

Contrats et Marchés publics n° 2, Février 2019, étude 1

Commande publique dans les collectivités territoriales : enseignements des rapports d'observations des Chambres régionales et territoriales des comptes

Etude par Hadi HABCHI magistrat financier à la Chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes

[Accès au sommaire](#)

Conformément aux articles L. 211-3 à L. 211-6 du Code des juridictions financières, les Chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC) procèdent régulièrement à l'examen des comptes et de la gestion des collectivités territoriales, de leurs établissements publics locaux, ainsi que des sociétés d'économie mixtes et autres sociétés publiques locales. Ce faisant, elles se penchent sur la régularité des actes de gestion émanant des ordonnateurs et responsables locaux, tout autant que sur l'efficacité de leur gestion au quotidien. Qu'elles mettent en œuvre le service public local en régie, par délégation de service public, selon un autre mode concessif, ou encore par passation de marchés publics, les collectivités territoriales, quant à elles, sont confrontées aux problématiques d'optimisation des achats et au respect des grands principes de la commande publique, issus de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et désormais repris à l'article L. 3 du Code de la commande publique. La présente étude a pour objet de retracer, au travers des rapports d'observations définitives délibérés par les chambres et des synthèses régionales de suivi des recommandations, les différents enjeux qui ressortent des contrôles approfondis de la commande publique et des achats gérés par les collectivités et leurs « satellites ».

1. - À l'instar de la gouvernance, ou encore de la gestion des ressources humaines, la commande publique constitue un champ d'investigation récurrent des contrôles opérés par les Chambres régionales des comptes (CRC), en application des dispositions de l'article L. 211-3 du Code des juridictions financières. Que ce soit dans les domaines du pilotage de la commande publique, de la passation, de l'économie générale des contrats, ou encore dans celui de l'exécution des marchés publics, les constats et observations des juridictions financières en la matière constituent une figure incontournable des contrôles organiques conduits par les magistrats financiers. L'analyse des productions des CRC, sur les deux dernières années de publication 2017 et 2018, laisse apparaître, dans ce cadre particulier, une large prédominance des observations de régularité [Note 1](#) émises par les juridictions financières, centrées sur la passation des marchés et contrats engagée par les collectivités territoriales, et leurs « satellites ». Mais si celle-ci cristallise de nombreuses difficultés dans la conduite de l'achat public, d'autres points d'achoppement existent, de sorte que les observations de performance ne sont pas, non plus, en reste. Seront ainsi successivement abordés le pilotage global de la commande publique, la question de la régularité des procédures de passation, l'économie générale des contrats, l'exécution des marchés publics, ainsi que la problématique, sensible, de la probité des gestionnaires et ordonnateurs locaux. Ce faisant, il sera intéressant d'examiner, plus de trois ans après l'adoption de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, les effets du suivi des recommandations émises par les CRC en ces matières.

1. Un pilotage de la commande publique « à plusieurs vitesses »

2. - Dans son rapport public annuel paru en février 2018 [Note 2](#), la Cour des comptes relève, s'agissant des 1 703 recommandations émises par les Chambres régionales des comptes [Note 3](#), qu'environ 25 % de celles-ci porte sur la fiabilité des comptes, 24 % sur la gouvernance et l'organisation de la collectivité, et enfin, 19,5 % sur la gestion des ressources humaines. Si la majorité des remarques produites dans les rapports d'observations définitives (ROD) des juridictions financières concernent, globalement, ces trois grands secteurs, la thématique de l'achat public représente tout de même 6 % des recommandations des CRC. Ce faible taux ne reflète pas tout à fait, selon nous, l'importance des enjeux qui sous-tendent la mise en œuvre d'une commande publique maîtrisée au sein des collectivités territoriales. Certes, ce taux relativement bas de recommandations, s'explique sans doute par le fait que la maîtrise globale des processus de commande publique, notamment chez les « grands comptes » que forment les collectivités territoriales les plus importantes, apparaît désormais acquise. Mais il n'en demeure pas moins que la commande publique fait, encore à ce jour, l'objet de nombreux développements dans les rapports définitifs, notamment de collectivités de taille moyenne ou modeste, lesquels, rappelons-le, donnent lieu –le cas échéant– à des saisines ou transmissions pénales au procureur de la République, en cas d'atteinte à la probité ou de soupçon de délit de favoritisme.

