



PRÉFECTURE DU VAR

Toulon, le - 4 NOV. 2008

DIRECTION des RELATIONS  
avec les COLLECTIVITES LOCALES  
BUREAU DE LA LEGALITE

Affaire suivie par Françoise JOANIN  
Tél. : 04 94 18 83 45  
Fax : 04 94 18 82 84  
[Francoise.joanin@var.pref.gouv.fr](mailto:Francoise.joanin@var.pref.gouv.fr)

Le préfet du Var

à

- Monsieur le président du conseil général
- Mesdames et Messieurs les Maires
- Mesdames et Messieurs les présidents des conseils d'administration des centres communaux d'action sociale
- Mesdames et Messieurs les présidents des comités des caisses des écoles
- Mesdames et Messieurs les présidents des établissements publics de coopération intercommunale
- Messieurs les présidents des offices publics de l'habitat de La Seyne sur Mer, Toulon et Var.Habitat
- Monsieur le président du centre de gestion de la fonction publique territoriale
- Monsieur le président du conseil d'administration du crédit municipal de Toulon
- Monsieur le président du conseil d'administration du service départemental d'incendie et de secours

Pour information à :

- Monsieur le trésorier payeur général
- Monsieur le receveur des finances de Draguignan
- Monsieur le directeur départemental des affaires sanitaires et sociales
- Monsieur le directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
- Madame le sous-préfet de Draguignan
- Monsieur le sous-préfet de Brignoles

**Objet** : passation des marchés publics

Certains d'entre vous rencontrent des difficultés liées à l'évolution de la réglementation et de la jurisprudence relatives aux marchés publics. C'est pourquoi il me paraît utile de vous apporter des précisions sur les points suivants afin de vous permettre d'assurer au mieux la sécurité juridique des procédures publiques de dévolution .

1) La transmission des marchés et des avenants

Les actes d'engagement joints aux marchés doivent être datés et signés par le pouvoir adjudicateur, qui n'est pas compétent pour les signer avant la réception, dans mes services, de la délibération autorisant la signature. Cette règle s'applique également aux avenants.

.../...

-2-

Prévus à l'article 28 du code des marchés publics (CMP), les marchés qui peuvent être passés selon une procédure adaptée en raison de leur montant inférieur à 206 000 € HT sont dispensés de l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité, en application des articles L.2131-2-4° ou L.3131-2-4° du CGCT. Il en est de même pour leurs avenants, qui constituent des conventions relatives à ces marchés au sens du 4° des articles précités.

Je vous invite donc à ne plus me transmettre de tels contrats, même si vous avez choisi de mettre en œuvre une procédure formalisée.

En revanche, les délibérations de l'assemblée délibérante ou les décisions prises par délégation de celle-ci, afférentes à des marchés inférieurs à 206 000 € HT et à leurs avenants, restent soumises à l'obligation de transmission.

Il est entendu que tous les marchés et les accords-cadres de services prévus à l'article 30 du CMP, qui peuvent être passés suivant une procédure adaptée quel que soit leur montant, doivent m'être transmis.

Je précise par ailleurs que, pour la transmission au contrôle de légalité, deux exemplaires suffisent.

### 2) Les avis d'appel public à la concurrence

Les avis d'appel public à la concurrence concernant les marchés et les accords-cadres passés selon une procédure formalisée sont rédigés suivant le formulaire standard annexé au règlement n° 1564/2005 issu de la directive communautaire n° 2004/18/CE, aussi bien pour le BOAMP que pour le JOUE.

Ce modèle d'avis impose aux acheteurs publics de remplir la rubrique VI.4.1 (instance chargée des procédures de recours) ainsi que la rubrique VI.4.2 (introduction des recours) ou, au besoin, la rubrique VI.4.3 (service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours). L'indication de l'instance chargée des procédures de recours (rubrique VI.4.1) ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de remplir au moins l'une des rubriques VI.4.2 et VI.4.3.

Le juge administratif procède à une lecture rigoureuse de ces rubriques et sanctionne généralement les acheteurs publics qui ne les ont pas respectées (CE n° 300097, 15 juin 2007, ministre de la défense ; CE n° 303748, 8 février 2008, commune de Toulouse ; CE n° 300275, 8 février 2008, département de l'Essonne).

### 3) Les délais de publicité

Les délais de réception des offres applicables aux différentes procédures, fixés par les articles 57, 60, 65 et 67 du CMP, sont des délais francs : ils commencent à courir à partir de la première heure du premier jour suivant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) et prennent fin à l'expiration de la dernière heure du jour de l'expiration du délai légal.

Exemple pour un délai de 52 jours :

- 31 octobre 2008 : envoi de l'AAPC ;
- 22 décembre 2008 à 24 H : expiration du délai ;
- la date limite de dépôt des candidatures ne peut pas être antérieure au 23 décembre 2008.

Il s'agit de délais minimaux, qui méritent d'être allongés dans certains cas.

.../...

