



**PRÉFET  
DE L'ESSONNE**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

**DIRECTION DES RELATIONS AVEC  
LES COLLECTIVITÉS LOCALES**

**Bureau du contrôle de légalité**

Evry-Courcouronnes, le

La Préfète de l'Essonne

26 JUIN 2024

à

-Mesdames et Messieurs les Maires

-Madame et Messieurs les Présidents des  
Établissements Publics de Coopération  
Intercommunale à fiscalité propre

-Monsieur le Président du Conseil  
Départemental de l'Essonne

-Monsieur le Président du Service  
Départemental d'incendie et de secours

***En communication à Messieurs les sous-  
préfets de Palaiseau et d'Étampes***

**Objet :** Principales irrégularités observées au cours de l'année **2023** relatives aux actes reçus au titre du contrôle de légalité

**P.J. :** Annexe 1 : actes relatifs à la fonction publique territoriale

Annexe 2 : actes relatifs aux pouvoirs de police

Annexe 3 : actes relatifs à la commande publique

En vertu des dispositions de l'article 72 de la Constitution, le représentant de l'État dans le département exerce sur les actes des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, le contrôle administratif et la vérification du respect des lois.

Au vu des principales illégalités constatées par mes services et dans l'optique de vous permettre d'assurer la sécurité juridique de vos actes, j'ai souhaité, par cette circulaire, vous apporter en annexe, des éléments juridiques, relatifs à la régularité des actes administratifs en matière de fonction publique territoriale (1), de respect des pouvoirs de police (2) et de commande publique (3).

Mes services restent à votre disposition pour toutes demandes d'informations ou de conseils sur vos procédures.

*Espérant que cette note soit utile  
à vos services.*

La Préfète,

Frédérique CAMILLERI



## ANNEXE 1 : ACTES RELATIFS À LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

### I/ Rappel des mentions obligatoires devant figurer sur les contrats de travail des agents contractuels

A la suite de la publication du décret n° 2022-1153 du 12 août 2022 modifiant les dispositions générales applicables aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, l'article 3 a été modifié quant aux mentions obligatoires devant figurer au contrat. Dorénavant il est indiqué que le contrat doit également préciser l'identité des parties et le ou les lieux d'exercice des fonctions.

Ainsi, l'article 3 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 relatifs aux agents contractuels de la fonction publique territoriale dispose : « *L'agent est recruté par contrat. Le contrat mentionne la disposition législative sur le fondement de laquelle il est établi. Lorsqu'il est conclu sur le fondement des articles L. 332-8, L. 332-23 ou L. 332-24 du code général de la fonction publique, il précise en outre l'alinéa en vertu duquel il est établi.*

*Le contrat précise l'identité des parties, l'adresse de l'agent et de l'employeur, sa date d'effet, sa durée, l'emploi occupé, la catégorie hiérarchique dont l'emploi relève, telle qu'elle est définie à l'article L. 411-2 du même code\*. Il mentionne aussi le ou les lieux d'exercice des fonctions ou, à défaut de lieu fixe ou principal, l'indication selon laquelle les fonctions sont exercées sur plusieurs lieux ainsi que, lorsque les fonctions sont exercées à l'étranger, la mention du ou des États où elles sont assurées.*

*Ce contrat précise également les conditions d'emploi ainsi que les droits et obligations de l'agent. Il mentionne en outre le montant de sa rémunération, en précisant chacun de ses éléments constitutifs, sa périodicité ainsi que ses modalités de versement.*

*Si la collectivité a adopté un document récapitulant l'ensemble des instructions de service opposables aux agents titulaires et contractuels, il est annexé au contrat.*

*Le contrat conclu pour un motif de remplacement momentané d'agent absent, de vacance temporaire d'emploi ou d'accroissement temporaire ou saisonnier d'activités comporte une définition précise du motif de recrutement.*

*Le descriptif précis du poste vacant à pourvoir est annexé au contrat conclu pour assurer la vacance temporaire d'un emploi en application de l'article L. 332-14 du même code.*

*Sont annexés au contrat les certificats de travail délivrés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics dans les conditions prévues à l'article 38 du présent décret.*

\* L'article L.411-2 du CGFP dispose : « Les corps et cadres d'emplois sont répartis en trois catégories désignées dans l'ordre hiérarchique décroissant par les lettres A, B et C. Le statut particulier de chaque corps ou cadre d'emplois fixe son classement dans l'une de ces catégories selon son niveau de recrutement. ». Aussi, les contrats établis doivent mentionner la catégorie hiérarchique dont l'emploi occupé relève ainsi que le cadre d'emploi de référence.