3. - Sans aller jusqu'à ce type de situations, délicates, les chambres sont tout d'abord conduites à **déplorer l'insuffisance, voire l'absence de pilotage de l'achat public** au sein des services. La fonction « commande publique et achats » n'est pas réellement formalisée au sein de l'établissement ou de la collectivité. Il en est ainsi d'une commune de taille modeste [Note 4](#), dans le département

d'Ille-et-Vilaine. Il en est de même pour la commune de Saillans [Note 5](#), dans la Drôme, au sein de laquelle « aucun agent n'est identifié dans l'organigramme pour la fonction achats ».

4. - Lorsque le service en charge des marchés existe, sa gestion s'avère alors lacunaire ou sous-calibrée [Note 6](#) ; il est identifié un manque de centralisation de la commande publique, ou un manque de cohérence dans sa gestion [Note 7](#). Cette centralisation pourrait pourtant permettre une meilleure définition des besoins de la structure le plus en amont possible, un renforcement de la sécurité juridique des procédures, et une optimisation des coûts par d'éventuelles économies d'échelle. L'organisation de la commande publique s'avère fragmentée et nuit à l'utilisation cohérente des deniers publics, notamment communaux ou intercommunaux.

5. - Ce défaut de pilotage ou de structuration révèle, en deuxième lieu, une **insuffisance de définition des besoins mêmes de la collectivité** en matière d'achats, ainsi que le déplore régulièrement, par exemple, la juridiction marseillaise [Note 8](#). La chambre auverhône-alpine le souligne à son tour [Note 9](#). Rappelons à cet égard que l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, intégré à présent à l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique, prévoit explicitement que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Il n'est pourtant pas rare que les magistrats financiers soient confrontés, lors de leurs contrôles sur place notamment, à une absence totale de définition des besoins, tout comme celle d'une nomenclature des achats [Note 10](#). Cette nomenclature [Note 11](#) tend, pourtant, à favoriser la résorption des achats et des dépenses « hors marchés », parfois très significatives, comme le note la CRC Île-de-France lors du contrôle de la commune du Kremlin-Bicêtre [Note 12](#).

6. - Il en est de même pour des collectivités de taille relativement importante [Note 13](#), qui n'ont pas davantage mis en place de règlement ou de guide des procédures internes [Note 14](#), laissant à l'hétérogénéité des pratiques des services guider la commande publique, sans cohérence d'intervention, ni respect des règles élémentaires de computation des seuils [Note 15](#). Les chambres dénoncent parfois le caractère obsolète des guides internes, lorsqu'ils existent [Note 16](#). Certaines collectivités, certes minoritaires, refusent même de mettre en œuvre ces processus propres à améliorer la transparence et le pilotage des marchés. La Cour a-t-elle noté des refus de mise en conformité, graves : la commune de Sainte-Suzanne (La Réunion) [Note 17](#) a, dans ce contexte, refusé, au motif d'une lourdeur administrative, de mettre en place un règlement de la commande publique prévoyant des procédures visant à améliorer la concurrence des prestataires de fournitures au sein des services. Ces refus, assez rares, traduisent une opacité dans la gestion de la commande publique, tout autant qu'une stratégie de contournement de la part des exécutifs, susceptibles de faire courir (ou faire présumer) un risque de conflits d'intérêts au sein de la collectivité.

7. - Le défaut de pilotage révèle parfois, en outre, une carence dans la gouvernance institutionnelle. Car si la fonction « achats » est inexistante au sein des services, cette lacune a, dans un nombre important de situations, des effets considérables sur le fonctionnement légal de l'assemblée locale. Ainsi la CRC Auvergne-Rhône-Alpes indique qu'en matière de commande publique, « quand un maire agit par délégation de son conseil municipal, il est tenu d'en rendre régulièrement compte devant son assemblée délibérante. Cette règle parfois méconnue, s'applique lorsque l'ordonnateur procède à des achats de fournitures et de prestations, ou fait réaliser des travaux dont les montants se situent en-dessous des seuils de l'appel d'offres ». Et de constater l'absence de rendu-compte régulier, trimestriel ou semestriel du maire, dans une commune de taille moyenne de l'agglomération lyonnaise [Note 18](#).

8. - Enfin, le défaut de pilotage, voire d'expertise dans le champ des marchés publics, peut simplement conduire le pouvoir adjudicateur à s'exonérer de toute procédure de marchés publics, en échappant au champ d'application de la loi. Il en est ainsi d'une commune qui a conclu plusieurs conventions d'optimisation fiscale, ou d'optimisation de la gestion du patrimoine, lesquelles doivent être regardées comme des prestations de service rendues à titre onéreux, sans qu'ait été organisée une quelconque procédure de marché public [Note 19](#). À l'inverse, une commune ayant repris en main le pilotage de sa commande publique, assorti d'un dispositif de gestion optimisée des achats, d'une nomenclature structurée, et d'un contrôle interne reposant sur une démarche de maîtrise des risques, mérite d'être soulignée [Note 20](#).

