Pratique du droit

Guide de la commande publique

Passation – Exécution – Contentieux

6e édition

Philippe Cossalter
Jacques Fournier de Laurière
Philippe Mazet

Editions Le Moniteur

Sommaire

Avertissement 9

Liste des sigles et abréviations 11

PARTIE 1 **Introduction** 13

CHAPITRE 1 Champ d'application de la commande publique 15

CHAPITRE 2 Les contrats publics 31

PARTIE 2 **Choisir ses outils** 39

CHAPITRE 3 Les solutions organiques 41

CHAPITRE 4 Les solutions contractuelles : choisir entre différents contrats 47

CHAPITRE 5 Les solutions patrimoniales 51

PARTIE 3 **La maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée** 67

CHAPITRE 6 Présentation générale des notions du droit de la maîtrise d'ouvrage publique 69

CHAPITRE 7 Champ d'application des règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique 71

CHAPITRE 8 Les fonctions exercées dans le cadre de l'opération de construction 81

PARTIE 4 **Les marchés publics** 97

CHAPITRE 9 Définitions 99

CHAPITRE 10 Les modes de dévolution 113

CHAPITRE 11 Le régime financier des marchés publics 119

CHAPITRE 12 Les modifications du contenu d'un marché public 133

CHAPITRE 13 La sous-traitance 139

CHAPITRE 14 La dématérialisation des marchés 143

PARTIE 5 Les marchés publics globaux 147

CHAPITRE 15 Principes généraux 149

CHAPITRE 16 Les types de réponses aux consultations 171

PARTIE 6 Le partenariat public-privé 175

CHAPITRE 17 Introduction 177

CHAPITRE 18 Éléments fondamentaux sur les marchés de partenariat 183

CHAPITRE 19 Le contenu du marché de partenariat 201

CHAPITRE 20 La passation du marché de partenariat 213

CHAPITRE 21 L'exécution du marché de partenariat 221

PARTIE 7 La publicité et la mise en concurrence des contrats de la commande publique 225

CHAPITRE 22 Les étapes préalables à la passation d'un marché public 227

CHAPITRE 23 Les procédures de passation 235

CHAPITRE 24 Le déroulement des procédures de passation 239

CHAPITRE 25 Le choix de l'offre 245

CHAPITRE 26 L'achèvement de la procédure de consultation 257

PARTIE 8 **Les concessions** 259

CHAPITRE 27 Notions générales 261

CHAPITRE 28 La passation des concessions 277

CHAPITRE 29 Les concessions d'aménagement 297

PARTIE 9 **Les délégations de service public** 301

CHAPITRE 30 Les éléments de définition de la délégation de service public 303

CHAPITRE 31 Les obligations de mise en concurrence d'une délégation de service public 323

CHAPITRE 32 Le contrat 335

CHAPITRE 33 Les modalités de contrôle des délégations de service public 361

CHAPITRE 34 Les règles d'évolution du contrat 367

CHAPITRE 35 La fin de la délégation 379

PARTIE 10 **Le contentieux de la commande publique** 389

CHAPITRE 36 Le contentieux pénal 391

CHAPITRE 37 Le contentieux de la passation 409

CHAPITRE 38 Le contentieux de l'exécution 429

Index 441

Table des matières 445

CHAPITRE 4

Les solutions contractuelles : choisir entre différents contrats

La collectivité choisit un type de contrat tantôt en fonction de contraintes locales, financières, organisationnelles, tantôt selon le degré d'urgence du besoin, mais aussi en raison de choix volontaires.

Il apparaît que les déterminants du choix d'une forme contractuelle relèvent de trois principaux facteurs : les contraintes légales, l'argent, la complexité de la mission.

14 Quelles contraintes légales peuvent déterminer le choix d'un contrat ?

Ces contraintes sont tout à fait extérieures et s'imposent au pouvoir adjudicateur.

Le premier type de contrainte est celle qui interdit un certain objet. Nous verrons dans le chapitre consacré à la délégation de service public (v. *infra* partie 9) que certains objets sont incompatibles avec le contrat, telles que les missions de puissance publique. Mais ces objets dits « indélégables » sont de moins en moins nombreux, ne serait-ce que parce que les missions de puissance elles-mêmes se transforment. Le stationnement sur voirie n'est par exemple plus une affaire de police de la circulation, indélégable, mais de police du domaine, délégable.

Deuxième contrainte à l'inverse, certaines activités ne peuvent être assurées directement par la puissance publique. C'est le cas par exemple de l'établissement de réseaux de communication électronique qui nécessitent une carence de l'initiative privée[1]. L'exploitation des services de communication électronique ne peut être assurée par les personnes publiques ou les organismes qui en dépendent. Les casinos font l'objet d'autorisations de l'État et de délégations de service public mais ne peuvent être exploités directement par les collectivités

(1) CGCT, art. L. 1425-1.

territoriales (solution implicite résultant notamment de l'arrêté du 14 mai 2007 relatif à la réglementation des jeux dans les casinos).

Troisième type de contraintes, dans le domaine des marchés publics cette fois.

Dans ce domaine trois contraintes classiques s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs.

La première a trait à l'**allotissement**. Aux termes de l'alinéa 1er de l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique « les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes »(2). Ce principe de l'allotissement n'interdit pas d'attribuer tous les lots au même opérateur mais l'opération se révèle difficile. Le principe est donc celui de marchés assurés par une pluralité d'intervenants.

L'**interdiction du paiement différé** est la deuxième contrainte. Aux termes de l'article L. 2191-5 du Code de la commande publique « tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ».

Aux termes de l'article L. 2191-6 du même code : « En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction ».

La troisième contrainte classique du droit des marchés publics n'est plus perceptible dans la Code de la commande publique comme elle l'était auparavant dans le Code des marchés publics. Elle est posée de manière désormais très anodine à l'article L. 2431-1 du Code de la commande publique : « La mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle confiée aux opérateurs économiques chargés des travaux, sous réserve des dispositions relatives aux marchés globaux du chapitre Ier du titre VII du livre Ier ». Les termes utilisés par la loi MOP en son article 7 alinéa 2(3) étaient plus clairs : « Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur ». Ces dispositions, comme presque toutes celles de la loi MOP, sont désormais abrogées et intégrées au Code de la commande publique.

Il résulte en tout cas de cet énoncé, même modernisé, que les missions de maîtrise d'œuvre et d'entreprise doivent être séparées. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elles peuvent être réunies dans les contrats de conception-réalisation ou les autres marchés publics globaux.