*Pour les emplois mentionnés à l'article L. 343-1 du même code, le contrat est conclu pour une durée maximale de trois ans, renouvelable par périodes d'une durée maximale de trois ans.*

*L'autorité territoriale procède à la communication prévue à l'article 2 du décret n° 2023-845 du 30 août 2023 portant sur la communication aux agents publics des informations et règles essentielles relatives à l'exercice de leurs fonctions. La communication comprend les informations prévues par cet article à l'exception de celles figurant au contrat et est effectuée selon les modalités et les cas prévus aux articles 3 et 4 de ce même décret. ».*

Dès lors, je vous remercie de bien vouloir actualiser les trames de vos contrats afin de veiller au respect de ces obligations.

## **II/ Rappel relatif aux recrutements sur des emplois fonctionnels**

Il existe 2 modalités de recrutement sur emploi fonctionnel :

- le fonctionnaire (catégorie A) détaché sur emploi fonctionnel en application de l'article L. 412-6 du CGFP ;
- le contractuel recruté directement en application des articles L. 343-1 et s. du CGFP.

Les emplois fonctionnels, également appelés emplois de direction, sont des emplois permanents (administratifs ou techniques) créés par l'assemblée délibérante de la collectivité ou de l'établissement.

La création de l'emploi (à temps complet ou temps non complet) est subordonnée au respect des seuils démographiques).

Les conditions de création reposent sur des seuils démographiques déterminés à partir des résultats du recensement de la population (totale) pour les communes.

Ainsi, l'article L. 412-6 du CGFP dispose : « *Les emplois fonctionnels de direction de la fonction publique territoriale sont pourvus par voie de détachement.*

*Cette modalité de nomination s'applique aux emplois fonctionnels suivants :*

- *1° Directeur général des services et, lorsque l'emploi est créé, directeur général adjoint des services des départements et des régions ;*
- *2° Directeur général des services, directeur général adjoint des services des communes de plus de 2 000 habitants ;*
- *3° Directeur général des services techniques ou directeur des services techniques des communes de plus de 10 000 habitants ;*

- 4° Directeur général, directeur général adjoint des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 10 000 habitants ;
- 5° Directeur général des services techniques des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 10 000 habitants ;
- 6° Directeur général, directeur général adjoint d'établissements publics dont la liste est fixée par décret ainsi que directeur général, directeur général adjoint et directeur de délégation du centre national de la fonction publique territoriale
- 7° Directeur général et directeur général adjoint des services de mairie d'arrondissement de Paris, Lyon ou Marseille, sur proposition du maire d'arrondissement ;
- 8° Directeur départemental, directeur départemental adjoint des services d'incendie et de secours.

Dans le respect des dispositions du titre Ier du livre V de la deuxième partie du code général des collectivités territoriales, le maire de la commune nomme les fonctionnaires mentionnés au 7°. ».

Il existe également des restrictions liées au grade des fonctionnaires, à savoir que :

L'article 6 du décret n° 87-1101 du 30 décembre 1987 portant dispositions statutaires particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités territoriales et des établissements publics locaux assimilés dispose : « Parmi les fonctionnaires mentionnés à l'article 4 du présent décret, seuls les administrateurs territoriaux, les conservateurs territoriaux du patrimoine, les conservateurs territoriaux de bibliothèques et les fonctionnaires titulaires d'un emploi ou appartenant à un corps ou à un cadre d'emplois dont l'indice terminal est au moins égal à la hors-échelle B peuvent être détachés dans un emploi de :

1. Directeur général des services d'une commune de plus de 40 000 habitants ;
2. Directeur général adjoint des services d'une commune de plus de 150 000 habitants ;
3. Directeur général des services des départements ;
4. Directeur général adjoint des services des départements ;
5. Directeur général des services des régions ;
6. Directeur général adjoint des services des régions.