2. Des procédures souvent irrégulières au stade de la passation des marchés

9. - La question de la **computation des seuils** arrive souvent en tête des observations des juridictions financières. D'une manière générale, celles-ci constatent, tout d'abord, que de nombreuses collectivités procèdent en apparence régulièrement à l'achat de prestations ou de fournitures dont les montants hors marché ne sont individuellement pas très élevés, mais dont le montant total, une fois les prestations cumulées, représente pourtant une part non négligeable de la totalité des achats. Et ce alors même qu'il s'agit d'achats courants, qui plus est récurrents et prévisibles et, pour une large part d'entre eux, susceptibles d'être rattachés aux marchés de fournitures et de services habituels tels que les marchés de fournitures de bureau, les marchés alimentaires pour les cantines ou les crèches, ou encore ceux liés à l'équipement ou à la maintenance des services techniques municipaux. L'on peut voir plusieurs rapports relatant ces irrégularités, dans *CRC Île-de-France, commune du Kremlin-Bicêtre, 31 mars 2017*, ou dans *CRC ARA, département de la Drôme, 3 août 2017*, s'agissant de fournitures de granulats, d'habillement, de produits chimiques, ou encore des services de maintenance des parcs et jardins. Il

en est de même dans le champ de la communication et des services [Note 21](#) . Il est à nouveau rappelé, à ce stade, selon la jurisprudence constante [Note 22](#) que les acheteurs publics ne peuvent pas découper le montant de leurs marchés, dans le seul but de bénéficier de l'allègement des obligations de publicité et de mise en concurrence, aux dépens de la sécurité juridique des contrats conclus. Ainsi, des prestations ou fournitures homogènes, achetées par l'établissement ou la collectivité, doivent être comptabilisées ensemble pour le calcul des seuils réglementaires, en vertu des dispositions de l'article 20 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics [Note 23](#) . Le nouvel article R. 2121-4 du Code de la commande publique ne dit pas autre chose.

10. - Cette non-maîtrise des achats, qui résulte d'un morcellement outrancier de la commande publique, masque à la vérité la problématique de la **définition-même du marché** passé par le pouvoir adjudicateur, laquelle appelle de multiples observations de régularité : bien entendu, ce dernier doit, autant que possible, procéder par allotissement, dès lors que l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, repris explicitement aux articles L. 2113-10 et L. 2113-11 du Code de la commande publique, organise la passation de marchés, en lots séparés, afin de susciter la plus large concurrence, à moins que l'objet du marché ne permette pas l'identification de prestations distinctes. Ainsi, la chambre la Réunion/Mayotte a-t-elle relevé, dans un ROD particulièrement circonstancié qu'un EPCI n'avait pas respecté cette règle d'allotissement, à l'occasion de la passation d'un marché de collecte de déchets ménagers résiduels (avec lots géographiques), incluant des prestations occasionnelles de ramassage d'équipements électriques et électroniques, et de collecte de déchets ménagers à l'occasion de manifestations culturelles ou commerciales. La chambre observe que ces prestations occasionnelles se distinguaient suffisamment de l'objet principal du marché de collecte de déchets résiduels courants, tant dans leur contenu que dans leurs modalités d'exécution, pour faire l'objet d'un ou de deux lots particuliers [Note 24](#) . Il n'est pas inutile de rappeler que l'allotissement, érigé en « quasi-principe » général de la commande publique, suscite encore aujourd'hui des contentieux importants au stade du référé pré-contractuel : l'on peut voir sur ce point un arrêt récent du Conseil d'État (*CE, 25 mai 2018, n° 417428, OPH Hauts-de-Seine Habitat : JurisData n° 2018-008657 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 156*).

11. - Par ailleurs, la **non-conformité des critères de sélection des offres**, ou à tout le moins la méthode de notation des candidats, constitue un point d'attention des chambres. Il est assez fréquent que le pouvoir adjudicateur surajoute, lors de la notation des offres, un ou plusieurs critères qui n'étaient pas annoncés dans le règlement de consultation : ainsi la commune d'Alfortville dans le Val-de-Marne a-t-elle été rappelée à l'ordre sur ce point, dès lors qu'elle avait introduit une grille de notation incluant des points supplémentaires à certains candidats, sur la base d'une « plus-value particulière » de ces derniers, alors que cette notion ne pouvait être regardée comme un critère régulier. Au demeurant, cette « plus-value particulière » ne représentait pas un élément figurant dans les documents de la consultation. La chambre en a déduit une atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures [Note 25](#) . Il en est de même pour les méthodes d'évaluation des offres basées sur « des avantages particuliers », qui ne figurent pas dans le règlement de consultation et dont l'existence n'est pas, au surplus, directement corrélée à la satisfaction du besoin de la collectivité concernée [Note 26](#) . L'on peut également trouver des cas fréquents de surpondération – artificielle – du critère prix, au mépris du critère lié à la valeur technique, souvent neutralisé, ou encore des situations de prise en compte formelle de critères de développement durable, non suivis d'effet, ou bien l'utilisation de critères stéréotypés, non adaptés à l'objet du ou des marchés projetés [Note 27](#) . À l'inverse, la chambre d'Occitanie relève dans son ROD du 31 janvier 2017 la bonne tenue des documents relatifs aux analyses des offres reçues et aux méthodes retenues par le département des Hautes-Pyrénées, qu'elle qualifie de « précises, complètes et de qualité » [Note 28](#) .

