

**MARCHES PASSES SELON UNE PROCEDURE ADAPTEE**

**L'AUTORITE COMPETENTE POUR ATTRIBUER UN MAPA**

*L'objet de la présente note est de faire le point sur la désignation de l'autorité habilitée à attribuer un marché passé selon la procédure adaptée (MAPA).*

**1. L'organisation interne du pouvoir adjudicateur**

**1.1. Le conseil municipal est, par principe, l'autorité compétente pour attribuer un MAPA**

Contrairement aux procédures formalisées, les dispositions du code des marchés publics (CMP) relatives à la procédure adaptée ne désignent pas expressément l'autorité compétente pour attribuer un tel marché.

L'article 28 du CMP se contente en effet d'indiquer qu'il appartient au « *pouvoir adjudicateur* » de définir les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées ou de négocier avec les candidats ayant présenté une offre.

Il convient donc de se référer au code général des collectivités territoriales (article L. 2122-22 du CGCT) pour en retenir qu'il relève en principe du conseil municipal, pouvoir adjudicateur de droit commun, d'attribuer le marché (en ce sens, s'agissant d'une région, TA Nîmes, 27 juin 2008, Sté O'Malley Consulting c/ Conseil Général de Vaucluse, n° 0624272).

**En conséquence, le maire doit être habilité par le conseil municipal à signer un MAPA.**

Deux cas de figure peuvent alors se présenter :

- La délibération chargeant l'exécutif de souscrire un marché déterminé peut être prise avant l'engagement de la procédure de passation du marché. Elle doit alors obligatoirement comporter la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché (art. L 2122-21-1 du CGCT).
- La délibération autorisant l'exécutif à signer le marché peut intervenir à la fin de la procédure, une fois connus, notamment, le montant des prestations et le nom du ou des candidats retenus.

**1.2. Le maire peut cependant bénéficier d'une délégation de pouvoir**

**Pendant toute la durée de son mandat**, le maire peut être chargé, **en tout ou partie**, par le conseil municipal de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et accords-cadres, quel que soit leur montant. La délégation peut également porter sur la passation des avenants, sans limite de montant (article L. 2122-22 du CGCT, tel que

modifié par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de constructions et d'investissements publics et privés<sup>1</sup>).

Dans ce cas, le conseil municipal n'est plus en droit d'exercer les compétences qu'il a déléguées au maire.

La délibération doit alors **précisément** délimiter l'étendue de la délégation : les compétences transférées (relatives à la préparation, la passation, l'exécution, le règlement et la passation des avenants), les catégories de marchés (fournitures, services, travaux), les limites de montant (en ce sens, voir réponse ministérielle n° 10018, JO Sénat du 5 août 2010).

### **1.3. Le maire peut, sous certaines conditions, subdéléguer sa fonction ou sa signature**

Il convient de préciser qu'en droit, la **délégation de fonction**, définie par l'article L. 2122-18 du CGCT, ne peut concerner qu'un **élu de l'assemblée délibérante** (adjoints et conseillers municipaux).

La **délégation de signature**, quant à elle, ne concerne que les **fonctionnaires** visés par l'article L. 2122-19 CGCT, à savoir le directeur général des services, le directeur général adjoint des services, le directeur général et le directeur des services techniques, et depuis peu, les responsables de services communaux (article 86 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit).

Une réponse ministérielle de 1989 a détaillé la portée de chacune de ces délégations :

*« le maire peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints, et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints, à des membres du conseil municipal. Ni simple délégation de signature, ni délégation de pouvoir, la délégation de fonctions est une forme intermédiaire de délégation. La délégation de signature permet à l'autorité administrative de se décharger de formalités purement matérielles en autorisant un ou plusieurs collaborateurs qui lui sont subordonnés à signer certains documents en son nom, lieu et place, sous son contrôle et sa responsabilité. L'autorité délégante conserve pleinement sa compétence dans les matières qui font l'objet de la délégation de signature. Celle-ci se distingue de la délégation de pouvoir qui consiste, pour l'autorité délégante, à se dessaisir en partie des pouvoirs qui lui ont été conférés, au profit d'une autorité subordonnée, en modifiant ainsi la répartition des compétences. Or, il convient de noter que la délégation de fonctions qui permet au maire de confier à un adjoint l'exercice d'une de ses compétences, n'a pas pour effet de le priver de ses pouvoirs en la matière. Le maire demeure libre d'exercer les attributions qu'il a déléguées et doit contrôler et surveiller la façon dont les adjoints ou conseillers remplissent les fonctions qui leur sont déléguées (cf. 18 mars 1955, de Peretti) ». (Rép. Min. n° 12074 JOAN du 3/7/1989).*