Nous y reviendrons dans une partie spécifique consacrée à la maîtrise d'ouvrage publique dans ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée.

(2) V. l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics pour la disposition antérieure équivalente.

(3) 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.

15 Quelles contraintes financières peuvent déterminer le choix des pouvoirs adjudicateurs ?

L'impôt ou la redevance. La question de la distinction entre impôt (et donc le paiement du cocontractant par un prix versé par la personne publique) et redevance (paiement par l'usager) s'impose la plupart du temps à la collectivité.

Un certain nombre de services publics, les services publics industriels et commerciaux, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses(4) ce qui signifie que les usagers doivent en assurer l'équilibre (sur la distinction entre SPIC et SPA, v. *infra* la partie 9 sur les délégations de service public). Certaines activités peuvent être cependant subventionnées plus ou moins lourdement, comme les activités de transport public de voyageurs tels que bus et tramways ou les remontées mécaniques.

La liberté est plus grande en matière de services publics administratifs (cantines administratives et scolaires, bibliothèques, etc.) pour lesquels le niveau de l'engagement public dépend essentiellement d'un choix politique.

Ce choix entre impôt et redevance ne déterminera pas en lui-même la forme contractuelle, sauf dans un certain nombre de cas extrêmes.

Les concessions de travaux et de services (partie 8) et les délégations de service public (partie 9) se définissent par un certain niveau de risque qui doit être maintenu par l'absence de paiement total par un prix.

À l'inverse, marché public et paiement par l'usager ne sont pas incompatibles. Il est toujours possible pour la collectivité de percevoir des redevances sur l'usager et d'en reverser une partie au cocontractant.

Engagement pluriannuel ou endettement ? Telle est en somme l'alternative qui s'offre aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'une activité s'appuie sur un investissement lourd (bâtiment important, usine de retraitement des eaux usées, réalisation d'un réseau sous voirie, parc de stationnement souterrain, etc.).

La délégation de service public sous forme de concession de travaux et de service public présente l'avantage classique de permettre de ne pas recourir à l'emprunt. Comme les marchés publics impliquent le paiement immédiat des travaux, ce paiement ne peut intervenir que par le recours à l'emprunt. Or la capacité d'endettement des collectivités territoriales peut être limitée. Dans ce cas, la délégation de service public pourra constituer une solution idoine, qui permet que l'investissement initial soit supporté par le délégataire sans obérer la capacité d'endettement de la collectivité.

(4) CGCT, art. L. 2224-1.

16 Quelles contraintes techniques peuvent déterminer le choix du pouvoir adjudicateur ?

Le dernier motif de choix d'une forme contractuelle plutôt qu'une autre tient à la maîtrise technique et aux difficultés de suivi administratif.

La technicité des missions et la difficulté à assurer un suivi administratif ont longtemps pu justifier le recours à la gestion déléguée.

Cependant, le système délégataire (dit aussi concessif) s'est longtemps réduit à un véritable abandon, de la part des collectivités délégantes, de toute velléité de contrôle du service. Ni la qualité ni le prix du service ne faisaient l'objet d'un véritable contrôle.

Désormais, passer une concession nécessite un effort non négligeable, lors de l'attribution mais aussi tout au long de l'exécution. Il n'est ni plus aisé ni plus difficile de déléguer que de recourir à un marché public.

Le choix se fera le plus souvent entre la régie et la délégation. Les collectivités les plus importantes auront ce choix. Les plus petites confieront plus aisément la gestion d'un certain nombre de leurs services publics techniques à un délégataire.

Tab. 4.1 Choix du contrat le plus adapté par type d'objet et de paiement

	Paiement par l'impôt	**Paiement par la redevance**	**Sans paiement public ni service public**
Objet simple	Marché public alloti	Concession de travaux – Services / DSP	Convention d'occupation du domaine public
Objet complexe	Marché public global Marché de partenariat	Concession de travaux – services / DSP	Convention d'occupation du domaine public

CHAPITRE 10

Les modes de dévolution

60 Quand pratiquer l'allotissement et quand pratiquer le marché unique ?

Les articles L. 2113-10 et -11 du Code de la commande publique posent le principe de l'allotissement des marchés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes, et tout en prévoyant des dérogations à ce principe.

En application de ces dérogations, l'acheteur peut ainsi décider de ne pas allotir un marché public dans les cas suivants :
– s'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation pilotage et de coordination ;
– si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ;
– si l'allotissement risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations.

L'acheteur peut limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique. Les offres sont appréciées lot par lot. Depuis la publication de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, il n'est plus possible de faire des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir un marché public, il doit motiver son choix dans les conditions définies par les articles R. 2113 – 1-2-3 du Code de la commande publique.

Il est toutefois à noter que les marchés publics globaux dont le champ d'application est défini aux articles L. 2171-2 et L. 2171-3-4-5-6-7 du Code de la commande publique faisant l'objet d'une section spécifique, ne sont pas soumis au principe d'allotissement. Il s'agit des marchés de conception-réalisation, des marchés publics globaux de performance et des marchés publics globaux sectoriels. Pour ce type de marchés l'acheteur n'a donc pas à motiver son choix de ne pas allotir.

Les articles R. 2113-1-2-3 du Code de la commande publique stipulent que l'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée (5 382 000 euros pour les marchés de travaux lancés par les pouvoirs adjudicateurs par exemple) et donc de passer un marché unique (différent d'un marché global) doit motiver ce choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné aux articles R. 2184-1-2-3-4-5-6 du Code de la commande publique lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur. S'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, la motivation de ce choix doit figurer parmi les informations qu'il conserve en application des articles 106 R. 2184-7-8-9-10-11 du Code de la commande publique.

Si la valeur du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée, la motivation du choix doit figurer dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application des articles R. 2184-12 et R. 2184-13 du Code de la commande publique.

La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 est venue préciser que l'acheteur doit énoncer les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

De manière générale, la jurisprudence du Conseil d'État rappelle que l'acheteur dispose d'une marge d'appréciation étendue, sur laquelle le juge doit exercer un contrôle restreint, pour allotir ou ne pas allotir un marché.

Tout acheteur, s'il opte pour un marché unique, le marché global se situant en dehors du principe d'allotissement (cf. *infra*), a cependant intérêt à s'atteler à la préparation d'une note récapitulant les raisons qui ont justifié le recours à ce mode de dévolution, avant la transmission au contrôle de légalité.