Toutefois, les fonctionnaires appartenant au corps des ingénieurs hospitaliers ne peuvent bénéficier de ces dispositions que s'ils sont titulaires au moins du grade d'ingénieur hospitalier en chef de 1<sup>re</sup> catégorie.

En outre, les attachés territoriaux hors classe et les fonctionnaires titulaires d'un grade dont l'indice terminal est au moins égal à l'indice brut 1020 peuvent être détachés dans un emploi de :

1. Directeur général des services d'une commune de 40 000 à 80 000 habitants ;

2. Directeur général adjoint des communes de 150 000 à 400 000 habitants ;
3. Directeur général adjoint des services des départements jusqu'à 900 000 habitants
4. Directeur général adjoint des services des régions jusqu'à 2 000 000 d'habitants. ».

De plus, l'article 7 du décret susvisé dispose : « Seuls les fonctionnaires de catégorie A peuvent être détachés dans un emploi de :

1. Directeur général des services d'une commune de 2 000 à 40 000 habitants ;
2. Directeur général adjoint des services d'une commune de 10 000 à 150 000 habitants. ».

Deux modalités de recrutement sont prévues :

**1) Le recrutement par la voie du détachement :** constitue la procédure de droit commun (article L. 412-6 du CGFP).

Le fonctionnaire peut :

- soit être détaché au sein de la collectivité dont il relève ;
- soit être muté sur un poste correspondant à son grade puis à la même date ou postérieurement être détaché sur l'emploi fonctionnel ;
- soit être uniquement détaché sur l'emploi fonctionnel.

Seuls peuvent être détachés, les fonctionnaires de catégorie A déjà titulaires d'un grade. Certains emplois ne peuvent être occupés que par des fonctionnaires territoriaux remplissant des conditions particulières de grade, d'indice terminal et de strates démographiques.

De même, tous les fonctionnaires n'ont pas vocation à occuper un emploi de direction. Il convient donc de se référer aux statuts particuliers des cadres d'emplois de catégorie A et de les combiner aux seuils démographiques des collectivités concernées.

**2) Le recrutement direct en tant que contractuel :**

La nomination sur emploi de direction par contrat constitue une dérogation au recrutement de fonctionnaires sur emploi permanent.

Il est fait application du décret n° 88-145 du 15 février 1988 à l'instar des contractuels de droit public.

Le seuil démographique de recrutement par contrat a été abaissé de 80 000 à 40 000 habitants depuis le 22 décembre 2019.

Peuvent être pourvus par la voie du recrutement direct les emplois suivants :

1. DGS et, lorsque l'emploi est créé, DGA des services des départements et des régions ou des collectivités exerçant les compétences des départements ou des régions ;

2. DGS, DGA des services et DGST des communes de + de 40 000 habitants et des EPCI à fiscalité propre de + de 40 000 habitants ;

3. DG des établissements publics assimilés à une commune de + de 40 000 habitants : CNFPT, CIG, CDG, syndicats intercommunaux et syndicats mixtes « fermés », CCAS et CIAS, établissements publics territoriaux de la Métropole du Grand Paris et caisse de crédit municipal.

Les agents recrutés contractuellement doivent :

- soit être titulaire d'une licence ou d'un autre titre ou diplôme classé au moins au niveau 6 au sens du répertoire national des certifications professionnelles ou d'une qualification reconnue comme équivalente à l'un de ces titres ou diplômes et justifier d'au moins 3 années d'activités professionnelles les qualifiant particulièrement pour l'exercice de fonctions supérieures de direction, d'encadrement ou d'expertise.
- soit justifier d'au moins 5 années d'activités professionnelles les qualifiant particulièrement pour l'exercice de fonctions supérieures de direction, d'encadrement ou d'expertise et avoir exercé des responsabilités d'un niveau comparable à celles dévolues aux fonctionnaires des corps et cadres d'emplois auxquels ces fonctions sont ouvertes (cf. article 1 bis du décret n° 88-145 du 15 février 1988).



### **I/ Sur l'incompétence du maire dans la prise des actes**

Dans le cadre de ses pouvoirs de police générale, le maire ne peut intervenir, dès lors que la décision relève exclusivement du pouvoir de police spéciale de l'autorité préfectorale dans la matière concernée.

En 2023, les principales observations effectuées l'ont été notamment dans le domaine des fermetures administratives de débits de boissons, dans le cadre de l'urgence sanitaire, ou encore des regroupements de personnes dans l'espace public.

