

PREFECTURE DE L'OISE

Beauvais, le 18 AOUT 2009

Direction des relations
avec les collectivités locales
Bureau du contrôle de légalité
Affaire suivie par : M. Jean-Henri Letailleur
Tél. : 03.44.06.12.60
Fax : 03.44.06.12.56
Jean-Henri. Letailleur@oise.pref.gouv.fr

Le Préfet de l'Oise

à
Mesdames et Messieurs les Maires du département de
l'Oise
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements
publics de coopération intercommunale
Monsieur le Président du conseil général de l'Oise
- pour information à Madame et Messieurs les sous-préfets
d'arrondissement

Objet : synthèse des observations formulées en 2008
au titre du contrôle de légalité.

Comme chaque année depuis 2007 (cf. mes circulaires des 3 mai 2007 et 25 avril 2008) je suis amené, dans le cadre de la démarche de qualité dans laquelle s'est engagée la préfecture de l'Oise en adhérant au référentiel QUALIPREF, à faire la synthèse des observations qui vous ont été adressées l'année précédente à l'occasion de l'exercice du contrôle de légalité auquel sont soumis les actes pris par les collectivités territoriales et leurs groupements.

Si le respect du principe de légalité, auquel je vous sais attachés, demeure le principal enjeu du contrôle de légalité, j'insiste une fois encore sur la valeur pédagogique de ces observations qui, le plus souvent, visent d'abord, en rappelant et en explicitant la règle de droit applicable, à sécuriser les décisions de même nature que vous pourriez prendre ultérieurement.

En fonction des enseignements qui peuvent être retirés de l'exercice du contrôle de légalité en 2008, les points ci-après, dont j'ai pu constater qu'il pouvaient donner lieu à des difficultés d'application, me paraissent devoir être précisés.

1) Les marchés publics

a) participation à la commission d'appel d'offres (CAO)

Outre les membres avec voix délibérative désignés par l'organe délibérant, composés de titulaires et de suppléants en nombre égal, la CAO peut comporter des membres avec voix consultative.

Aux termes de l'article 23 du code des marchés publics (CMP), peuvent participer aux travaux de la commission avec voix consultative :

- un ou plusieurs membres du service technique compétent du pouvoir adjudicateur ou d'un autre pouvoir adjudicateur compétent pour suivre l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité lorsque la réglementation impose le concours de tels services ou lorsque le marché porte sur des travaux subventionnés par l'Etat ;
- des personnalités désignées par le président de la commission en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la consultation ;
- enfin, lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable public et un représentant du directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (leurs observations éventuelles doivent alors être consignées dans le procès-verbal).

La participation aux travaux de la commission de toute autre personne a pour effet de vicier la procédure d'attribution du marché.

En particulier, en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle la composition en surnombre de la CAO est irrégulière (CE, 13 mars 1998, syndicat d'adduction d'eau potable du pont du Gard), les suppléants, sauf bien sûr quand ils sont amenés à remplacer momentanément des titulaires empêchés, ne peuvent y prendre part, même avec une simple voix consultative.

b) règles de computation des délais de publicité

Le respect des règles applicables en matière de délais de publicité est impératif : l'amputation du délai réglementaire minimal imposé, ne serait-ce que de quelques jours ou de quelques heures, constitue une irrégularité substantielle, susceptible, en cas de contentieux, d'entraîner l'annulation de la procédure d'attribution du marché.

La computation des délais est régie par un règlement européen du 3 juin 1971 qui prévoit qu'un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai. Néanmoins, bien que les délais comprennent les jours fériés, dimanches et samedis, si le dernier jour d'un délai se trouve être un dimanche ou un samedi, celui-ci prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant.

Des erreurs de computation des délais étant fréquemment relevées, je vous invite à faire preuve d'une vigilance toute particulière sur ce point et, en cas de doute, à prendre l'attache de mes services.

c) appel d'offres ouvert : délai de réception des offres

L'article 57 du CMP fixe à 52 jours le délai de base de réception des offres à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence aux journaux ou organes habilités à publier les annonces légales. Les dispositions prévues aux 4° et 5° du II dudit article autorisent une réduction de 7 jours du délai de base si l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé par voie électronique et une réduction supplémentaire de 5 jours si les documents de la consultation sont disponibles librement sur un site internet. Le cumul de ces réductions offre la possibilité au pouvoir adjudicateur de ramener à 40 jours le délai de réception des offres.

Lorsque l'avis de préinformation mentionné à l'article 39 du CMP a été publié, le délai peut être réduit à 22 jours.

En revanche, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, le délai minimal de 52 jours ne peut plus être réduit pour des motifs d'urgence comme c'était le cas auparavant.

J'ai pu constater que cette modification de la règle avait parfois échappé à l'attention de vos services.

d) choix d'une procédure formalisée en lieu et place d'une procédure adaptée

Le décret précité du 19 décembre 2008 a porté à 5.150.000€ le seuil en dessous duquel un marché de travaux peut être passé en procédure adaptée, c'est à dire selon des règles que le pouvoir adjudicateur, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, définit lui-même.

Néanmoins, solution sécurisante en faveur de laquelle optent un certain nombre d'entre vous, notamment lorsque le montant des travaux projetés est élevé, rien n'interdit au pouvoir adjudicateur de recourir à une procédure formalisée, telle que l'appel d'offres ou la procédure négociée.