61 Peut-on parler d'un assouplissement récent de la jurisprudence permettant de déroger au principe de l'allotissement ?

Deux décisions récentes du Conseil d'État en date du 25 mai 2018 apportent des éclaircissements très importants sur la possibilité pour un maître d'ouvrage public de pouvoir déroger au principe de l'allotissement(1).

Bien sûr, dans ces deux affaires le Conseil d'État, fidèle à ses habitudes, prend soin de préciser que ces décisions doivent être lues au regard « des circonstances particulières de l'espèce », mais la précision des motivations retenues par le Conseil d'État constituent un précieux « mode d'emploi » pour les maîtres d'ouvrages.

Le département des Yvelines avait lancé une procédure de passation en vue de la conclusion d'un marché public de travaux pour le lycée franco-allemand de Buc. Le département avait regroupé les travaux en un lot unique, alors que le marché comportait 27 prestations

(1) CE 25 mai 2018, OPH Hauts-de-Seine Habitat, req. n° 417428, 417439, *Rec. CE* et CE 25 mai 2018, Eiffage construction habitat, req. n° 417869, 417880, inédit au *Rec. CE*. Sur ces deux affaires v. Philippe Cossalter, « Le Conseil d'État précise les modalités du recours à l'allotissement sous l'empire de l'ordonnance "marchés publics" », *Lexbase hebdo* édition publique n° 506, 14 juin 2018.

distinctes. Pour justifier ce choix, le département devait démontrer que l'allotissement rendrait techniquement difficile ou plus coûteuse l'exécution du marché, conformément aux exigences prévues par l'article 32 de l'ordonnance Marchés publics.

La collectivité justifiait ce choix par plusieurs raisons. Les travaux devaient se dérouler en période scolaire et concernaient une dizaine de bâtiments. En outre, le marché avait été attribué à une entreprise générale qui, selon le département, était « mieux à même d'assurer les fortes contraintes de sécurisation des chantiers et des multiples accès à l'établissement ».

Le Conseil d'État valide l'analyse du département, estimant pour sa part que « la décision de ne pas allotir le marché n'est pas entachée d'une appréciation erronée des inconvénients d'une dévolution en lots séparés ».

La première question qui doit se poser pour analyser le risque juridique du recours à un marché en lot unique est de savoir si les conditions posées par les articles L. 2113-10 et L. 2113-11 du Code de la commande publique sont considérées comme identiques à celles que prévoyait l'article 10 de l'ancien Code des marchés publics. Certains observateurs ont développé l'idée que les conditions de dérogation à l'obligation d'allotissement avaient été durcies dans la réforme de la commande publique de 2015.

Sur ce point, le rapporteur public Gilles Pélissier, dans ses conclusions sur la décision rendue le 25 mai 2018, a clairement affirmé qu'il n'y avait eu aucun durcissement dans les possibilités de recours au marché unique du fait de la nouvelle réglementation du Code de la commande publique et que le contrôle du juge sur les justifications fournies par le maître d'ouvrage devait s'exercer dans les mêmes conditions.

Ainsi, une démarche fondée sur les exigences de la jurisprudence issue de l'application de l'article 10 de l'ancien Code des marchés publics reste parfaitement fondée.

Dans ce cadre d'analyse, c'est le plus souvent la complexité technique intrinsèque des ouvrages qui est mise en avant pour justifier que l'ampleur des interfaces techniques ainsi générées serait très difficilement gérable en lots séparés sans faire naître de sérieux inconvénients tels que des retards et des surcoûts.

Manifestement, ces problématiques techniques ont convaincu les services de contrôle de légalité et c'est la raison pour laquelle il n'y a quasiment pas, à ce jour, de contentieux généré par le biais de déférés préfectoraux en ce domaine pour peu que ces motivations soient explicites.

Mais, dans le cas qui était soumis au Conseil d'État, il n'y a pas de complexité technique spécifique des bâtiments en question, ni de performance particulière en termes de développement durable.

Il y a, par contre, une réelle complexité du projet pris dans son ensemble.

La jurisprudence était sur ce type de justification particulièrement stricte, affirmant que c'était au maître d'ouvrage à prendre toutes précautions pour que son projet complexe se déroule au mieux **au regard en particulier des moyens dont il dispose en interne**, sans que cela le dispense de l'obligation d'allotir.

C'est cette argumentation que l'on retrouve dans le jugement rendu par le TA de Versailles le 18 janvier 2018 Eiffage Construction qui sera cassé par le Conseil d'État. La mise en parallèle des deux décisions est particulièrement instructive.

« Considérant que le département entend justifier le recours à un marché global, au premier chef, par le fait que la restructuration et l'extension de l'ensemble du lycée franco-allemand à Buc est une opération d'envergure à réaliser dans des délais contraints en site occupé, l'établissement accueillant jusqu'à 1 700 personnes, le fonctionnement devant être maintenu en toute sécurité pour les usagers, renforcée dans un contexte Vigipirate et, à l'époque de la délibération, d'état d'urgence, ce fonctionnement dans des installations provisoires devant nécessairement être limité dans le temps ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que, s'il est vrai que l'exécution des prestations est soumise à de fortes contraintes de délais et nécessite une importante coordination des prestataires et le respect par ceux-ci des délais impartis comme des règles de sécurisation des chantiers et d'accès, le département ne justifie pas que **ces contraintes, au demeurant courantes dans des opérations de restructuration et d'extension de cette envergure, étaient telles, notamment au vu de ses propres moyens**, que la dévolution en lots séparés, à laquelle il doit en principe être recouru en vertu des termes de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, aurait en l'espèce rendu techniquement plus difficile l'exécution du marché ;

Considérant que si, au deuxième chef, le département avance également que le recours à plusieurs lots aurait rendu « vraisemblablement » plus coûteuses les prestations, avec une incidence sur le coût de location et fonctionnement des bâtiments modulaires accueillant les élèves, professeurs et personnels, **il résulte de l'instruction que cette contrainte, qui relève aussi notamment des conditions de coordination des prestataires et des délais d'exécution, est également courante et ne justifie pas davantage légalement le choix de déroger, en l'espèce, à la règle de l'allotissement »**.

Mais, faisant suite à ce jugement, l'arrêt du Conseil d'État permet une approche beaucoup plus positive et permet, d'étayer fortement la position de nombreux maîtres d'ouvrages publics.

En effet, dans cette décision du 25 mai 2018, le Conseil d'État retient des motivations très précises qui seront un « mode d'emploi » parfaitement invocable pour des opérations de même nature.

