

## Les règles de compétence en matière de marchés publics

La réglementation relative aux marchés publics fait toujours état de la notion de « *pouvoir adjudicateur* », sans distinguer selon que celui-ci soit l'Etat, une collectivité territoriale...

Pour déterminer les règles de compétences pour les communes, il convient donc de se référer aux dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, plus précisément, ses articles L1222-3 à L1222-7.

Ces règles de compétences sont d'application, sans préjudice de ce que prévoit par ailleurs la loi relative aux marchés publics. Ainsi, si l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 permet de passer les marchés dits « de faible montant » (montant estimé inférieur à 30.000 euros hors TVA) sur simple facture acceptée (c'est d'ailleurs seulement une possibilité, non une obligation), il ne dispense pas les pouvoirs adjudicateurs de respecter leur législation organique propre, en l'occurrence le Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Autrement dit, même s'agissant des marchés de faible montant, les décisions doivent être prises par les organes compétents, le cas échéant en tenant compte des éventuelles délégations consenties conformément au Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

De même, ces règles de compétences sont applicables à tous les marchés publics, y compris ceux exclus du champ d'application de la loi et ses arrêtés d'exécution, notamment certains services (certains services d'avocat, les marchés d'emprunts...), (L. 17.6.2016, art. 28), mais également les marchés passés en vertu de l'exception *in house*, de l'exception de coopération horizontale ou d'un droit exclusif (L. 17.6.2016, art. 29, 30 et 31).

Le décret du 06 octobre 2022 a modifié le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de simplifier les dispositions relatives aux marchés publics et aux concessions de services et de travaux. La présente fiche tient compte des nouveautés apportées par ce décret.

### 1. Le conseil communal

Le conseil choisit la procédure de passation et fixe les conditions des marchés publics (CDLD, art. L1222-3, par. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>).

Il s'agit donc, pour le conseil communal, de décider si tel marché va être passé suivant la procédure ouverte, restreinte... voire, si la situation le permet, par procédure négociée sans publication préalable, par exemple.

On entend généralement par la fixation des conditions du marché l'établissement du cahier des charges, les plans, mais également la détermination des critères de sélection et d'attribution quand ils existent<sup>1</sup>.

Il s'agit là de compétences d'attribution, et encourrait l'annulation une décision du conseil communal qui aurait simplement ratifié le cahier spécial des charges<sup>2</sup>.

Néanmoins, en cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège communal peut toujours, d'initiative, exercer les compétences du conseil communal quant au choix de la

<sup>1</sup> Ces différentes notions seront vues dans des fiches subséquentes.

<sup>2</sup> Cf. C.E., n° 78378 du 27.1.1999.

procédure de passation et la fixation des conditions du marché. Sa décision doit alors être communiquée au conseil communal qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance (CDLD, art. L1222-3, par. 1<sup>er</sup>, al. 2).

En outre, le conseil communal peut déléguer ses compétences au collège communal, au directeur général, au directeur général adjoint ou à un autre fonctionnaire, pour les dépenses relevant du budget ordinaire.

Il peut déléguer ses compétences au collège, au directeur général ou au directeur général adjoint, pour les dépenses relevant du budget extraordinaire (CDLD, art. L1222-3, par. 2 et 3). Néanmoins, le directeur financier en est exclu, en vue d'éviter qu'il soit juge et partie.

Pour les dépenses relevant du budget ordinaire, aucune limite de montant n'est fixée pour la délégation au collège (CDLD, art. L1222-3, par. 2, al. 1<sup>er</sup>). Le seuil financier limitant la délégation de compétences au directeur général et aux autres agents communaux est fixé à comme suit (CDLD, art. L1222-3, par. 3, al. 2) :

- 5.000 euros HTVA dans les communes de moins de 15.000 habitants ;
- 10.000 euros HTVA dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants ;
- 15.000 euros HTVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

Tous les marchés financés à l'ordinaire peuvent donc faire l'objet d'une telle délégation. Cela étant, chaque commune a la possibilité, en toute autonomie, de se saisir pleinement ou non de cette habilitation légale : sans préjudice du seuil imposé par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, le conseil reste libre de modaliser la délégation en l'assortissant de certaines conditions (par exemple : en instaurant un seuil financier, en ne permettant cette délégation que pour certains types de marchés...).