- **Concernant la fermeture administrative d'un débit de boissons :**

L'article L 2212-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que le maire est compétent pour prendre des mesures de police municipale, et que l'article L 2212-2 du même code lui confère : « 2° *Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits, les troubles de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique* ».

Ainsi, le maire peut, en raison de circonstances locales particulières, prendre les dispositions nécessaires et aggraver les termes d'un arrêté préfectoral de police des débits de boissons (par exemple fixer des heures de fermeture moins tardives, interdire la vente de boissons alcooliques pendant certains créneaux horaires ou réduire les dérogations, interdire la consommation d'alcool à certaines heures, etc.). En cas de non-respect de l'arrêté municipal ou préfectoral interdisant la vente d'alcool, le maire peut également dresser une contravention de 4<sup>ème</sup> classe (*article R 3353-5-1 du code de la santé publique*).

En revanche, un maire ne peut pas, dans le cadre de ses pouvoirs de police, prononcer de fermeture administrative d'un établissement de débit de boissons.

En vertu de l'article L 3332-15 du code de la santé publique, la décision de fermeture administrative revient exclusivement à l'autorité préfectorale.

Si la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique prévoit en son article 45, la possibilité de déléguer cette compétence au maire qui en a fait expressément la demande, il convient d'adresser au préalable cette demande par écrit à l'autorité préfectorale, d'en exposer clairement les motifs et de préciser les circonstances locales qui la justifient.

- **Concernant les rassemblements de personnes dans l'espace public :**

Les dispositions du code général des collectivités territoriales, notamment l'article L 2212- 2, autorisent le maire, y compris en période d'état d'urgence sanitaire, à prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté et à la salubrité publiques dans sa commune. Le maire peut, le cas échéant, à ce titre, prendre des dispositions destinées à contribuer à la bonne application, sur le territoire de la commune, des mesures décidées par les autorités compétentes de l'État.

Aux termes de l'article L 3131-15 du code de la santé publique : « I.- Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique : (...) 6° Limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature ».

Or, le décret du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire modifié, prévoyait, notamment en son article 3 – III : « *les rassemblements, réunions ou activités sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public autres que ceux mentionnés au II mettant en présence de manière simultanée plus de six personnes sont interdits* ».

Ainsi, la police spéciale instituée par le législateur pour édicter les mesures visant à mettre fin à une catastrophe sanitaire fait obstacle, pendant la période où elle trouve à s'appliquer, à ce que le maire prenne des mesures, au titre de son pouvoir de police générale, moins restrictives que celles adoptées par les autorités compétentes de l'État.

- Concernant la notion du périmètre et « des abords » :

Afin de clarifier les arrêtés municipaux, il convient de préciser le périmètre, les lieux et rues sur lesquels une mesure de police doit s'appliquer.

La notion d'«abords» est régulièrement employée pour désigner la zone concernée dans les arrêtés municipaux, mais la jurisprudence a déjà pu affirmer que le terme d'« abords » était insuffisamment précis pour déterminer le secteur dans lequel une mesure de police doit s'appliquer (CE - 22 juin 1984, n° 40742).

Il convient donc que les emplacements visés soient toujours précisément définis et délimités, l'interdiction ne devant s'appliquer qu'aux seuls secteurs de la commune où le risque est réel. Je vous invite à annexer, à votre arrêté municipal, un plan des zones concernées par la mesure.

## **II/ Sur la non-conformité des actes à la législation en vigueur**

La rédaction des visas doit rendre compte des textes dont la décision fait application.

Si une erreur de visa n'est pas de nature à justifier l'annulation d'un acte, il convient néanmoins de veiller à ce que les textes visés soient toujours en vigueur : loi, décret, article ou arrêté préfectoral abrogés ou remplacés.

## **III/ Sur les arrêtés permanents**

La jurisprudence administrative a posé en principe qu'une mesure de police n'a pas vocation à s'appliquer de manière permanente sous peine d'être disproportionnée (TA de Versailles, 18 juillet 2019, n° 1706621).

En ne fixant aucune limite temporelle à l'interdiction, l'arrêté confère un caractère permanent à la mesure qu'il édicte, ce qui est illégal.