De plus, le Conseil d'État consacre l'idée que le maître d'ouvrage a la liberté de choix de l'allotissement sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. **En l'occurrence, le Conseil d'État vérifie « seulement » si les arguments évoqués par le département des Yvelines pour démontrer les inconvénients que représenterait le recours à l'allotissement ne relève pas d'une appréciation erronée.**

JURISPRUDENCE

CE 25 mai 2018, Eiffage construction habitat, req. n° 417869

« Considérant que, saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allotir un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allotir lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées ».

Il faudra donc pour se conformer au mieux à cette nouvelle jurisprudence :
– établir la complexité de l'opération dans sa globalité ;
– établir clairement les inconvénients et risques qui seraient liés à une dévolution en lots séparés.

Il semble donc que dans le cadre d'opérations de ce type, le plus pertinent sera d'analyser point par point la complexité de l'opération et de conclure sur chacun de ces points par la démonstration/affirmation de l'inconvénient fort que représenterait la dévolution en lots séparés.

Pour bien comprendre le niveau de précision demandé aujourd'hui par le juge administratif dans ce type de contentieux, il faut se référer à deux citations tirées l'une de l'arrêt du Conseil d'État et l'autre des conclusions du rapporteur public dans cette même affaire.

JURISPRUDENCE

CE 25 mai 2018, Eiffage construction habitat, req. n° 417869

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que, pour établir que la dévolution en lots séparés risquait de rendre techniquement plus difficile l'exécution du marché litigieux, alors même qu'il comporte des prestations distinctes, le département des Yvelines fait valoir tant les caractéristiques de l'établissement, qui réunit une école primaire, un collège et un lycée dans une dizaine de bâtiments différents, que la nécessité d'une coordination rigoureuse des prestataires en raison de la complexité d'une opération qui concerne l'ensemble de l'établissement mais qui doit être réalisée sans interruption de son fonctionnement et doit se dérouler en une seule phase sur deux années scolaires, l'activité du site étant transférée dans des bâtiments modulaires ; que le département fait également valoir qu'une entreprise générale est mieux à même d'assumer les fortes contraintes de sécurisation des chantiers et des multiples accès à l'établissement, liées notamment au flux permanent d'entrées et de sorties, en particulier du fait de l'accueil de 630 demi-pensionnaires d'un collègue voisin, qui s'ajoutent aux 870 du lycée, et aux déplacements des 1 700 personnes qu'accueille l'établissement ; que le département soutient aussi, sans être sérieusement contredit, qu'eu égard à son incidence sur les délais d'exécution et sur le coût de la location de bâtiments modulaires accueillant, pendant la durée des travaux, l'ensemble des élèves, professeurs et personnels de l'établissement, l'allotissement risquait de rendre financièrement plus coûteuse l'exécution du marché ; qu'ainsi, dans les circonstances particulières de l'espèce, la décision de ne pas allotir le marché n'est pas entachée d'une appréciation erronée des inconvénients d'une dévolution en lots séparés ; »

CE 25 mai 2018, Eiffage construction habitat, req. n° 417869, concl. Du rapporteur public

« Contrairement aux précédents que nous avons cités où vous avez retenu l'irrégularité de la dévolution en un seul lot de prestations distinctes, le département des Yvelines allègue de sérieux motifs techniques et économiques pour justifier sa décision de passer un marché en un seul lot. Si l'importance des travaux n'est pas en elle-même déterminante, le département établit les contraintes particulières de coordination qui découlent du fait qu'ils doivent se dérouler en période scolaire, en une seule phase sur deux années scolaires et tenir compte du fonctionnement d'un établissement accueillant plus d'un millier et demi d'élèves du primaire au lycée. Ces difficultés, auxquelles s'ajoute la nécessité d'assurer une surveillance particulière pour des raisons de sûreté, justifient le choix d'un unique titulaire qui se chargera de la coordination de l'ensemble des intervenants. Enfin, le département démontre également de manière convaincante que l'allotissement, dans ces conditions, risquerait d'allonger les délais de réalisation des travaux, ce qui renchérirait significativement le coût de l'opération.

Il est vrai, comme le faisait remarquer le groupement évincé devant le juge du référé du TA, qui y avait été sensible, que ces difficultés sont courantes dans la mesure où elles peuvent se rencontrer pour tout marché similaire. Mais cet argument, qui serait pertinent dans le cadre du contrôle d'une dérogation que vous entendriez réserver à des cas tout à fait exceptionnels, ne l'est pas dans le cadre d'un contrôle qui se borne à vérifier que le pouvoir adjudicateur invoque des justifications qui paraissent réelles et sérieuses, sans exiger qu'il démontre ne pas être en mesure de les surmonter. Or, les raisons précises et circonstanciées invoquées par le département nous semblent effectivement de nature à établir un risque que l'allotissement rende « techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ».

Il en ressort très clairement que le maître d'ouvrage doit être précis, complet, ne pas hésiter à développer réellement les arguments tenant à un élément de complexité invoqué et ne pas hésiter non plus à indiquer clairement les inconvénients que représenterait une dévolution en lots séparés.

Par ailleurs le rapporteur public indique expressément que le « contrôle se borne à vérifier que le pouvoir adjudicateur invoque des justifications qui paraissent réelles et sérieuses, sans exiger qu'il démontre ne pas être en mesure de les surmonter. » Le juge administratif ne vérifiera donc plus si le maître d'ouvrage était en mesure de surmonter les difficultés invoquées par ses propres moyens. Il s'agit d'une avancée très significative dans l'assouplissement du contrôle exercé, particulièrement dans le cas de projets complexes comme celui que vous portez dans lesquels le maître d'ouvrage est réputé s'être entouré dès le début de la conception du projet de toutes les compétences nécessaires.

CHAPITRE 22

Les étapes préalables à la passation d'un marché public

153 Qui définit les besoins et met en œuvre les procédures de marché ?

Il appartient à l'acheteur de définir ses besoins. L'identification du niveau d'évaluation relève de l'assemblée délibérante en ce qui concerne les collectivités territoriales.

Au titre des articles L. 2111-1 et R. 2113-1 à 11 du Code de la commande publique, l'acheteur a l'obligation de définir avec précision ses besoins et doit prendre en compte pour déterminer la nature et l'étendue de ses besoins des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

Les modalités de la désignation des personnes chargées de la passation des marchés, leurs compétences ou le régime des délégations de pouvoir ou de signature relèvent de textes organiques ou statutaires ou, en l'absence de tels textes, de l'appréciation de l'acheteur.