Pour les dépenses relevant du budget extraordinaire, le conseil communal peut également déléguer ses compétences au collège communal pour les marchés publics d'un montant estimé inférieur à (CDLD, art. L1222-3, par. 2, al. 2) :

- 30.000 euros HTVA dans les communes de moins de 15.000 habitants ;
- 60.000 euros HTVA dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants ;
- 120.000 euros HTVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

Une délégation pour des marchés financés à l'extraordinaire peut également être consentie au directeur général ou au directeur général adjoint – et eux seuls – limitée aux marchés publics d'un montant estimé inférieur à (CDLD, art. L1222-3, par. 3, al. 3) :

- 2.500 euros HTVA dans les communes de moins de 15.000 habitants ;
- 5.000 euros HTVA dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants ;
- 7.500 euros HTVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

Comme les délégations à l'ordinaire, les délégations à l'extraordinaire peuvent certainement être modalisées.

Enfin, le paragraphe 4 de l'article L1122-3 du CDLD prévoit que toute délégation octroyée par le conseil communal prend fin de plein droit le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil communal de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée. Autrement dit, les délégations ne peuvent plus valoir pour une durée indéterminée dépassant celle de la mandature.

## 2. Le collège communal

C'est le collège communal qui est compétent pour engager la procédure, attribuer le marché public et assurer le suivi de son exécution, sauf bien sûr dans les cas où c'est le directeur général, voire un autre agent communal, qui a reçu délégation de compétence du conseil communal (CDLD, art. L1222-4, par. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, et par. 2).

Il est généralement admis que fait partie intégrante de cette compétence la décision de renoncer à attribuer le marché.

En effet, en vertu de la réglementation relative aux marchés publics, un pouvoir adjudicateur n'a jamais l'obligation de mener à son terme une procédure de marché public qu'il a lancée (L. 17.6.2016, art. 85).

La réglementation lui permet soit de renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit de recommencer la procédure, le cas échéant, suivant une autre procédure, et ce par une délibération motivée.

Dans l'hypothèse où le collège communal aurait à renoncer à passer un marché, la procédure qui serait recommencée suivant une autre procédure de passation devrait faire l'objet d'une délibération du conseil communal, conformément à l'article L1222-3 du CDLD. En effet, à l'issue d'une renonciation à l'attribution, la procédure prend fin et une nouvelle procédure est relancée.

Dans sa décision préalable de choisir la procédure de passation et d'en fixer les conditions, le conseil communal a généralement réalisé une estimation du marché<sup>3</sup>. Il n'est pas rare que, lorsque le collège doit délibérer sur l'attribution du marché, le montant de l'offre normalement retenue soit supérieur au montant estimé précédemment par le conseil communal.

Dans cette hypothèse, le collège va pouvoir attribuer le marché public si l'estimation réalisée par le conseil communal n'a pas été contraignante, et ce pour autant que les crédits soient inscrits au budget. Si les crédits suffisants ne sont pas inscrits au budget, l'attribution, ou à tout le moins la conclusion, ne pourra avoir lieu qu'après vote d'une modification budgétaire ; si l'estimation lie le collège, il ne pourra attribuer à un montant supérieur à celle-ci.

Il pourrait arriver que le conseil communal ait choisi la procédure négociée sans publication préalable, compte tenu du montant peu élevé du marché à passer, et que lors de l'attribution, le collège en arrive à retenir une offre qui dépasse le montant maximum pour recourir à cette procédure.

Si une telle situation se présente, le collège ne pourra pas attribuer le marché et, s'il devait être décidé de relancer une procédure, il conviendrait au conseil de le faire, par exemple en choisissant une autre procédure de passation.

Et c'est le collège communal qui est également compétent pour apporter toute modification en cours d'exécution du marché, sauf dans les cas où c'est le directeur général, voire un autre agent communal, qui a reçu délégation de compétences du conseil communal (CDLD, art. L1222-4, par. 1<sup>er</sup>, al. 2, et par. 2).

## 3. Les marchés publics conjoints

L'article L1222-6 du le Code de la démocratie locale et de la décentralisation envisage le cas des marchés conjoints et règle les compétences en la matière.