#### **IV/ Sur les arrêtés d'interdiction de circulation des véhicules de plus de 3,5 tonnes**

En vertu de l'article L 2213-1 du code général des collectivités territoriales : « *Le maire exerce la police de la circulation sur les routes nationales, les routes départementales et l'ensemble des voies publiques ou privées ouvertes à la circulation publique à l'intérieur des agglomérations, sous réserve des pouvoirs dévolus au représentant de l'État dans le département sur les routes à grande circulation (...)* ».

Par ailleurs, en application de l'article R 141-3 du code de la voirie routière : « *Le maire peut interdire d'une manière temporaire ou permanente l'usage de tout ou partie du réseau des voies communales aux catégories de véhicules dont les caractéristiques sont incompatibles avec la constitution de ces voies, et notamment avec la résistance et la largeur de la chaussée ou des ouvrages d'art* ».

Dans un arrêt (CE N°10148 du 5 novembre 1980) de la Fédération nationale des transports routiers et autres (FNTRA), le juge administratif a estimé qu'un arrêté interdisant la circulation de poids lourds sur une route traversant une agglomération n'était pas illégal, dès lors que cet acte prévoyait des itinéraires de délestage.

Ainsi toute décision portant sur une interdiction de circulation des véhicules de plus de 3,5 tonnes doit prévoir, dans son dispositif, un itinéraire de contournement.

#### **V/ Sur la transmission de la totalité des pièces permettant d'apprécier la légalité d'un acte**

Conformément à une jurisprudence constante (CE 13 janvier 1988, Mutuelle Générale des Personnels des collectivités et de leurs Établissements), la transmission d'un acte doit comporter le texte intégral de l'acte et être accompagnée des documents annexes nécessaires pour mettre le représentant de l'État à même d'apprécier la portée et la légalité de cette décision (conventions, avis des domaines, etc....)

#### **VI/ Sur la mise à disposition à titre gratuit de locaux municipaux au profit d'associations**

Conformément aux dispositions des articles L 2122-22 et L 3211-2 du CGCT, l'organe délibérant d'une collectivité ne peut pas confier à l'exécutif la compétence pour conclure, à titre gratuit, les conventions de mise à disposition de biens appartenant à la collectivité.

Ces articles permettent seulement une délégation de la compétence pour conclure des conventions de mise à disposition de biens à titre onéreux (réponse du Ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales publiée au JO Sénat du 10/02/2022).

La transmission d'un acte ou d'une convention doit être accompagnée des Contrats d'Engagement Républicain avec les associations, au vu de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République qui a introduit un article 10-1 dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.



## ANNEXE 3 : ACTES RELATIFS A LA COMMANDE PUBLIQUE

En préambule, et par mesure d'efficacité, je vous remercie de respecter la typologie des actes transmis de façon dématérialisée, notamment pour la commande publique (annexée) qui doit être mise à votre disposition par le prestataire que vous avez retenu pour la dématérialisation de vos actes.

Je vous remercie également de bien vouloir indiquer le nom du marché en objet et pas seulement « acte d'engagement », « autre document » ou sa référence.

Enfin, lorsqu'un agent du bureau du contrôle de légalité vous demande de transmettre des pièces complémentaires par voie dématérialisée (@ctes), merci de mentionner le nom de l'agent dans la rubrique « objet du marché ».

### **I/ Sur la compétence**

#### **1. 1 : quant à l'auteur de l'acte :**

Un acte pris par une personne n'ayant pas reçu de délégation entraîne l'illégalité de l'acte puisque l'exécutif ne peut signer un marché qu'en vertu d'une délibération de l'assemblée délibérante, conformément aux articles L 2122-21-1, L 3221-11-1, L 4231-8-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

De la même manière, le signataire de l'entreprise attributaire doit être autorisé à conclure le marché, faute de quoi l'engagement de l'entreprise n'est pas régulier.

#### **1. 2 : quant à la commission d'appel d'offres (CAO):**

##### **1. 2. 1 : Pour avis/pour décision :**

Conformément à l'article L 1414-2 du CGCT, la CAO a une compétence d'attribution et doit se réunir uniquement pour attribuer les marchés publics passés en procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article L 2124-1 du code de la commande publique (CCP).