12. - En outre, le **manque de mise en concurrence, voire l'absence totale de devis** auprès de prestataires ou de fournisseurs, en particulier dans les marchés à procédure adaptée, sont constamment pointés, et ce alors que l'article 1er de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 – article L. 3 du Code de la commande publique désormais en vigueur – dispose explicitement que la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats demeurent deux principes forts qui doivent, logiquement, conduire la collectivité à solliciter un ou plusieurs devis, et ce dès le premier euro dépensé. La mise en concurrence, analysée lors de contrôles sur place, est difficilement traçable, notamment dans les collectivités de taille moyenne, dont le formalisme fait défaut. L'on peut lire sur ce plan les développements pédagogiques de la *CRC PACA, commune de Saint-Tropez, du 2 novembre 2017*, ou encore ceux de la même chambre sur la gestion de la *communauté d'agglomération Var Estérel Méditerranée (CAVEM) du 27 décembre 2016*. Il en est de même dans le rapport de *CRC ARA, commune de Saillans, du 1er août 2018*.

13. - Enfin, l'absence, par les services en charge de l'instruction, de **contrôle des offres anormalement basses** demeure patent [Note 29](#) . Or est-il besoin de souligner, ici, que le fait de retenir des offres fondées sur des prix très sensiblement inférieurs à ceux proposés par les autres entreprises concurrentes a pour conséquence la réalisation de prestations de qualité moindre, voire de piètre valeur, et masque, la plupart du temps, un non-respect des règles de sécurité, ou encore l'emploi dissimulé de main d'œuvre, notamment étrangère. Bien plus, les juridictions soulignent, à maintes reprises, la situation irrégulière, dans laquelle le pouvoir adjudicateur s'est placé en sélectionnant, à l'issue de la mise en concurrence, une offre déterminée, alors qu'elle n'aurait pas dû être retenue, et partant, rejetée, du fait du non-respect des exigences formulées [Note 30](#) .

3. Des contrats à l'économie générale peu profitable aux collectivités commanditaires

14. - Plusieurs chambres ont mis en exergue, dès le stade de la passation, le **surcoût résultant de la sélection de telle ou telle offre**, générant un préjudice pour les finances locales, alors que, dans certains cas, les procédures de sélection gagnaient à être déclarées sans

suite, ou auraient pu être considérées comme infructueuses. On peut noter, sur ce point, le cas du marché de collecte des déchets ménagers de la communauté d'agglomération du sud (La Réunion) dans le rapport éponyme de la *CRC La Réunion/Mayotte du 22 novembre 2016*.

