

Contentieux de la commande publique locale

Obligations de publicité

Le non-respect des diverses obligations de publicité préalables à la passation d'un marché public est sanctionné par le juge administratif, qui se prononce également sur le caractère suffisant ou non de ces mesures de publicité.

En effet, le juge peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité, et cela avant même la conclusion du contrat (art. L 551-1 du code de justice administrative). Une publicité insuffisante n'est pas de nature à respecter les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que pour un marché d'un montant prévisionnel de 35 000 €, la publication dans un journal régional, sur le site internet de la région et sur le site internet d'un journal national ne permettait pas d'assurer une publicité suffisante (CE, 7 octobre 2005, région Nord-Pas-de-Calais, n° 78732).

En l'espèce, il s'agissait de la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, opération pour laquelle l'avis d'appel à la concurrence exigeait des candidats des références en matière de conception et de programmation de grands musées, justifiant ainsi la position du Conseil d'Etat d'une publicité plus large que celle réalisée.

Le juge administratif peut donc suspendre ou annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat en cause, sauf s'il estime que les conséquences négatives de ces mesures pouvaient l'emporter sur leurs avantages (art. L 551-2 du CJA).

**Les marchés
publics locaux
sont
régulièrement
source de
contentieux :
non-respect
des règles de
publicité,
erreur dans le
choix de la
procédure...**



Choix de la procédure adéquate

Le choix de la procédure adéquate de mise en concurrence découle essentiellement de l'estimation préalable du montant du marché envisagé.

Or, une mauvaise estimation du montant du marché public envisagé (en général une sous-estimation) peut avoir

pour conséquence la mise en œuvre de règles de passation inadaptées pouvant susciter la censure du juge administratif.

Il est donc essentiel que la collectivité définisse au préalable de manière très précise les besoins qui feront ensuite l'objet d'un marché public (CAA Lyon, 15

décembre 2011, association des contribuables actifs lyonnais, n° 11LY00242 : la communauté urbaine de Lyon ne peut être regardée comme ayant ainsi défini, préalablement à son achat, la nature de ses besoins et la définition de la nature des besoins doit être préalable à l'achat de la prestation).

Changement des critères de sélection

Un manquement à l'obligation de mise en concurrence découle également d'une modification des critères de sélection des candidats durant la procédure de marché public, pratique sanctionnée par le juge administratif.

L'article L 551-1 du code de justice administrative prévoit en effet que le tribunal

administratif est compétent en cas de manquement aux obligations de mise en concurrence, même avant la conclusion du contrat, et qu'il peut suspendre la passation de celui-ci.

A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a ainsi relevé que la société A, dans son appel d'offres initial, proposé aux

entreprises candidates deux solutions techniques différentes, avant de n'examiner que les offres correspondant à l'une de ces solutions ; en agissant ainsi, elle a modifié les critères de sélection après le dépôt de leurs offres par les candidats (CE, 1er avril 2009, société des autoroutes du sud de la France, n° 315586).

Sélection des candidats

La sélection des candidats à un marché public est une étape essentielle.

En la matière, le Conseil d'Etat a ainsi précisé que « la communauté de communes (...) n'a aucunement porté à la connaissance des entreprises candidates les documents ou renseignements au vu desquels elle entendait procéder (...) à la sélection des candidatures ; qu'ainsi, elle n'a pas fourni aux entreprises candidates une information sur les critères de sélection des candidatures appropriée à l'objet, aux caractéristiques et au montant

du marché concerné, de nature à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des

procédures » (CE, 24 février 2010, communauté de communes de l'Enclave des Papes). En conséquence, la procédure de passation du marché correspondant a été annulée.



Négociation

Dans le cas spécifique de marchés négociés, la collectivité doit appliquer pour cette négociation une égalité très stricte entre les postulants, sous la surveillance du juge administratif.

Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, pour permettre

aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

Il est possible de limiter la négociation à certains des candidats qui ont présenté une offre, mais le principe d'égalité de traitement entre les candidats doit être respecté (CE, 18 septembre 2015, société Axxess, n° 380821).

Les dispositions qui

permettent de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de cette offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation (CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n° 344244).

Passation d'avenants

Le pouvoir adjudicateur peut modifier régulièrement en cours d'exécution son contrat initial dans certaines hypothèses énumérées à l'article 140 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Dans tous les cas, les modifications envisagées ne doivent pas altérer la nature globale du contrat (art. 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics).

Le marché public peut notamment être modifié dans les cas suivants :

- lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ;

- lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public. Une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue
- elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial
- elle modifie considérablement l'objet du marché public
- elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire

- lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils publiés au JO (voir tableaux ci-dessous) et à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux, et à 10 % pour les marchés publics de services et de fournitures, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions du caractère substantiel de la modification sont remplies (art. 139, 6° du décret n° 2016-360).

Seuils, procédures et publicité applicables : tableaux récapitulatifs

Marchés et accords-cadres de fournitures et de services

Montant du marché	Publicité	Procédures de passation
- de 25 000 € HT	Dispense de publicité	Marché négocié sans publicité ni mise en concurrence (art. 35 du décret n° 2016-360)
- de 90 000 € HT	Publicité « adaptée » (<i>presse écrite ou internet</i>)	Procédure adaptée (art. 27 du décret)
Entre 90 000 et 221 000 € HT	Avis d'appel public à la concurrence publié dans un JAL ou au BOAMP et sur une plateforme de dématérialisation	
A partir de 221 000 € HT	Avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP et au JOUE et sur une plateforme de dématérialisation	Appel d'offres (art. 67 à 70 du décret) sauf si les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif sont réunies

Marchés et accords-cadres de travaux

Montant du marché	Publicité	Procédures de passation
- de 25 000 € HT	Dispense encadrée de publicité	Marché négocié sans publicité ni mise en concurrence (art. 35 du décret n° 2016-360)
- de 90 000 € HT	Publicité « adaptée » (<i>presse écrite ou Internet</i>)	Procédure adaptée (art. 27 du décret)
Entre 90 000 et 5 548 000 € HT	Avis d'appel public à la concurrence publié dans un JAL ou au BOAMP et sur une plateforme de dématérialisation	
A partir de 5 548 000 € HT	Avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP et au JOUE et sur une plateforme de dématérialisation	Appel d'offres (art. 67 à 70 du décret) sauf si les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif sont réunies

Source : la vie communale et départementale, n° 1075 juin 2018