Ainsi, les marchés passés en deça des seuils pourront être présentés à la CAO uniquement pour recueillir un avis (et non une décision).

D'autre part, l'article L 1414-4 du CGCT prévoit que « *tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis **pour avis** à la CAO (...). Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres* ».

Pour mémoire, la fiche DAJ, « interventions de la commission d'appel d'offres » point 2-1 mentionne les 12 cas exhaustifs et limitatifs pour lesquels cette dernière n'est pas compétente pour attribuer le marché :

1- ceux attribués sur le fondement d'une relation de quasi-régie (articles L 2511-1 à L 2511-5 du CCP) ;

2- ceux attribués sur le fondement d'une coopération public-public (article L 2511-6 du CCP) ;

3- ceux attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée (articles L 2511-7 et L 2511-8 du CCP) ;

4- ceux attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise (article L 2511-9 du CCP) ;

5- ceux conclus en application de règles internationales dans les conditions des articles L 2512-1 à L 2512-2 du CCP ;

6- ceux liés à la sécurité ou à la protection des intérêts essentiels de l'État dans les conditions de l'article L 2512-3, quand bien même il demeure difficile de déterminer dans quelle hypothèse une collectivité territoriale pourrait être amenée à passer un tel marché public ;

7- ceux entrant dans le champ d'application des articles L 2512-4 à L 2512-5, L 2513-1 à L 2513-5 ou L 2514-1 à L 2514-5 ;

8- ceux passés sans publicité ni mise en concurrence préalables de l'article L 2122-1 dans les conditions des articles R 2122-1 à R 2122-9 ou R 2122-10 à R 2122-11 ou dans les conditions de l'art 1<sup>er</sup> du décret n° 2018-1225 du 24/12/2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique ;

9- ceux passés selon une procédure adaptée, quelle que soit la valeur estimée du besoin auquel ils répondent, en application du 3° (marchés de services sociaux et autres services spécifiques) ou du 4° (marchés publics de services juridiques des avocats) de l'article R 2123-1 ;

10- ceux passés selon une procédure adaptée en application du 2° de l'article R 2123-1 (règle des « petits lots »), à condition que l'acheteur ait décidé de mettre en œuvre une telle procédure adaptée ;

11- ceux qui répondent aux conditions de 1° de l'article R 2123-1, même lorsque l'acheteur a décidé de ne pas recourir à une procédure adaptée mais à l'une des procédures formalisées ;

12- ceux qui correspondent à un besoin qui, globalement, est d'une valeur égale ou supérieure aux seuils européens mais qui font l'objet de différentes procédures qui, prises individuellement, ont un montant estimé inférieur à ces mêmes seuils.

### 1. 2. 2 : la composition de la CAO et son renouvellement

L'article L 1411-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose : « *Les membres titulaires et suppléants de la commission (...) sont élus au scrutin de liste suivant le système de la représentation proportionnelle avec application de la règle du plus fort reste sans panachage ni vote préférentiel.* »

« Le remplacement total de la commission n'est obligatoire que dans le cas où la composition de la CAO ne permet plus de garantir l'expression du pluralisme des élus en son sein », conformément aux prescriptions de l'article L 2121-22 du CGCT.

Un renouvellement partiel, tel qu'il était prévu à l'article 22 de l'ancien code des marchés publics, n'est plus possible aujourd'hui.

Seule une élection complète de la CAO est envisageable si l'expression du pluralisme au sein de la commission n'est plus possible, en faisant notamment monter en titulaires les suppléants de la même liste de la CAO, ou en maintenant la CAO en l'état dès lors que le quorum peut être atteint.

Cette décision relève de la libre administration des collectivités.

A titre subsidiaire, les textes ne prévoient pas de dispositions spécifiques quant au fonctionnement de la CAO. Il appartient donc à chaque collectivité d'en définir les règles dans un règlement intérieur de fonctionnement.

## II/ Sur la publicité

Les acheteurs publics sont tenus de publier un avis de marché dans certaines procédures de passation en vue d'informer les entreprises de leurs besoins et de susciter la concurrence. Les règles de publicité varient selon le montant du marché.