15. - Sur un autre registre, le **recours à la négociation** auprès des candidats potentiels constitue un gage d'optimisation de la dépense publique ; mais encore faut-il que la négociation soit effective, traçable et annoncée à l'avance, au risque de susciter un contentieux chez les candidats évincés. Or, de nombreuses juridictions ont fait le constat d'irrégularités sur la technique de négociation, y compris en procédure adaptée. À cet égard, il est jurisprudence [Note 31](#) aussi constante qu'assurée que si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure, et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure. La Haute Juridiction juge en outre que le commanditaire peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats. Cette jurisprudence a été intégrée par le pouvoir réglementaire dans l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Cette approche a également été mise en exergue par la Direction des affaires juridiques (DAJ) dans son recueil de fiches techniques [Note 32](#), elle est également reprise à l'article R. 2123-5 du Code de la commande publique. La DAJ précise que : « 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, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. L'acheteur peut, sous certaines conditions, décider, au vu des offres remises, de ne pas négocier et d'attribuer le marché sur la base des offres initiales. Ainsi, trois cas de figure peuvent se présenter : soit l'acheteur a annoncé sa décision de recourir à la négociation sans réserve. Dans ce cas, il est tenu de négocier ; soit il ne l'a pas prévu et il ne peut alors pas négocier ; soit, enfin, il a annoncé sa décision de recourir à la négociation en se réservant toutefois la possibilité d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation. Dans ce cas, s'il considère qu'il peut, au vu des offres remises, attribuer le marché, il n'est pas tenu de négocier ». En outre, la DAJ indique dans la fiche technique intitulée « *les MAPA et autres marchés publics de faible montant* » [Note 33](#) qu'en cas de négociation, celle-ci devra être menée méthodiquement, afin de garantir l'égalité de traitement et assurer la transparence de la procédure. La traçabilité de la négociation avec chacun des candidats apparaît, dès lors, importante. Or, plusieurs collectivités ou EPCI n'ont pas été en mesure de justifier auprès des Chambres régionales des comptes de la traçabilité de la négociation menée avec la ou les sociétés titulaires. Dès lors, les juridictions invitent les organismes contrôlés à la plus grande vigilance dans l'élaboration des modalités techniques de passation de l'ensemble des marchés de services ou de fournitures les concernant. Au demeurant, l'absence de traçabilité de la négociation menée dissimule, parfois, une non-maîtrise des coûts, *a posteriori*, peu profitable à la collectivité commanditaire.

16. - Sur le champ des délégations de service public, il est récurrent que les Chambres régionales des comptes formulent des observations sur la qualification juridique de DSP ou de marché public de services. Ainsi d'une chambre, qui, classiquement, en raison de l'absence de risque supporté par le délégataire, relève que « la délégation relative à la gestion de la fourrière municipale présente davantage les caractéristiques d'un marché public de prestations de service que celles d'une délégation de service public » [Note 34](#). À l'inverse, certaines chambres n'hésitent pas à mettre en évidence le caractère régulier de la délégation de service public consentie, comportant –logiquement– une prise certaine de risques pour le délégataire [Note 35](#).

17. - En outre, lorsque délégation de service public il y a, les éléments financiers fondant l'économie générale de la concession font parfois défaut. Il en est ainsi de la chambre bretonne qui fait le constat que le versement, à un délégataire, de la subvention d'exploitation pour sujétions de service public par une communauté de communes, n'avait pas été revu à la baisse durant la période prolongée de délégation, alors même que les comptes financiers du délégataire faisaient apparaître une baisse significative des charges d'exploitation de ce dernier après 2011, en raison notamment de la diminution des charges d'amortissement des biens concédés [Note 36](#).

4. Un manque de maîtrise des coûts dans l'exécution des marchés

18. - La mauvaise estimation des quantités inscrites dans les documents de marché, conduisant le pouvoir adjudicateur à contracter plusieurs avenants pour compléter les besoins de la collectivité, constitue une première pierre d'achoppement dans l'exécution des marchés. On peut en voir une première illustration dans le rapport précité de la *CRC PACA, sur la CAVEM*. Elle expose la collectivité à la conclusion d'avenants irréguliers, dès lors que ces derniers viennent bouleverser l'économie générale du contrat initial. La chambre sudiste, dans cette même affaire, a pointé une augmentation de près de 33 % [Note 37](#) du montant initial de marché de travaux contracté par la CAVEM, ce qui dépasse les canons de la jurisprudence administrative en la matière. Comme l'écrit la chambre de Marseille dans ce rapport, cette tendance montre « une mauvaise évaluation des besoins, générant un avantage pour les sociétés fréquemment retenues, qui connaissent la capacité du pouvoir adjudicateur à modifier les conditions initiales du marché ». Et de rajouter « qu'à l'inverse, pour les autres entreprises concurrentes, cette situation induit des incertitudes peu propices au dépôt d'une offre ». Une modification de près de 24% de l'économie générale du marché initial (concours pour la construction d'une médiathèque) n'est pas davantage régulière : l'on peut voir, en ce sens, le rapport circonstancié de la *CRC ARA, commune de Rives, du 12 janvier 2017*.

19. - En outre, le début trop tardif des opérations de travaux, en raison de reports incessants liés à une maîtrise d'œuvre parfois défaillante, ou des aléas techniques pourtant susceptibles d'être anticipés ou à tout le moins identifiés [Note 38](#), engendre une dérive assez fréquente des coûts, dénoncée par les juridictions financières. Par ailleurs, une mauvaise maîtrise du pilotage d'un chantier de travaux

constitue un élément de risque important de dérive des coûts totaux de l'opération projetée. L'on peut voir sur ce dernier point, dans un tout autre champ d'application, le rapport de la *CRC Centre-Val de Loire, centre hospitalier de Montoire-sur-le-Loir, du 11 octobre 2018*. Au point, parfois, que la collectivité renonce partiellement au montage de l'opération hâtivement programmée, ou au concours projeté [Note 39](#).