Pour les collectivités territoriales, il convient de se référer au Code général des collectivités territoriales (CGCT), qui précise les règles régissant les compétences en la matière des différents organes d'une collectivité.

EXEMPLE

L'article L. 2122-21 du CGCT dispose que la souscription des marchés est l'une des compétences du maire en tant qu'autorité d'exécution des décisions du conseil municipal qui approuve le marché.

Les délégations de fonctions et de signatures ne doivent en aucun cas s'analyser comme des délégations de pouvoirs.

L'exécutif conserve donc les compétences qui lui sont propres et ne les transfère en aucun cas aux titulaires des délégations, celles-ci se faisant « sous sa surveillance et sa responsabilité ». Il peut continuer à exercer les attributions relevant de ces délégations et il reste le premier responsable.

L'article L. 5211-9 du Code général des collectivités territoriales modifié par la loi du 13 août 2004 sur les responsabilités locales permet d'étendre les délégations au-delà du

Directeur général et du directeur général des services techniques ainsi que du directeur général adjoint pour certains établissements publics de coopération intercommunale (EPCI).

Sont désormais également concernés les « responsables de services » pour ces derniers. Le contenu des délégations doit respecter différentes obligations sous peine d'illégalité :
– chaque délégation doit reposer sur un texte (CGCT pour les collectivités locales) ;
– le contenu des délégations doit être précis et explicite ;
– une délégation ne doit jamais être totale ;
– l'acte décidant de la délégation doit être publié.

154 Peut-on obtenir une assistance extérieure et sous quelle forme ?

Les collectivités locales peuvent déléguer la maîtrise d'ouvrage de leurs opérations à un maître d'ouvrage délégué dans des conditions examinées *infra*.

Les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique dans ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont entre autres les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Ce type de convention est désormais soumis à la réglementation des marchés publics depuis l'arrêt du Conseil d'État *UNSPIC* du 5 mars 2003. Une obligation de mise en concurrence s'impose donc pour choisir le prestataire.

Le maître de l'ouvrage ne peut pas se départir de sa mission de programmation et de fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération.

Il peut confier au mandataire tout ou partie des missions suivantes :
– définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
– préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
– approbation des avant-projets et accords sur le projet ;
– préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage et gestion du contrat de travaux ;
– versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ;
– réception de l'ouvrage.

La réglementation des marchés publics s'applique aux marchés conclus en vertu d'un mandat. Le maître d'ouvrage délégué devra donc strictement s'y conformer.

Le mandataire représente en outre le maître de l'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées.

Les clauses obligatoires que doit revêtir la convention de mandat sont précisées à l'article 5 de la loi MOP.

Le maître d'ouvrage peut aussi recourir à une assistance pour mener à bien son projet en recourant à un conducteur d'opération qui lui délivrera une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. Ces contrats sont soumis à la réglementation des marchés publics en ce qui concerne la passation.

La mission de conduite d'opération est exclusive de toute mission de maîtrise d'œuvre.

155 Quelle est la méthode d'évaluation des marchés ?

Une parfaite définition des besoins n'est pas seulement une obligation légale, mais également une condition indispensable pour que l'achat public se fasse dans les meilleures conditions possibles.

Pour déterminer le type de procédure de concurrence applicable il est nécessaire de connaître le montant estimatif des besoins.

Il faut distinguer à ce propos les marchés publics de travaux et les marchés de fournitures ou de services.

Marchés de travaux

Sont prises en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle technique ou économique.

Une opération peut concerner plusieurs ouvrages. C'est ainsi que le Conseil d'État dans un arrêt du 26 septembre 1994 *Préfet d'Eure et Loir* a considéré que la passation de quatre marchés pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune constituait une seule opération.

Une opération peut aussi concerner certains travaux de nature différente réalisés sur un même ouvrage. Dans un arrêt du 8 février 1999 *Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine*, le Conseil d'État a jugé que les travaux d'étanchéité et de peinture effectués par le syndicat relevaient d'une seule et même opération puisqu'ils portaient sur les mêmes ouvrages avec un objet identique : la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau.

Le terme ouvrage est défini par le droit communautaire comme le « résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Marchés de fournitures courantes et services

En ce qui concerne les fournitures et les services il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou de services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre et qu'il lui appartient d'apprécier en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action.

Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité.

Lorsque surviennent des besoins nouveaux, non évalués en toute bonne foi au départ, l'acheteur ne peut passer un nouveau marché dont le montant est apprécié séparément, que si le caractère imprévisible du besoin nouveau est réel.

L'évaluation financière des besoins doit demeurer réaliste et ne doit pas aboutir à fractionner artificiellement une prestation pour échapper aux règles de concurrence.

Lorsque les marchés comportent des lots, pour apprécier les seuils, est retenue la valeur estimée de la totalité des lots.

156 Quels sont les seuils de procédure et de publicité en matière de passation ?

Seuils de procédure

Les procédures de passation de marchés publics varient en fonction de leur **objet :**
– marché de travaux : réalisation d'ouvrages, de travaux du bâtiment et de génie civil (ponts, routes, ports, barrages, infrastructures urbaines, etc.) ;
– marché de fournitures : achat de matériels, de mobilier ou de produits ;
– marché de services : services matériels (comme l'entretien des locaux par exemple) ou immatériels (conseil juridique, projet informatique, etc.).

La procédure change aussi en fonction de la valeur estimée du marché :
– si la valeur estimée du marché est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'organisme public peut recourir à une procédure adaptée dont il détermine librement les modalités. Au-delà, il doit respecter une procédure formalisée.

Pour les marchés d'une valeur inférieure à 40 000 € HT, l'organisme public a pour seules obligations de choisir une offre pertinente, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec un même fournisseur lorsqu'il y a plusieurs offres susceptibles de répondre à son besoin. Ce seuil a été réhaussé à 100 000 € HT pour les

marchés de travaux par la loi ASAP puis prolongé jusqu'au 31 décembre 2024 par le décret du 28 décembre 2022 et de manière pérenne pour les achats innovants.

Enfin, la procédure peut changer en fonction de l'**organisme** concerné : collectivité territoriale, établissement de santé, services de l'État, etc.