---

<sup>3</sup> Ne fût-ce que pour déterminer, le cas échéant, la procédure applicable (il existe en effet des hypothèses où il peut être recouru à la procédure négociée sans publication préalable pour autant que la dépense à approuver soit inférieure à certains montants).

Il est prévu que c'est le conseil communal qui décide de recourir à un marché public conjoint<sup>4</sup>, qui désigne, le cas échéant, l'adjudicateur qui agira pour le compte des autres adjudicateurs et, le cas échéant, adopte la convention régissant le marché public conjoint.

Pour le reste, qu'il s'agisse de faire face à une urgence impérieuse ou encore de consentir des délégations pour faciliter le recours aux marchés conjoints, ce sont les mêmes règles que celles prévues à l'article L1222-3 du CDLD qui s'appliqueront.

Enfin, l'article L1222-6 précise encore que, le cas échéant, le collège communal (ou, sur délégation, le directeur général ou un agent) de la commune ainsi représentée par un autre adjudicateur pour la passation du marché conjoint prend acte de l'attribution du marché public par l'adjudicateur désigné, le cas échéant (CDLD, art. L1222-6, par. 5)

L'usage des termes « le cas échéant », tant s'agissant des compétences du conseil que du collège, reflète la marge de manœuvre très large dont disposent les pouvoirs adjudicateurs souhaitant s'associer dans le cadre d'un marché public conjoint. En effet, selon le considérant 71 de la directive 2014/24, la passation conjointe de marchés peut prendre différentes formes, depuis la passation coordonnée de marchés, en passant par la préparation de spécifications techniques communes pour des travaux, fournitures ou services qui seront acquis par un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs, chacun d'entre eux menant sa propre procédure de passation, jusqu'aux cas où les pouvoirs adjudicateurs concernés mènent conjointement une procédure de passation, soit en agissant ensemble, soit en confiant à l'un d'entre eux la gestion de la procédure au nom de l'ensemble des pouvoirs adjudicateur.

#### 4. Les centrales d'achat

L'article L1222-7, § 1er du CDLD prévoit que le conseil communal est seul compétent pour adhérer à une centrale d'achat, manifester le cas échéant l'intérêt de la commune, modifier les conditions d'adhésion et résilier l'adhésion.

Sur la notion de « manifestation d'intérêt », les commentaires du décret apportent les explications suivantes : « Elle consiste, le plus généralement, en l'indication par l'adjudicateur bénéficiaire d'une centrale d'achat de son intérêt pour un ou plusieurs accords-cadres à passer par la centrale et en l'estimation de ses besoins futurs quant à ces accords-cadres et aux marchés subséquents y fondés. Cette manifestation d'intérêt peut se réaliser précédemment, concomitamment ou encore postérieurement à l'adhésion (mais avant le lancement du marché) à la centrale d'achat et vise à permettre à celle-ci, pour un ou plusieurs accords-cadres donnés à passer, d'estimer au plus juste les quantités qui pourront faire l'objet des marchés subséquents fondés sur lesdits accords-cadres et par conséquent la valeur de ces accords-cadres ». La manifestation d'intérêt est rendue nécessaire par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne imposant l'insertion d'une clause relative aux quantités/valeurs maximales dans les accords-cadres<sup>5</sup>.

C'est également le conseil qui, ensuite et au cas par cas, définit les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décide de recourir à telle centrale à laquelle la commune a adhéré pour y répondre, par analogie avec sa compétence de principe d'arrêter la procédure de passation et les conditions de chaque marché public. En effet, l'adhésion à la centrale d'achat n'implique pas que la commune qui y a adhéré est tenue de passer automatiquement et obligatoirement par cette centrale d'achat pour les fournitures, services ou travaux concernés. Sauf exclusivité contractuellement prévue, la commune conserve son autonomie et peut, si elle le souhaite, notamment passer des marchés publics par elle-même sans passer par la centrale d'achat ou passer par une autre centrale d'achat à laquelle elle aurait adhéré.

<sup>4</sup> Voy. L.17.6.2016, art. 2, 36°, et 48.