20. - À l'inverse, la juridiction financière a pu faire le constat d'une maîtrise suffisante des procédures d'exécution et des coûts des achats, à propos d'une communauté d'agglomération située en Alsace [Note 40](#).

5. Prévention des conflits d'intérêts et atteinte à la probité

21. - La probité, et partant, la prévention des conflits d'intérêts, demeurent au cœur des recommandations émises par les juridictions financières dans le secteur de la commande publique. Elle justifierait, à elle seule, une étude plus vaste. Rappelons, tout d'abord, que l'article 107 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, dite « NOTRe », a renforcé les modalités de suivi des observations et recommandations émises par les juridictions financières, en introduisant un article L. 243-9 dans le Code des juridictions financières, lequel s'impose aux seules collectivités territoriales de plein exercice, et aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre. Cet article prévoit que « dans un délai d'un an à compter de la présentation du rapport d'observations définitives à l'assemblée délibérante, l'ordonnateur (...) présente, dans un rapport devant cette même assemblée, les actions qu'il a entreprises à la suite des observations de la Chambre régionale des comptes. Ce rapport est communiqué à la Chambre régionale des comptes, qui fait une synthèse annuelle des rapports qui lui sont communiqués (...) ». Cette disposition vise, avant tout, à assurer un suivi rapproché des mesures concrètes décidées par l'Exécutif pour remédier aux problèmes ou carences analysés par les magistrats financiers au cours de l'examen des comptes et de la gestion de la collectivité. Elle favorise également la traçabilité des « preuves » dont peut se prévaloir l'ordonnateur pour démontrer l'effectivité de la mise en œuvre opérationnelle des préconisations consignées dans les travaux de la juridiction. Dans ce contexte, le périmètre du suivi des recommandations, tel que résultant des dernières synthèses régionales de CRC, transmises à la Cour au cours du dernier trimestre 2018, repose sur la production des ROD notifiés aux collectivités territoriales et aux EPCI entre le 1er septembre 2016 et le 30 septembre 2017, ayant donné lieu un an plus tard, conséquemment, à des rapports de suivi de mise en œuvre rédigés par les ordonnateurs, des actions entreprises à la suite des recommandations, et présentés aux assemblées délibérantes, pour la période du 1er septembre 2017 au 30 septembre 2018. Comme l'indique la Cour dans sa synthèse nationale de février 2018, pour la précédente campagne, si dans l'ensemble les organismes concernés ont bien respecté leur obligation de rendre compte, dans le délai d'un an, des mesures entreprises pour assurer l'effectivité opérationnelle découlant des travaux des juridictions financières, « il n'en demeure pas moins que la loi ne fait peser aucune contrainte sur l'ordonnateur quant à la justification des actions entreprises et qu'aucune sanction n'est prévue pour celui qui n'aurait pas réservé de suites aux recommandations ». En outre, la circonstance que le président de la CRC présente chaque année la synthèse du suivi régional des recommandations devant la conférence territoriale de l'action publique, laquelle réunit notamment plusieurs élus territoriaux, **n'est pas de nature à atténuer le caractère non contraignant des effets de l'article L. 243-9 du Code des juridictions financières**, même si cette présentation peut mettre en lumière, il est vrai, plusieurs dysfonctionnements dans telle ou telle collectivité territoriale. Quoi qu'il en soit, les recommandations émises par les juridictions financières dans les champs de la probité et de la transparence trouvent, souvent aujourd'hui, une application opérationnelle dans le secteur des contrats et marchés.

22. - Ainsi, dans son rapport de contrôle sur la *communauté d'agglomération Var Estérel Méditerranée du 27 novembre 2016*, la CRC PACA a été conduite à recommander à l'EPCI de « s'assurer que les personnes physiques ou morales ayant un intérêt quelconque avec les entreprises candidatant à un marché ne participent pas à la procédure de sélection des offres ». Cette recommandation fait suite, d'une part, à l'analyse de plusieurs marchés attribués quasiment pour la plupart d'entre eux, à plusieurs entreprises locales de l'est varois. La volonté, parfois ouvertement affichée par l'ordonnateur, de ne pas diversifier les prestataires ou fournisseurs de la collectivité ou de l'EPCI, représente, à la vérité, un élément susceptible d'entraver la liberté d'accès à la commande publique, et partant, de favoriser d'éventuels conflits d'intérêts. Cette recommandation est, d'autre part, formulée en suite du constat de l'intervention dans la procédure de passation, d'un fonctionnaire parent éloigné du gérant d'une entreprise couramment retenue par cet EPCI, ce qui est contraire, en premier lieu, aux dispositions de l'article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée ; en second lieu, cette intervention, en particulier au sein de la commission d'ouverture, ou d'attribution des offres, fait naître un doute, en tout état de cause, en application de la « théorie des apparences », sur la bonne évaluation des offres présentées, et sur celles finalement retenues par le pouvoir adjudicateur. Bien plus, la chambre marseillaise relève que l'ordonnateur a été identifié, en l'espèce, comme l'assureur de certaines entreprises locales retenues par la collectivité commanditaire [Note 41](#).