Tab. 22.1 Seuils de procédure formalisée applicables au 1er janvier 2022 (montants hors taxes)

Objet du marché	Seuils de procédures formalisées
Fournitures et services	– à partir de 140 000 € pour l'État et ses établissements publics à partir de 215 000 € pour les collectivités territoriales et les établissements publics de santé – à partir de 431 000 € pour un organisme public qui exerce une activité d'opérateur de réseaux (production, transport ou distribution d'électricité, gaz, eau, etc.)
Travaux	à partir de 5 382 000 €

Seuils de publicité

Pour susciter la plus large concurrence, l'organisme public procède à une publicité dans les conditions fixées par la réglementation, selon l'objet du marché, la valeur estimée du besoin et l'organisme concerné.

Le passage d'un seuil fait non seulement évoluer la procédure, mais aussi les modalités de la publicité à donner à l'avis de marché.

La publicité obligatoire peut être réalisée selon différents moyens :
– publication au *BOAMP ;*
– parution dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL) ;
– publication au *Journal officiel de l'Union européenne* (*JOUE*).

Le support de publicité employé permet d'avoir une indication sur le montant du besoin de l'organisme public. Si ce montant est inférieur à 90 000 € HT, l'organisme public publie l'avis de marché uniquement sur son site internet ou dans un journal qui n'a pas le statut de journal d'annonces légales. Une offre d'une valeur supérieure ne pourra pas être acceptée.

Pour les procédures formalisées, les avis de marché sont d'abord publiés au *Journal officiel de l'Union européenn*e et 48 heures plus tard, au niveau national (au *BOAMP*).

Tab. 22.2 Seuils de publicité des marchés de l'État et de ses établissements (Autorités centrales) – Montants hors taxe

	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité au *BOAMP* ou dans un *JAL*	Publicité au *BOAMP* et au *JOUE*
Fournitures et services	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €	de 90 000 € à 139 999,99 €	à partir de 140 000 €
Travaux	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 99 999,99 €	de 100 000 € à 5 381 999,99 €	à partir de 5 382 000 €
Services sociaux et spécifiques	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € à 749 999,99		à partir de 750 000 €

Tab. 22.3 Seuils de publicité des marchés des collectivités territoriales, de leurs établissements et de leurs groupements ainsi que des autres acheteurs (sauf l'État) – Montants hors taxe

	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité au *BOAMP* ou dans un *JAL*	Publicité au *BOAMP* et au *JOUE*
Fournitures et services	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €	de 90 000 € à 214 999,99 €	à partir de 215 000 €
Travaux	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 99 999,99 €	de 100 000 € à 5 381 999,99 €	à partir de 5 382 000 €
Services sociaux et spécifiques	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € à 749 999,99 €		à partir de 750 000 €

Méthode de calcul des seuils

La règle étant que les marchés publics doivent être passés en lots séparés, c'est la valeur estimée de tous les lots qui doit être prise en compte. Cependant, il existe deux dérogations à ce principe qui permettent de passer certains lots en procédure adaptée, même si la valeur globale est supérieure aux seuils de procédure formalisée :
– la valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 € HT pour les fournitures et les services ou à 1 million € HT pour des travaux ;
– le montant cumulé de ces *petits lots* ne dépasse pas 20 % de la valeur de tous les lots.

D'autre part, la pratique dite de *saucissonnage*, qui consiste à passer plusieurs procédures de faible montant les unes après les autres pour rester en deçà des seuils de procédures formalisées, est interdite.

Les seuils ne se calculent pas procédure par procédure. L'acheteur public doit estimer le montant de son besoin sur toute la durée du marché, périodes de reconduction comprises.

L'évaluation des besoins est différente selon la nature du marché :
– pour un marché de travaux, le montant du marché prend en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération (qui peut comporter un ou plusieurs ouvrages) ainsi que la valeur des fournitures et des services nécessaires à leur réalisation et mise à la disposition des entreprises par l'acheteur public ;
– pour les fournitures et services, c'est la valeur totale des fournitures et des services considérés comme *homogènes* qui sont pris en compte, soit parce qu'ils ont une *caractéristique propre* (une paire de ciseaux est une fourniture de bureau pour une administration centrale et un matériel chirurgical pour un hôpital), soit parce qu'ils constituent une *unité fonctionnelle* c'est-à-dire parce qu'ils servent à la même chose (ensemble des prestations nécessaires à un même projet).

Par exemple, un besoin de fournitures de bureau doit être estimé en prenant en compte le coût de toutes les fournitures ; les fournitures de bureau représentant une *catégorie homogène* au sens des marchés publics.

REMARQUE

L'organisme public peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal, dans la presse spécialisée correspondant au secteur économique concerné (informatique, communication, travaux, etc.).

157 Qu'est-ce qu'un groupement de commandes ?

Les articles L. 2113-6 à -8 du Code de la commande publique précisent que des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics.

Un groupement de commandes peut être constitué avec une ou plusieurs personnes morales de droit privé non soumis à l'ordonnance.

La convention de groupement en définit les règles de fonctionnement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres.

Un groupement de commandes peut être constitué avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'autres États membres de l'Union européenne.

158 Qu'est-ce qu'une centrale d'achat ?

Selon les articles L. 2113-1 à -5 du Code de la commande publique une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer des activités d'achat centralisées qui sont l'acquisition de fournitures ou de services destinés à des acheteurs et la passation des marchés publics de travaux de fournitures ou de services destinés à des acheteurs.

CHAPITRE 31

Les obligations de mise en concurrence d'une délégation de service public

217 Quelles sont les grandes étapes de la passation d'un contrat de délégation ?

La procédure d'attribution d'une délégation de service public relève désormais essentiellement des règles d'attribution des concessions que nous avons évoquées au chapitre précédent.

Il reste cependant un certain nombre d'étapes propres aux DSP, étapes qui ont essentiellement trait au fait qu'il ne s'agit pas seulement d'attribuer un contrat mais d'organiser la gestion d'un service public.

La procédure de passation des délégations de service public se déroule en trois phases principales :
1. le choix du principe et de la consistance de la délégation de service public ; la mise en place des organes compétents tout au long de la procédure ; les différents avis obligatoires ; ce sont les étapes préalables ;
2. la publicité et la sélection des candidats puis des offres ;
3. les formalités entourant la signature et la mise en œuvre du contrat.

218 Quelles sont les étapes préalables à la passation ?

Cinq étapes précèdent le lancement de la procédure de publicité dans les collectivités locales. Les étapes préalables sont :
1. la constitution de la commission consultative des services publics locaux[1] ; puis sa consultation obligatoire[2] ;

(1) Si elle n'existe pas déjà ; CGCT, art. L. 1413-1.
(2) CGCT, art. L. 1411-4.

