offres,
- lettre de notification du marché,
- acte d'engagement et ses annexes (après occultation des coordonnées bancaires ou RIB et de l'annexe financière),
- rapport d'analyse des offres ainsi que les éléments de notation et de classement : sont communicables les mentions qui concernent l'attributaire mais non celles qui se rapportent aux autres candidats (sauf au demandeur lui-même)
- lettre de candidature de l'entreprise attributaire (DC1),
- état annuel des certificats reçus de l'entreprise attributaire (justificatifs de régularité fiscale et sociale),
- déclaration du candidat attributaire (DC2) sauf le chiffre d'affaires.

Enfin, **ne sont pas communicables** les documents suivants :

- offres des entreprises non retenues (sauf l'offre de prix globale qui peut être communiquée),
- mémoire technique,
- mentions relatives aux moyens techniques et humains,
- certification de système qualité, les certifications tierces parties, et les certificats de qualification concernant la prestation demandée,
- mentions concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires,
- références autres que celles qui correspondent à des marchés publics.

➤ INFORMATION DES CANDIDATS EVINCES

La réforme de la commande publique (avril 2016) a étendu l'obligation d'information des candidats évincés aux procédures adaptées.

L'article 55 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 dispose : *"Le choix des acheteurs à l'issue de la procédure de passation est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue."*

L'article 99-I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise : *"Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, 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. Il communique aux candidats et 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. Si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni appropriée ni irrégulière ni acceptable l'acheteur lui communique, en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public. [...]"*

Il en ressort que le choix des acheteurs est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires non retenus (au stade de la candidature et de l'offre). La lettre de rejet devient donc obligatoire dans les procédures adaptées mais sans délai de recours pré-contractuel à respecter.

L'information immédiate présente ainsi l'avantage de faire connaître aux candidats non retenus le rejet de leur candidature ou de leur offre et d'anticiper toute contestation ultérieure.

➤ RETRAIT ET ABROGATION D'UN ACTE ILLÉGAL

Lorsque mes services relèvent une illégalité entachant un acte de la commande publique (un marché public par exemple), je vous informe de l'irrégularité constatée par le biais d'une lettre d'observation valant recours gracieux. Ce recours qui interrompt le délai de recours contentieux jusqu'à ce que la collectivité concernée fasse connaître sa position (acceptation ou rejet) dans les deux mois suivant la réception dudit recours gracieux, vise à obtenir le retrait, l'abrogation ou la modification de l'acte illégal.

Le retrait et l'abrogation relèvent de régimes juridiques différents :

- le retrait a une portée rétroactive : l'acte est supposé n'avoir jamais existé. Ses conséquences juridiques sont les mêmes que celles d'une annulation contentieuse.

- l'abrogation ne produit ses effets qu'à partir du moment où elle intervient. Elle n'a pas de portée rétroactive. L'acte abrogé ne produit plus d'effet juridique pour l'avenir, à compter de la date prescrite dans les dispositions prononçant cette abrogation. En revanche, l'acte a existé et a produit des effets juridiques de la date de son adoption jusqu'à la veille de son abrogation.

Il ressort de la jurisprudence que *« sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de décision »*. (Conseil d'Etat, 26 octobre 2001, Ternon) Les actes des collectivités examinés dans le cadre du contrôle de légalité sont soumis à ce régime de retrait des actes administratifs. (Conseil d'État, SSR., 27 juin 2007, Viaud, n° 300143) Ainsi, un marché public illégal pourra être retiré dans le délai de quatre mois suivant sa signature.

S'agissant de l'abrogation, depuis l'arrêt du Conseil d'État du 6 mars 2009 *« Coulibaly »*, l'administration ne peut abroger une décision individuelle créatrice de droits, même illégale, que dans le délai de quatre mois suivant son édicton (sauf en matière d'urbanisme où ce délai est ramené à trois mois).

Le régime juridique du retrait et de l'abrogation des actes créateurs de droit est donc unifié.

Les modalités de résiliation ou de retrait :

- s'agissant de la résiliation : elle constitue un acte d'exécution d'un marché (ou d'une D.S.P.). Si le pouvoir adjudicateur concerné (maire d'une commune par exemple) s'est vu consentir au préalable, une délégation générale prise par l'assemblée délibérante dans les conditions prévues à l'article L. 2122-22-4° du code général des collectivités territoriales et qui inclut « *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* », il pourra résilier le marché entrant dans ce champ de compétence sans l'intervention de l'assemblée délibérante. (cf. question assemblée nationale n° 119864 publiée au JO du 08/05/2012). Dans le cas contraire, une nouvelle délibération sera nécessaire pour autoriser l'exécutif à résilier le marché.

- s'agissant du retrait : le principe du parallélisme des formes et des compétences doit être respecté. Ainsi, si le marché a été attribué par délibération de l'assemblée délibérante, une nouvelle délibération décidant de son retrait sera nécessaire. Le retrait du marché sera par ailleurs expressément notifié à l'opérateur économique concerné.

Suite à la résiliation ou au retrait d'un marché (ou d'une D.S.P.), une nouvelle procédure de consultation devra être initiée dans le respect des dispositions en vigueur.

➤ **CAO et Commission de DSP : faut-il maintenir le principe de deux commissions ?**

La réforme de 2016 a unifié le régime des Commissions d'Appel d'Offre (CAO) et des Commissions de Délégation de service public (CDSP). Toutefois le principe de deux commissions est maintenu.

La CAO a une compétence d'attribution. Contrairement à la CDSP, la CAO n'a pas de caractère permanent et n'intervient qu'à l'égard des marchés dont le montant fait franchir les seuils européens.

Toutefois, il n'est pas interdit que des membres titulaires ou suppléants, de la CAO, soient également membres, titulaires ou suppléants, de la CDSP. A l'instar de ce qui se fait pour une CDSP, il appartient à chaque collectivité locale de déterminer les règles de fonctionnement de sa propre CAO, en particulier les modalités de convocation de ses membres ou leur remplacement en cas d'empêchement définitif. Par sécurité juridique, il est souhaitable que le fonctionnement de la CAO fasse l'objet d'un règlement intérieur, acté par délibération.