23. - De manière connexe, il n'est pas admis qu'un conseiller départemental, également maire d'une commune, siège à la CAO d'un département ayant lancé un appel d'offres de déneigement de la voirie, pour lequel cette même commune a candidaté, et partant, a été sélectionnée [Note 42](#). Dans la même veine, il n'est pas davantage autorisé qu'un cadre de direction d'une communauté d'agglomération, en charge des services juridiques et financiers, soit également associé au sein d'une société privée de conseil en gestion, laquelle est intervenue comme prestataire de la communauté d'agglomération [Note 43](#).

24. - Face à ces situations pénalement qualifiées de prises illégales d'intérêts, ou parfois de favoritisme, les juridictions financières alertent sur les atteintes caractérisées à la probité des élus et gestionnaires locaux. Elles formulent, à cet égard, des recommandations de nature à prévenir le risque, ou le plus souvent, à ce que le risque ne se reproduise plus. Ainsi que le relève la chambre lyonnaise,

l'exhaustivité de certains rapports de suivi de recommandations rédigés par les collectivités est à souligner. Elle marque « la volonté de faire état [dans ces rapports], non seulement des suites données aux recommandations mais plus largement à certaines observations, et illustre l'importance que les représentants des collectivités territoriales et groupements de communes à fiscalité propre attachent à leur présentation devant leur assemblée délibérante ». Et d'ajouter « qu'en ce sens, le dispositif prévu par l'article 107 de la loi NOTRe constitue une avancée significative dans la transparence de la gestion publique locale ». Gageons que, dans les champs de l'atteinte à la probité et de la prévention des situations de conflits d'intérêts, les alertes des Chambres régionales des comptes, formulées auprès des exécutifs, trouvent rapidement, dans un contexte de défiance exacerbé entre le politique et le citoyen, un écho opérationnel.

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 14

Note 1 On peut distinguer deux types d'observations dans les rapports des juridictions financières : les premières dites « de régularité », qui mettent l'accent sur le non-respect, partiel ou total, du principe de légalité administrative, d'une réglementation, ou d'un principe textuel ou jurisprudentiel (exemple : violation des règles élémentaires de mise en concurrence dans la sélection des offres en réponse à un marché public). Les secondes dites « de performance » ont pour objectif l'amélioration de la gestion de la collectivité, ou la recherche d'une plus grande performance dans la conduite des politiques publiques (exemple : élaborer un guide de procédures internes des achats, en vue de diffuser une culture de la commande publique au sein des services acheteurs), sans que l'application de la règle ne soit en cause.

Note 2 *C. comptes, rapport public annuel, févr. 2018, t. II, p. 59.*

Note 3 Sur 2 021 recommandations émises par les CRC, 1 703 ont en effet donné lieu à un rapport de suivi établi par la collectivité concernée. Ces ratios concernent, ici, la période du 8 août 2015 au 30 septembre 2016.

Note 4 V. sur l'absence de structuration de la fonction « achats » le rapport de la *CRC Bretagne, 21 déc. 2018, Cne Chateaubourg.*

Note 5 V. *CRC ARA, 1er août 2018, Cne Saillans.*

Note 6 V. pour cette situation, *CRC HDF, 4 avr. 2017, Cne Hénin-Beaumont.*

Note 7 V. *CRC ARA, 3 août 2017, Dpt Drôme*, ou encore, pour un autre type de personne publique, le rapport de la *CRC Hauts-de-France, 29 nov. 2016, Centre hospitalier de Tourcoing.*

Note 8 V. *CRC PACA, 23 févr. 2017, Cne Saint-Raphaël*, ou encore *CRC PACA, 30 août 2017, Cne l'Isle-sur-la-Sorgue.*

Note 9 V. *CRC ARA, 30 mai 2017, Cne Fontaines*, ou encore *CRC ARA, 27 sept. 2017, Cne Givors.*