Dans ce cadre, **le maire a en principe la possibilité de subdéléguer le pouvoir qu'il détient en vertu d'une délégation du conseil municipal.**

Il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'une subdélégation de fonction ou de signature :

- Délégation de fonction à un élu

L'article L. 2122-23 du CGCT prévoit que, sauf disposition contraire dans la délégation portant délégation, les décisions prises en application de celle-ci peuvent être signées par un adjoint ou un conseiller municipal, en application de l'article L. 2122-18 du CGCT.

Ainsi, le maire peut confier à un adjoint ou à un conseiller municipal les compétences que le conseil municipal lui a déléguées, sans qu'il soit nécessaire que la délibération portant délégation au maire ne l'ait expressément autorisée.

---

<sup>1</sup> Pour mémoire, avant la loi du 17 février 2009, la délégation ne pouvait concerner que les marchés d'un montant inférieur à 206.000 euros et les avenants n'entraînant pas une augmentation du montant du contrat initial à 5%.

Dans ce cas, l'arrêté du maire portant délégation à l'élu, qui doit définir de façon précise les fonctions déléguées, ne lui ôte pas la possibilité de les exercer lui-même.

La délibération du conseil portant délégation peut toutefois exclure le principe d'une subdélégation de fonction.

- Délégation de signature à un fonctionnaire<sup>2</sup>

Le maire peut accorder une délégation de signature aux fonctionnaires visés par l'article L. 2122-19 du CGCT, **à la condition que la subdélégation en leur faveur ait été prévue dans la délibération du conseil municipal portant délégation au maire** (en ce sens, JO Sénat, réponses ministérielles n° 20125 du 10/11/2005 et n° 10021 du 02/09/2010).

## **2. La question de l'intervention de la commission d'appel d'offres (CAO)**

### **2.1. L'incompétence de principe de la CAO en MAPA**

La commission d'appel d'offres (CAO) intervient dans quasiment toutes les procédures de passation formalisées. En revanche, **aucun texte ne prévoit le recours à la CAO dans le cadre des MAPA** de l'article 28 du CMP<sup>3</sup>.

Pour autant, il peut arriver en pratique qu'une CAO ou une commission ad hoc soit amenée à intervenir dans la procédure de passation des MAPA de l'article 28 du CMP, voire chargée de l'attribution du marché.

**Or, une CAO ne peut légalement attribuer un MAPA :**

*« si la convocation d'une formation collégiale dotée d'un pouvoir d'avis est toujours possible, lorsqu'elle n'est pas exigée par les textes, il n'est pas possible de lui confier des attributions relevant, aux termes des dispositions du code des marchés publics ou d'autres textes, d'autres autorités car les règles de compétence sont d'ordre public. Ainsi, **une commission d'appel d'offres pourra donner un avis mais ne pourra attribuer un marché passé selon une procédure adaptée, une telle compétence relève du pouvoir adjudicateur ou de son représentant** »* (Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, § 5. Précisions sur l'évolution du rôle des commissions d'appel d'offres).

En conséquence, des auteurs recommandent pour éviter toute annulation du marché *« de ne pas intégrer dans la procédure adaptée une commission d'appel d'offres mais plutôt un groupe de travail qui n'a aucun pouvoir mais qui peut seulement aider le pouvoir adjudicateur à prendre la décision dans le cadre de l'analyse des propositions des candidats »* ( L'entité juridique habilitée à attribuer un MAPA, fiche pratique sous la direction de S. Braconnier et E. Fernandez Begault, Contrats et Marchés publics n° 10, octobre 2008, 9).