67

#### 4) Les critères d'attribution des marchés

Les moyens humains et matériels et les références sont parfois utilisés comme critères d'attribution alors qu'ils doivent seulement permettre d'évaluer la capacité des entreprises à exécuter le marché. Les capacités professionnelles, techniques et financières sont appréciées au stade de l'examen des candidatures (articles 45 et 52 du CMP ; TA de Nice, 1<sup>er</sup> février 2008, société SGCAA c/ commune de Bandol).

En vertu de l'article 53 du CMP, les critères d'attribution sont obligatoirement liés à l'objet du marché (qualité, prix, valeur technique, caractère fonctionnel...) et pondérés. Afin de préserver la concurrence et la pondération, il convient que, pour chaque critère, l'entreprise la mieux-disante obtienne la note maximale.

#### 5) Les avenants

Les avenants, dont l'objet est de modifier ou de compléter un contrat existant, ne peuvent être passés que durant l'exécution du marché et non après la fin du marché. Les avenants de régularisation sont, en principe, illégaux.

Par ailleurs, quelle que soit leur incidence, les avenants aux marchés des collectivités territoriales inférieurs à 206 000 € HT ne sont plus soumis à l'avis de la CAO (loi de simplification du droit du 20 décembre 2007 – article 19).

#### 6) Le contenu des délibérations

Les délibérations doivent comporter des mentions suffisantes pour informer l'assemblée délibérante et pour me permettre d'exercer le contrôle de légalité en pleine connaissance. A minima, le type de procédure, le montant du marché et le nom de l'entreprise retenue doivent obligatoirement être indiqués.

En outre, les délibérations autorisant la conclusion d'un marché ou d'un avenant doivent être accompagnées des documents contractuels à l'état de projet, non encore signés par les parties.

#### 7) La théorie de l'imprévision

Le caractère immuable du prix conclu dans le cadre d'un marché public n'autorise pas de modification du prix ou d'introduction d'une nouvelle formule de révision en cours d'exécution du marché. Toutefois, la théorie de l'imprévision peut, dans certains cas d'aléas économiques imprévisibles, justifier une indemnisation du fournisseur sous réserve que les conditions cumulatives suivantes soient remplies :

- les événements affectant l'exécution du contrat doivent être imprévisibles et extérieurs aux parties ;
- ces événements doivent déjouer les prévisions qu'avaient raisonnablement pu faire les parties lors de la conclusion du contrat et la clause de variation des prix ne doit pas avoir pu fonctionner normalement ;
- l'événement doit entraîner un bouleversement de l'économie du contrat. Dans la pratique, le surcoût des dépenses doit être au moins égal au quinzième du montant initial du marché.

-4-

Il appartient au titulaire du marché de justifier le montant de la surcharge qu'il a supportée et à la collectivité de contrôler ces allégations. Le montant de l'indemnité ne couvre jamais l'intégralité du préjudice subi par le cocontractant, mais la part qu'elle laisse à sa charge est faible (5 à 10% de la charge extra contractuelle).

En tout état de cause, l'application rigoureuse de l'article 18 du CMP, qui prévoit que les marchés comportent une clause de révision des prix incluant une référence aux indices officiels de fixation des cours mondiaux, devrait permettre d'éviter tout litige.

8) Le Comité Consultatif Interrégional de Règlement Amiable des différends et Litiges en matière de marchés publics (CCIRAL)

Le CCIRAL, dont l'existence et l'organisation découlent des dispositions du décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001 et de l'article 127 du code des marchés publics, a pour objet la recherche de solutions amiables aux litiges pouvant survenir en matière de marchés publics.

A cet effet, le CCIRAL rend, dans un délai de six mois de sa saisine par l'une des parties au marché, un avis qui est transmis à l'autorité administrative contractante, qui dispose d'un délai de trois mois pour faire connaître à l'autre partie son acceptation de la solution proposée. Lorsque l'avis est suivi, une transaction règle définitivement le différend et s'impose non seulement aux parties elles-mêmes, mais aussi aux comptables publics.

L'intervention du CCIRAL a pour effet d'éviter une saisine immédiate du juge de droit commun, les délais de recours étant suspendus jusqu'à la décision prise à la suite de l'avis rendu. L'intérêt de cette procédure pré-contentieuse tient, d'une part, à la rapidité de la solution apportée et, d'autre part, à la latitude d'appréciation dont le CCIRAL dispose.

Le recours à cette procédure pourrait faire l'objet d'une clause du marché la rendant obligatoire avant saisine du juge. Tout au moins, ce recours devrait être systématiquement mis en œuvre.

CCIRAL de Marseille  
Secrétariat Régional pour les Affaires Régionales  
Bd Paul Peytral  
13282 Marseille Cedex 20

Mes services restent à votre disposition pour toute explication complémentaire dont vous pourriez avoir besoin.

Pour le Préfet  
et par délégation,  
Le Secrétaire Général

Jérôme GUTTON

69