Note 10 V. sur ce dernier point, *CRC ARA, 25 sept. 2017, Cne Grigny.*

Note 11 Faut-il rappeler, ici, que selon l'article 27 ancien du Code des marchés publics, la collectivité doit recenser annuellement ses besoins en fournitures et services en fonction d'une nomenclature interne de familles homogènes afin de déterminer les seuils de procédure et de publicité légalement applicables aux achats envisagés. Pour un rapport circonstancié sur la refonte nécessaire d'une nomenclature, V. *CRC PACA, 23 févr. 2017, Cne Saint-Raphaël.*

Note 12 V. *CRC Île-de-France, 31 mars 2017, Cne Kremlin-Bicêtre.*

Note 13 V. *CRC Occitanie, 31 janv. 2017, Dpt Hautes-Pyrénées, p. 71 et s.*

Note 14 V. par ex. *CRC ARA, 24 mai 2017, Cne La Mulatière.*

Note 15 V. pour une réorganisation de la fonction achat, *CRC ARA, 16 févr. 2017, Cne Yseure.*

Note 16 V. par ex. *CRC Grand Est, 5 avr. 2018, Mulhouse Alsace agglomération, p. 48.*

Note 17 V. sur ce point, le *rapport public annuel, préc., t. II, p. 72.*

Note 18 V. sur ce point, la *synthèse régionale de suivi des recommandations, CRC ARA, année 2018, p. 19.*

Note 19 V. sur ce point le développement de *CRC ARA, 12 janv. 2017, Cne Rives.*

Note 20 V. sur ce plan, *CRC HDF, 22 sept. 2017, Cne Lambersart.*

Note 21 V. *CRC Occitanie, 26 sept. 2017, Cne Collioure.*

Note 22 *CE, 14 janv. 1998, n° 155409, Conseil régional de la région Centre*, en A sur ce point.

[Note 23](#) Le dernier alinéa de l' article 20 du décret du 25 mars 2016 édicte que « *l'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent décret en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles prévues ci-après* ». C'est le nouvel article R. 2121-4 du Code de la commande publique qui lui succède, à compter du 1er avril 2019.

[Note 24](#) V. *CRC La Réunion/ Mayotte, 22 nov. 2016, Communauté d'agglomération du sud (CASUD)*.

[Note 25](#) V. *CRC IDF, 11 sept. 2017, Cne Alfortville*.

[Note 26](#) V. par ex. *CRC PACA, 2 nov. 2017, Cne Saint-Tropez*.

[Note 27](#) V. sur ces points, *le rapport de la CRC ARA, 3 août 2017, Dpt Drôme*.

[Note 28](#) V. *CRC Occitanie, 31 janv. 2017, Dpt Hautes-Pyrénées*.

[Note 29](#) V. sur ce point les développements pertinents de la *CRC PACA, 27 déc. 2016, CAVEM, p. 48 et s.*

[Note 30](#) V. par ex. le rapport de la *CRC Occitanie, 31 janv. 2017, Dpt Hautes-Pyrénées*.

[Note 31](#) CE, 18 sept. 2015, n° 380821, *Sté Axxess : JurisData n° 2015-021085*.

[Note 32](#) www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques.

[Note 33](#) www.economie.gouv.fr/daj/marches-a-procedure-adaptee-2016.

[Note 34](#) V. *CRC HDF, 22 sept. 2017, Cne Lambersart*.

[Note 35](#) V. pour une illustration d'une délégation en matière funéraire, *CRC Centre-Val de Loire, 6 sept. 2018, Sté d'économie mixte des pompes funèbres intercommunales de l'agglomération tourangelle*.

[Note 36](#) V. *CRC Bretagne, 17 juin 2014, Communauté de cnes du Pays de Lesneven-Côte des Légendes*.

[Note 37](#) V. CE, 8 mars 1996, n° 165075, *Cne Petit-Bourg*, aux conclusions éclairantes de Christophe Chantepy. Cet arrêt illustre une augmentation de 43 % par rapport au montant initial du marché, qui a été jugée irrégulière.

[Note 38](#) V. *CRC PACA, 23 févr. 2017, Cne Saint-Raphaël*.

[Note 39](#) V. *CRC PACA, 12 févr. 2018, Cne Cannes*.

[Note 40](#) V. par ex. *CRC Grand Est, 5 avr. 2018, Mulhouse Alsace agglomération*.

[Note 41](#) V. *CRC PACA, 27 déc. 2016, CAVEM, p. 57-58*.

[Note 42](#) V. par ex., *CRC Occitanie, 31 janv. 2017, Dpt des Hautes-Pyrénées*.

[Note 43](#) V. *CRC Nouvelle-Aquitaine, 24 nov. 2015, cté d'agglomération du Grand Dax*.

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.