### **2.2. La modification du MAPA par voie d'avenants**

L'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, tel que modifié par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007, prévoit que *« tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieur à 5% est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des*

---

2 Selon une réponse ministérielle, la personne désignée au sein de la collectivité pour mener les négociations dans le cadre d'un MAPA, n'a pas à bénéficier d'une délégation de signature ( JO Assemblée Nationale, Rép. Min. n°70215, du 04 mai 2010).

3. A noter : par exception, il est expressément prévu que les marchés de services d'un montant égal ou supérieur à 193 000 euros HT passés en procédure adaptée en application de l'article 30 du CMP, sont attribués par la CAO.

marchés qui, conformément aux dispositions du code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis ».

En application de ce dernier point, une récente réponse ministérielle a rappelé que la CAO n'avait pas à être consultée pour la passation des avenants aux MAPA (JO Sénat n° 07301 du 24 mai 2010).

### **2.3. L'attribution d'un MAPA dans le cadre d'un groupement de commandes**

Pour mémoire, l'article 8 du CMP permet aux pouvoirs adjudicateurs de constituer des groupements de commandes, pour des besoins ponctuels ou permanents. Une convention constitutive du groupement définissant ses modalités de fonctionnement et désignant un coordinateur, doit alors être signée par ses membres.

Dès lors qu'une collectivité territoriale est membre d'un groupement de commandes, une CAO doit en principe être instaurée (art. 8. III). Ses compétences varient selon le degré de prédominance des collectivités territoriales : si elles sont majoritaires, la CAO a le pouvoir de choisir le titulaire du marché, si elles sont minoritaires, la CAO est seulement consultée pour avis.

Cependant, si le groupement est mis en place pour la passation d'un MAPA, une CAO n'a pas à être mise en place :

**« Dans l'hypothèse où le groupement n'a vocation à passer qu'un marché passé selon une procédure adaptée, la constitution d'une commission d'appel d'offres du groupement n'est pas obligatoire. Toutefois, la convention constitutive peut en stipuler autrement. Par ailleurs, un tel cas de figure suggère que le cadre de l'achat n'est peut-être pas adapté : un groupement est une modalité d'achat, qui présente des avantages, mais qui est lourde à mettre en œuvre et devrait, en conséquence, être réservée aux achats importants »** (Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, § 6.2. relatif aux groupements de commandes).

Les modalités de désignation du titulaire du marché devront alors être définies par la convention constitutive du groupement (Réponse ministérielle n° 10929, JO Sénat du 21 janvier 2010).

#### **Remarques sur les conséquences de l'absence d'habilitation du maire à signer un marché public.**

En principe, l'attribution du marché par une autorité incompétente entraîne sa nullité. Cette nullité est un moyen d'ordre public qui doit être soulevé d'office par le juge.

Toutefois, la portée de cette irrégularité doit aujourd'hui être nuancée compte tenu de **l'exigence de loyauté des relations contractuelles**.

En effet, en 2009, le Conseil d'Etat a posé dans une importante décision, le principe selon lequel **« lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat »** (CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802).

Désormais, en cas de litige relatif à l'exécution d'un marché, son application ne pourra être écartée qu'à la condition qu'il existe une irrégularité particulièrement grave relative aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement et que l'exigence de loyauté contractuelle ne s'y oppose pas.

Dans ce cadre, il a été jugé que l'incompétence d'un maire pour signer un marché n'était pas de nature à entraîner automatiquement la nullité du contrat, même s'il s'agit d'un **« vice d'une particulière gravité affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »**. Selon la Cour, le principe de loyauté des relations contractuelles s'oppose à ce qu'un cocontractant puisse se prévaloir des irrégularités qui lui sont imputables. Elle a également tenu compte de la régularisation ultérieure de ce vice par une délibération du conseil municipal autorisant le maire à le signer (CAA Bordeaux 11 mars 2010, Commune de Baie-Mahault, n° 08BX02268 et 08BX02707).