L'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au Journal officiel du 7 décembre 2023 (NOR : ECOM2332367V), fixe les nouveaux seuils de procédure formalisée pour la passation des marchés publics et des contrats de concession conformément aux règlements délégués (UE) 2023/2495, 2023/2496, 2023/2497 et 2023/2510 de la Commission publiés au JOUE du 16 novembre 2023.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024, les seuils de procédure formalisée sont les suivants :

### **Seuils de publicité – Montants hors taxe**

<u>Type de marchés</u>	<u>Publicité non obligatoire</u>	<u>Publicité libre ou adaptée</u>	<u>Publicité obligatoire au BOAMP ou dans un JAL</u>	<u>Publicité obligatoire au BOAMP et au JOUE</u>
<b><u>Fournitures et services</u></b>	En dessous de 40 000 €	De 40 000 € à 89 999,99 €	De 90 000 € à 220 999,99 €	À partir de 221 000 €
<b><u>Travaux (1)</u></b>	En dessous de 40 000 €	De 40 000 € à 99 999,99 €	De 100 000 € à 5 537 999,99 €	À partir de 5 538 000 €
<b><u>Services sociaux et spécifiques (2)</u></b>	En dessous de 40 000 €	De 40 000 € à 749 999,99 €	NON	À partir de 750 000 €

(1) - loi n° 2020-1525 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP) du 7 décembre 2020 - article 6 du décret n° 2022-1638 du 28 décembre 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique prévoit que « jusqu'au 31 décembre 2024 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes » .

(2) les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques passés en procédure adaptée (article R. 2123-1-3° du CCP) font l'objet d'une publicité au JOUE dès lors que leur montant est supérieur ou égal à 750.000 € HT (article R. 2131-15 du CCP), et ce afin de garantir une mise en concurrence transparente ainsi qu'une égalité de traitement des opérateurs économiques.

Dans la transmission des marchés pour contrôle de légalité, la copie de chaque publicité parue, avec le nom du support et la date de parution, doit être jointe aux documents de consultation transmis. L'envoi d'une copie écran de l'avis d'appel à la concurrence ne saurait en aucun cas se substituer à l'avis de publicité, lequel doit comporter les mentions obligatoires.

Il convient donc de respecter, dans le détail, les obligations relatives aux supports et au contenu de la publicité. Toute carence en la matière est susceptible d'entraîner l'annulation du marché.

### **III/ Sur le défaut de motivation en cas de non allotissement**

Conformément aux dispositions des articles L 2113-10 et L 2113-11 du CCP, tous les marchés publics doivent être passés en lots séparés dès lors que leur objet permet l'identification de prestations distinctes. L'article L 2113-11 du CCP précise que lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir un marché, il  **motive**  son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision. Il en résulte que lorsque le pouvoir adjudicateur se borne à invoquer l'une des exceptions à l'obligation d'allotissement prévues par l'article pré-cité, il méconnaît ses obligations.

### **IV/ Sur la signature électronique de l'acte d'engagement**

Selon l'article 1366 du code civil, *« l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »*.

Par conséquent, il convient de transmettre le certificat de signature électronique, au sens de l'arrêté du 12 avril 2018 relatif à la signature électronique dans la commande publique, si l'acte d'engagement est signé électroniquement.

Enfin, je vous rappelle que l'acte d'engagement transmis au contrôle de légalité doit impérativement être signé par les parties.

### **V/ Sur la transmission des marchés publics et leurs avenants**

D'une part, **le seuil de transmission des marchés publics est fixé à 221 000 € HT** depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024. Les modifications (avenants) relatives à des marchés eux-mêmes non

soumis à obligation de transmission ne doivent pas être transmises au titre du contrôle de légalité. Seule la décision comportant tous les éléments relatifs à la modification (objet, montant, pourcentage d'augmentation, ...) est à transmettre.

D'autre part, les marchés (lots, études) se rapportant à une **même opération**, dès lors que celle-ci est d'un montant total supérieur au seuil de transmission fixé à l'article D 2131-5-1 du CGCT, doivent être transmis, quand bien même certains d'entre eux seraient d'un montant individuel inférieur à ce seuil (Réponse du Ministre de l'Économie publiée au JO le 04/05/2010 à la question n° 71562).