2. la consultation du directeur départemental des services fiscaux sur tout projet de contrat d'une durée supérieure à vingt ans dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets[3] ;
3. la consultation éventuelle du comité technique paritaire ;
4. la délibération de l'assemblée délibérante sur le principe de la délégation[4] ;
5. la constitution de la commission de délégation de service public (si elle n'existe pas déjà).

219 Comment est constituée la commission consultative des services publics locaux ?

Les origines de la commission consultative des services publics locaux (CCSPL)

L'article L. 2143-4 du Code général des collectivités territoriales issu de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 (dite « ATR ») prévoyait à la charge des communes de plus de 3 500 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale comprenant une commune de plus de 3 500 habitants[5] la création d'une commission consultative « compétente pour un ou plusieurs services publics locaux exploités en régie ou dans le cadre d'une convention de gestion déléguée ».

Aucune autre disposition ne venait compléter le dispositif, ni sur la composition de cette commission, ni sur ses compétences.

L'article L. 2143-4 du Code général des collectivités territoriales précisait bien que la commission comprenait parmi ses membres des « représentants d'associations d'usagers du ou des services concernés », mais rien n'était dit sur sa composition complète, sa présidence et surtout les conditions de désignation des associations d'usagers qu'il visait.

Des dispositions identiques s'imposaient aux établissements publics de coopération intercommunale comprenant au moins une commune de 3 500 habitants.

L'article 5 de la loi sur la démocratie de proximité n° 2002-276 du 27 février 2002 abroge les articles L. 2143-4 et L. 5211-49-1 dernier alinéa du Code général des collectivités territoriales, et crée un article L. 1413-1 qui accroît et précise le rôle d'une nouvelle commission consultative des services publics locaux.

Les autorités soumises à l'obligation de création

La création de la commission consultative s'impose aux régions, départements, et communes de plus de 10 000 habitants, aux établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et aux syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants.

(3) CCP, art. L. 3114-8.
(4) CGCT, art. L. 1411-4.
(5) CGCT, art. L. 5211-49-1, dernier al.

Cette commission est compétente pour l'ensemble des services publics confiés à un tiers par convention de délégation de service public.

La création d'une commission consultative des services publics locaux est obligatoire depuis le 28 février 2003.

La composition de la commission

Aux termes de l'article L. 1413-1 du Code général des collectivités territoriales, la commission est présidée par le président de l'assemblée délibérante de la collectivité. Elle est composée, d'une part de membres de l'assemblée délibérante (ou de l'organe délibérant), d'autre part de « représentants des usagers et des habitants intéressés à la vie des services publics locaux » (et non plus, depuis 2022, de représentants d'associations), nommés par l'assemblée délibérante (ou l'organe délibérant).

Le mode de désignation des membres de l'assemblée délibérante doit se faire « dans le respect du principe de la représentation proportionnelle » (alinéa 2).

Une seule commission est compétente pour tous les services publics.

220 Quand et comment consulter la CCSPL ?

La saisine de la CCSPL

Il est souhaitable que la commission soit saisie par une délibération de l'assemblée délibérante, et non par l'exécutif local[6]. Il conviendra donc de soumettre un dossier complet d'abord à l'assemblée délibérante, qui saisira par voie de délibération la CCSPL. Une fois l'avis de la CCSPL recueilli, et après consultation éventuelle du directeur départemental des services fiscaux, l'assemblée délibérante se prononcera sur le principe même de la délégation.

Le rôle de la commission

La commission consultative est obligatoirement consultée sur tout projet de délégation de service public, avant que l'assemblée délibérante ne se prononce dans les conditions prévues par l'article L. 1411-4 du Code général des collectivités territoriales. La CCSPL ne donne qu'un avis, qui ne lie aucunement l'assemblée délibérante. Mais cette consultation constitue une formalité substantielle et l'absence de consultation sera certainement une cause d'annulation de toute délibération qu'elle aurait dû précéder et par voie de conséquence potentiellement du contrat de délégation de service public.

(6) Rép. min. n° 22023, *JO Sénat* Q. 27 avril 2006, p. 1226 (Q 9 mars 2006, M. Bernard Piras).

REMARQUE

Les dispositions légales laissent une très grande liberté aux collectivités locales pour organiser leurs commissions consultatives des services publics locaux. Le « silence » du législateur ne doit pas être un obstacle à la création de la CCSPL.

Il convient de respecter les règles essentielles qui ont été énoncées :
– représentation proportionnelle : les membres issus de l'assemblée délibérante doivent représenter les équilibres politiques de cette assemblée ;
– présence de représentants des usagers et des habitants intéressés à la vie des services publics locaux qui pourront évidemment être choisis parmi les représentants d'associations.

En dehors de ces principes de base, aucune obligation ne s'impose aux collectivités locales, qui ne doivent pas craindre de mal faire. Elles sont libres de conférer à la CCSPL un rôle éminent en y faisant siéger de nombreuses associations, ou bien de la restreindre dans un rôle de « chambre d'enregistrement » des décisions de la collectivité. Cette option relève du pouvoir discrétionnaire de la collectivité.

221 Comment s'effectue la consultation du directeur départemental des finances publiques ?

Le directeur départemental des finances publiques (anciennement le Trésorier payeur général, TPG) doit être consulté avant que la collectivité n'attribue une délégation de service public d'une durée supérieure à vingt ans dans les domaines de la distribution d'eau potable, des ordures ménagères et des autres déchets.

Cette durée ne peut être dépassée qu'après un examen préalable effectué par le DDFip des justificatifs de dépassement de cette durée.

La durée n'est pas limitée. Contrairement à ce qu'il semble au premier abord, il n'existe pas de plafond de durée. Le dépassement du seuil de vingt ans nécessite simplement l'avis précité.

Mais l'avis du DDFip a pris une nouvelle dimension avec la décision du Conseil d'État *Commune d'Olivet* que nous examinerons *infra*.

Deux instructions précisent les conditions et modèles de saisine du directeur départemental des finances publiques dans le cadre de la jurisprudence d'*Olivet*(7).

Cette jurisprudence et ces instructions ont désormais une importance moindre. Le nombre de contrats conclus avant le 3 février 1995 et qui n'auraient pas encore fait l'objet d'une analyse aboutissant soit à la déclaration de leur caducité, soit à leur maintien au-delà du 3 février 2015 est désormais rare.