Dans cette hypothèse, ce qui n'est pas toujours le cas et a pour conséquence de vicier la procédure suivie, vous devrez veiller à en respecter scrupuleusement toutes les modalités.

En effet, dans un arrêt déjà ancien (CE, 15 décembre 1982, Société Giraudy), le Conseil d'Etat a estimé que lorsqu'une autorité décide de se soumettre spontanément à une règle de procédure à laquelle elle n'est pas tenue, elle se trouve alors dans l'obligation de s'y conformer en tout points.

Il est cependant possible, comme l'a indiqué le Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'emploi dans une réponse à une question écrite d'un parlementaire (question n° 07306, JO du Sénat du 7 mai 2009) de s'inspirer d'une procédure formalisée sans en reprendre toutes les étapes à la condition de ne pas s'y référer expressément.

2) Fonction publique territoriale : rémunération des agents non titulaires de catégorie A

Sur le fondement des dispositions de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, les collectivités ont la faculté de recruter des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents. C'est le cas en particulier lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ou, pour les emplois de catégorie A, « lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient ».

Nombreux sont ceux d'entre vous qui font appel à des agents non titulaires pour pourvoir des emplois permanents de catégorie A.

Les agents ainsi recrutés sont engagés dans le cadre de contrats à durée déterminée, d'une durée maximale de trois ans (pour mémoire, ces contrats sont renouvelables par décision expresse dans la limite d'une durée totale maximale de 6 ans ; Au-delà, ils ne peuvent être reconduits que pour une durée indéterminée).

La question se pose alors du montant de la rémunération de ces agents contractuels. J'ai pu observer, au cours de l'année passée, que cette rémunération était fréquemment très sensiblement supérieure à celle à laquelle aurait eu droit un fonctionnaire titulaire remplissant les conditions requises pour occuper le poste concerné.

C'est pourquoi, je crois utile de vous rappeler les règles applicables en ce domaine.

Dans le prolongement d'un avis n°168605 du 28 juillet 1995, d'où il ressortait que la rémunération d'un agent non titulaire doit prendre en compte, notamment, le niveau de diplôme et l'expérience professionnelle de l'agent, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 29 décembre 2000 n° 171377, a posé comme principes :

- d'une part, que les collectivités territoriales ne peuvent attribuer à leurs agents non titulaires des rémunérations qui excéderaient celles auxquelles peuvent prétendre des agents de l'Etat occupant des fonctions et ayant des qualifications équivalentes ;
- d'autre part, que la rémunération des agents non titulaires recrutés sur des emplois pour lesquels une correspondance étroite avec la fonction publique d'Etat ne peut être trouvée doit être fixée en prenant en compte les fonctions occupées et la qualification de l'agent sans qu'elle puisse être manifestement disproportionnée par rapport à celle d'agents de l'Etat exerçant des fonctions analogues (cette rémunération pouvant comprendre des indemnités justifiées par la nature des fonctions).

Certes, une certaine souplesse dans l'appréciation du juste montant de la rémunération peut être admise et paraît même souhaitable.

Néanmoins, une bonne gestion des deniers publics, le maintien d'un certain équilibre entre les rémunérations auxquelles peuvent prétendre les agents titulaires et non titulaires des différentes fonctions publiques exerçant des responsabilités comparables et le risque que s'installe à terme une certaine surenchère sont autant de considérations qui doivent vous conduire à vous garder de tout excès, quand bien même le profil d'un candidat vous paraîtrait répondre tout particulièrement à vos besoins.

J'ajoute, que les décisions de recrutement qui contreviendraient manifestement aux principes rappelés plus haut seraient entachées d'illégalité.

3) Répartition des frais de scolarité

Selon les dispositions de l'article L. 212-8 du code de l'éducation, la scolarisation d'un enfant hors de sa commune de résidence est de droit lorsqu'elle relève de l'un des trois cas dérogatoires prévus par le législateur (obligation professionnelle des parents et absence de cantine et de garderie, inscription d'un frère ou d'une sœur dans un établissement scolaire de la commune, raisons médicales).

En pareil cas de figure, la commune de résidence est tenue de participer aux charges de fonctionnement des écoles de la commune où l'enfant est accueilli (à l'exception des dépenses liées aux activités périscolaires).

L'article L.132-1 du code précité dispose que « l'enseignement public dispensé dans les écoles maternelles et les classes enfantines et pendant l'obligation scolaire est gratuit ».

En conséquence, les parents ne doivent en aucun cas participer financièrement aux dépenses se rapportant au fonctionnement des écoles.

Toute délibération émanant de la commune de résidence ou de la commune d'accueil (ou bien encore du syndicat compétent) qui prévoirait le contraire ou qui accepterait la contribution offerte spontanément par les parents serait illégale et, à défaut de retrait, serait déférée à la censure du juge administratif.

Tels sont les différents points sur lesquels je souhaitais appeler votre attention.

Mes services se tiennent bien entendu à votre disposition pour vous apporter toutes les précisions que vous jugeriez utiles.

Pour le Préfet et par délégation,
le Secrétaire Général,


Patricia WILLAERT