## **VI/ Sur la liste des pièces des marchés publics et concessions à transmettre au contrôle de légalité**

Il est constaté que la transmission des pièces d'un marché est souvent incomplète. Il est demandé de veiller scrupuleusement à transmettre l'ensemble des éléments demandés conformément à l'article R 2131-5 du CGCT qui dispose que « *la transmission au préfet ou au sous-préfet des marchés publics des communes et de leurs établissements publics autres que les établissements publics de santé comporte les pièces suivantes :*

- 1° La copie des pièces constitutives du marché public, à l'exception des plans ;*
- 2° La délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché public ;*
- 3° La copie de l'avis d'appel à la concurrence et de l'invitation des candidats sélectionnés ;*
- 4° Le règlement de la consultation, si celui-ci figure parmi les documents de consultation ;*
- 5° Les procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation de l'acheteur prévu par les articles R 2184-1 à R 2184-6 du code de la commande publique ou les informations prévues par les articles R 2184-7 à R 2184-11 de ce même code ;*
- 6° Les renseignements, attestations et déclarations fournis en vertu des articles R 2143-6 à R 2143-12 et R 2143-16 du code de la commande publique ».*

A toutes fins utiles, la liste des pièces à fournir pour la transmission d'un marché public est disponible à l'adresse suivante :

<https://www.essonne.gouv.fr/Actions-de-l-Etat/Collectivites-locales/Commande-publique/Liste-des-pieces-a-fournir-pour-la-transmission-d-un-marche-public>

## **VII/ Points d'attention particulière**

### **7.1 : Indication du montant maximum**

L'article R.2162-4 du CCP, modifié par le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022 qui « *supprime la possibilité de conclure des accords-cadres*

sans maximum » impose à l'acheteur d'indiquer dans l'avis de marché une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir sur le fondement d'un accord-cadre.

#### 7.2 : Le délai de validité des offres

Si le CCP n'impose aucune durée de validité des offres pendant laquelle les candidats ont l'obligation de maintenir leur offre, il convient toutefois de la préciser dans les avis du marché ou les documents de consultation afin de garantir l'égalité de traitement des candidats. Le délai majoritairement retenu est entre 90 et 120 jours.

L'entreprise candidate n'étant liée par son offre que pendant la durée de validité annoncée, il convient de lui demander un maintien de cette durée si la décision d'attribution du marché est postérieure au délai fixé initialement.

#### 7.3 : Le code Common Procurement Vocabulary (CPV)

Obligatoirement renseigné dans les avis de marchés, le code CPV correspond à un intitulé qui permet d'identifier la nature du marché : fournitures, travaux ou services.

De cette identification dépendra la procédure d'achat applicable.

L'attention est donc appelée sur l'importance de renseigner correctement ce code qui permet aux candidats d'identifier la nature du besoin dès la publication de l'avis et d'y répondre.

#### 7.4 : Durée de l'accord cadre (< 4 ans)

Il convient de rappeler qu'aux termes des dispositions de l'article L.2125-1 du Code de la commande publique, « (...) la durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs. Cette durée peut, dans des cas exceptionnels justifiés, être passée pour une durée supérieure, notamment en raison de son objet ou du fait que son exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure (...) ».

Il n'est donc pas régulier de conclure des avenants augmentant la durée des accords-cadres initiaux au-delà de quatre ans.

#### 7.5 : Interdiction de rétroactivité des actes

Il convient de rappeler qu'aux termes des dispositions de l'article L. 2131-1 du CGCT, "*les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département*".

De plus, la jurisprudence administrative consacre le principe de non-rétroactivité des actes administratifs (CE, 25 juin 1948, « Société du journal l'Aurore). Quatre exceptions sont admises à ce principe :

- Lorsque l'effet rétroactif est rendu nécessaire par le vide créé par une décision d'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir.

- Lorsque l'administration procède au retrait d'un acte illégal conformément aux articles L.240-1 et L.243-3 du code des relations entre le public et l'administration.
- Lorsque que la rétroactivité de l'acte est exigée par la situation qu'il a pour objet de régir.
- Lorsqu'un premier règlement prévoit que les règlements qui seront pris pour son application entreront en vigueur le jour de sa propre entrée en vigueur.

Ainsi, les actes administratifs transmis postérieurement à leur date d'exécution sont irréguliers ; tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts peuvent ester en justice afin de contester leur validité (CE, 4 avril 2014 « Département de Tarn-et-Garonne », n° 358994).