<sup>5</sup> CJUE, 19.12.2018, C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice ; CJUE, 17.6.2021, C-23/20, Simonsen & Weel A/S contre Region Nordjylland og Region Syddanmark

Cela dit, comme en ce qui concerne les marchés publics au sens strict, qu'il s'agisse de faire face à une urgence impérieuse ou encore de consentir des délégations pour faciliter le recours aux centrales, des règles sont prévues. Ainsi, en cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège communal peut d'initiative exercer les compétences du conseil communal d'adhérer à une centrale d'achat, manifester le cas échéant son intérêt, modifier les conditions d'adhésion et résilier l'adhésion, ainsi que de définir les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décider de recourir à la centrale d'achat à laquelle la commune a adhéré pour y répondre. La décision du collège est communiquée au conseil communal qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance (CDLD, art. L1222-7, par.3).

Des facultés de délégation de compétences au profit du collège sont prévues (CDLD, art. L1222-7, par. 4).

Le conseil communal peut déléguer au collège communal ses compétences d'adhérer à une centrale d'achat, manifester le cas échéant son intérêt, modifier les conditions d'adhésion et résilier l'adhésion, ainsi que de définir les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décider de recourir à la centrale d'achat à laquelle la commune a adhéré pour y répondre.

Aucune limite de montant n'est fixée en ce qui concerne les dépenses relevant du budget ordinaire.

Pour les dépenses relevant du budget extraordinaire, aucune limite de montant n'est fixée concernant la délégation des compétences d'adhérer à une centrale d'achat, manifester le cas échéant son intérêt, modifier les conditions d'adhésion et résilier l'adhésion. Par contre, s'agissant des compétences de définir les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décider de recourir à la centrale d'achat à laquelle la commune a adhéré pour y répondre, la délégation au collège est limitée, à l'extraordinaire, aux besoins d'un montant estimé inférieur à :

- 30.000 euros HTVA dans les communes de moins de 15.000 habitants ;
- 60.000 euros HTVA dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants ;
- 120.000 euros HTVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

Des facultés de délégation au profit du directeur général, du directeur général adjoint ou d'un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier, sont également prévues (CDLD, art. L1222-7, par. 5).

Le conseil peut déléguer la compétence de manifestation d'intérêt au directeur général, au directeur général adjoint ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier, sans limite de montant.

Le conseil communal peut déléguer ses compétences de définir les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décider de recourir à la centrale d'achat à laquelle la commune a adhéré pour y répondre pour les dépenses relevant du budget ordinaire au directeur général, au directeur général adjoint ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier, et pour les dépenses relevant du budget extraordinaire au directeur général ou au directeur général adjoint.

Pour les dépenses relevant du budget ordinaire, cette délégation est limitée, au maximum, aux besoins d'un montant estimé inférieur à :

- 5.000 euros HTVA dans les communes de moins de 15.000 habitants ;
- 10.000 euros HTVA dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants ;
- 15.000 euros HTVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

Pour les dépenses relevant du budget extraordinaire, cette délégation est limitée, au maximum, aux besoins d'un montant estimé inférieur à :

- 2.500 euros HTVA dans les communes de moins de 15.000 habitants ;

- 5.000 euros HTVA dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants ;
- 7.500 euros HTVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

Toujours par analogie avec les marchés publics au sens strict, une fois la décision d'adhésion à la centrale prise par le conseil communal, une fois ensuite le choix réalisé par le même conseil de recourir à la centrale pour satisfaire tel besoin de la commune, c'est le collège communal qui est compétent pour passer commande à la centrale ou à l'adjudicataire du marché passé par la centrale, selon le modèle de centrale dont il s'agit, et pour en assurer le suivi, sans préjudice des éventuelles délégations de compétence au directeur général ou à un autre fonctionnaire communal (CDLD, art. L1222-7, par. 7).

Enfin, si le législateur n'a envisagé la question du recours à des centrales d'achat par les villes et communes que sous l'angle de l'adhésion à celles-ci, on rappellera que conformément à l'article L1122-30 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, selon lequel le conseil communal règle tout ce qui est d'intérêt communal, c'est bien le conseil qui est compétent pour ériger la commune en centrale d'achat, déterminer quels pouvoirs adjudicateurs peuvent y adhérer et quelles sont les conditions de cette adhésion et les modalités de fonctionnement de la centrale.