(7) Instruction n° 10-029-M0 du 7 décembre 2010 « conséquences de l'arrêt Commune d'Olivet » ; instruction du 22 juillet 2014 qui détaille les conditions de demande de l'avis du directeur départemental des finances publiques et fixe des modèles de saisine et de réponse BOFIP-GCP-14-0013 du 18 août 2014.

Concernant la forme et le contenu des avis du DDFip relatifs à l'attribution de nouvelles DSP, deux circulaires font encore autorité :
– la circulaire du 10 mai 1995 relative à l'application de l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (durée des délégations de service public dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets)(8) ;
– la circulaire du 20 novembre 1996 portant complément à la circulaire du 10 mai 1995 relative à l'application de l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

L'impact de l'avis du DDFip

L'avis du directeur départemental des finances publiques ne lie pas la collectivité. Mais il est évident que le juge administratif prendra en considération son avis, même si l'avis de ce dernier est un avis non conforme.

Il est donc risqué de signer une délégation de service public dans le domaine de l'environnement pour une durée supérieure à vingt ans contre l'avis du DDFip.

La procédure

C'est la circulaire du 10 mai 1995 qui fixe les modalités de saisine du directeur.

Le dossier transmis par la collectivité doit comporter au moins :
– le projet de convention ;
– le compte d'exploitation prévisionnel.

Notons que la cour administrative de Marseille a considéré que l'avis du DDFip n'avait pas à être demandé avant la délibération sur le principe de la délégation(9).

Le projet de contrat étant soumis à négociation, la durée prévue dans le document programme soumis à délibération initiale de la collectivité peut être amené à changer.

Cette analyse est cependant discutable et il est évidemment conseillé de s'acquitter de cette formalité avant l'engagement de la procédure si elle apparaît nécessaire *ab initio*.

Il y sera procédé ultérieurement si la durée résulte d'une négociation.

(8) *JO* 12 mai 1995.

(9) CAA Marseille 12 mai 2011, Association fédérale action régionale pour l'environnement (FARE), req. n° 10MA04368.

222 Dans quels cas doit-on consulter le comité social territorial ?

L'article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, désormais abrogé, prévoyait que :
« Les comités techniques paritaires [soient] consultés pour avis sur les questions relatives :
1° À l'organisation des administrations intéressées ;
2° Aux conditions générales de fonctionnement de ces administrations
[…] ».

Ces dispositions imposaient la consultation du comité technique paritaire (CTP) sur tout projet de délégation de service public lorsque l'attribution de cette délégation avait des conséquences sur le statut du personnel.

Le Conseil d'État a d'abord semblé retenir une interprétation extensive de ces dispositions.

Il a considéré, à propos de la délibération d'un conseil municipal décidant de confier la gestion d'un restaurant scolaire à une société, que « cette décision, alors même qu'elle n'aurait modifié ni l'effectif ni le statut du personnel affecté à ce service, concerne l'organisation de ce dernier ainsi que les conditions générales de son fonctionnement ; qu'ainsi […] le comité technique paritaire devait être consulté »(10).

Le Conseil a ensuite précisé que la consultation du comité ne s'impose pas lorsque l'attribution de la délégation n'a pas été précédée par une exploitation en régie.

L'on peut en déduire que la consultation n'est pas non plus obligatoire lorsque l'attribution de la délégation correspond à la création d'un nouveau service public.

JURISPRUDENCE

CE 27 janvier 2011, Commune de Ramatuelle, req. n° 338285

« Considérant, en sixième lieu, qu'aux termes de l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, dans sa rédaction applicable à la date de la décision litigieuse : Les comités techniques paritaires sont consultés pour avis sur les questions relatives : / 1°) à l'organisation des administrations intéressées ; / 2°) aux conditions générales de fonctionnement de ces administrations (…) ; que la décision de la commune de Ramatuelle de déléguer le service public des plages pour la saison estivale de 2003, dès lors que cette collectivité n'avait pas, auparavant, assuré en régie l'exploitation des plages concédées par l'État, n'a affecté ni l'organisation, ni le fonctionnement général de son administration, ; que M. A n'est ainsi pas fondé à soutenir que la délibération attaquée serait illégale au motif tiré de ce que la décision arrêtant le principe d'une subdélégation n'aurait pas été précédée d'une consultation du comité technique paritaire ; »

Cette jurisprudence peut par analogie s'appliquer aux comités sociaux territoriaux qui ont notamment pour mission de connaître des questions relatives à « l'organisation, au fonctionnement des services et aux évolutions des administrations »(11).

En cas de doute, il est évidemment préférable de consulter ce comité.

En tout état de cause, si elle est opérée, cette consultation doit être préalable à la délibération sur le principe de la délégation(12).

(10) CE 11 mars 1998, Commune de Rognes, req. n° 168403.

(11) CGFP, art. L. 253-5.

(12) CE 11 mars 1998, Commune de Rognes, req. n° 168403, précité.

Pratique du droit

Guide de la commande publique

Le choix du contrat de commande publique le plus adapté à une opération constitue la première difficulté rencontrée par celles et ceux qui souhaitent satisfaire leurs besoins en matière de travaux, de services, de prestations intellectuelles, etc.

Cet ouvrage propose, au moyen de 300 questions, de répondre simplement et rapidement aux interrogations des entrepreneurs et personnels des administrations publiques qui traitent des contrats de commande publique.

Tout d'abord, il permet de déterminer quelle formule convient le mieux à chaque type de besoin.

Ensuite, cet ouvrage dissèque les règles de passation et d'exécution des principaux contrats de commande publique : marchés publics, marchés de partenariat, concessions, délégations de service public. Il identifie et explicite les voies de droit ouvertes en cas de conflits : référé précontractuel et contractuel, recours ouverts aux parties et aux tiers…

Enfin, des tableaux récapitulatifs des procédures et de nombreux exemples rassemblent les informations essentielles et illustrent abondamment l'ouvrage.

Philippe Cossalter, agrégé de droit public, professeur à l'Université de la Sarre, Directeur du Centre juridique franco-allemand.

Jacques Fournier de Laurière, ancien élève de L'ENA, Président honoraire à la Cour administrative d'appel de Paris – Chambre des Marchés Publics.

Philippe Mazet, délégué général des Entreprises générales de France du BTP (EGF), ancien élève de l'ENA, maître de conférences de droit public à Sciences Po Paris.

Cet ouvrage est destiné aux responsables de marchés, juristes et entrepreneurs qui souhaitent acquérir rapidement et simplement des connaissances en droit de la commande publique.

ISSN 2267-0149
ISBN 978-2-281-13610-4
9 782281 136104

Editions Le Moniteur