



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFET DE L'OISE

Beauvais, le 27 septembre 2010

Préfecture

Secrétariat Général

Direction des relations
avec les collectivités Locales

Bureau du contrôle de la légalité

Affaire suivie par : M. JH.Letailleur

Tél. : 03 44 06 12 60

Fax : 03 44 06 12 56

Courriel : jean-henri.letailleur@oise.gouv.fr

Le Préfet de l'Oise

à

Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics
de coopération intercommunale
Monsieur le Président du Conseil général

En communication à Madame et Messieurs les Sous-Préfets d'arrondissement

Objet : synthèse des observations formulées en 2009 au titre du contrôle de légalité

Pièces jointes : 1 annexe

Soucieuse d'offrir à l'usager, qu'il soit élu local ou simple administré, un niveau de service élevé, la Préfecture de l'Oise veille attentivement au respect des divers engagements qui lui ont valu d'obtenir la certification Qualipref délivrée par l'AFNOR, organisme indépendant.

Au titre de ces engagements, chaque année depuis 2007, je vous communique par voie de circulaire une synthèse des observations que j'ai été amené à formuler au regard des principales irrégularités ayant été constatées au cours de l'année précédente lors de l'exercice du contrôle de légalité.

Comme j'ai déjà eu l'occasion de le souligner, ces observations ont d'abord une visée pédagogique. Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics n'a pas pour finalité, en effet, d'exercer une quelconque censure à l'encontre des décisions qui sont prises au niveau local. Il s'agit avant tout, comme il est normal dans un état de droit, de s'assurer, sans formalisme excessif, du respect du principe de légalité. J'ajoute que ces observations, qui le plus souvent sont émises pour l'avenir, doivent, par leur valeur pédagogique, contribuer à améliorer la sécurité juridique des actes administratifs pris par les organes délibérants et les exécutifs locaux dans le cadre de l'exercice de leurs compétences.

Pour mémoire, vous trouverez en annexe à la présente circulaire un récapitulatif des différents points de droit traités par mes précédentes circulaires des 10 juin 2007, 25 avril 2008 et 18 août 2009.

L'expérience montrant que l'application de ces points donne encore lieu, parfois, à des difficultés, je ne saurais trop vous recommander, en cas de doute, soit de vous reporter à la circulaire correspondante, soit de prendre l'attache de mes services (Direction des relations avec les collectivités locales, postes 03 44 06 12 60 et 12 75).

Pour ce qui concerne l'année 2009, il ressort des contrôles effectués par mes services, comme c'était déjà le cas les années antérieures, que les actes de commande publique sont ceux ayant donné lieu au plus grand nombre d'observations.

La complexité des procédures et le caractère évolutif du droit applicable en la matière, du fait notamment de la jurisprudence et de la transcription en droit Français des directives communautaires, en sont, je ne l'ignore pas, les causes principales. Je vous invite donc à prendre connaissance avec la plus grande attention des circulaires qui vous sont régulièrement adressées pour vous informer de l'évolution de la règle dans le domaine de la commande publique.

Au regard des observations émises en 2009, je souhaite plus particulièrement appeler votre attention sur les points suivants :

1) Les avenants de prolongation des contrats de délégation de service public.

Il résulte des dispositions de l'article 1411-2 du code général des collectivités territoriales que la durée d'une délégation de service public peut être prolongée :

a) Pour des motifs d'intérêt général (par exemple, en vue d'assurer la continuité du service public). Cette prolongation ne peut alors excéder une année ;

b) Lorsque les trois conditions cumulatives ci-après sont réunies :

- des investissements matériels nouveaux sont demandés par l'autorité délégante ;
- ces investissements sont indispensables au bon fonctionnement du service public délégué ou à l'extension de son champ géographique ;
- leur coût ne peut être amorti pendant le temps restant à courir de la convention de délégation.

La durée de la prolongation et le montant des investissements nouveaux décidés ne sauraient toutefois atteindre des valeurs excessives. Dans le cas contraire, le juge administratif risque, en effet, de regarder l'avenant correspondant comme constitutif d'un nouveau contrat dont la passation devait faire l'objet d'une mise en concurrence. Dans cette hypothèse, l'avenant encourt l'annulation juridictionnelle.

S'agissant de la procédure à suivre, je rappelle qu'en application de l'article L.1411-6 du CGCT, tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant initial supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission de délégation de service public prévue à l'article L. 1411-5 du code précité (à titre de rappel, le comptable public et un représentant du ministre chargé de la concurrence sont obligatoirement conviés à la réunion de la commission avec voix consultative).

L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.

Par ailleurs, l'article L.1411-2 déjà cité prévoit qu'en matière d'eau potable, d'assainissement et de collecte et de traitement des ordures ménagères et autres déchets, une délégation de service public ne peut avoir une durée supérieure à 20 ans, sauf justifications particulières soumises à l'examen du trésorier-payeur général par l'autorité délégante. En pareille hypothèse, les conclusions du trésorier-payeur général doivent être communiquées aux membres de l'assemblée délibérante avant toute délibération relative à la délégation ou à l'avenant.

Enfin, en droit, la prolongation par avenant d'un contrat ne peut légalement intervenir que pendant la durée de validité dudit contrat. Un avenant passé postérieurement à la date d'expiration du contrat initial est sans valeur juridique.

J'ai pu observer qu'un certain nombre d'entre vous, la durée du contrat initial arrivant à expiration, voire étant expirée, se sont trouvés dans l'obligation de passer un ou des avenants de prolongation, dans des conditions juridiques contestables, pour pouvoir disposer du temps nécessaire, en moyenne 6 à 8 mois, à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de délégation du service public sans que le service à l'utilisateur soit interrompu.

J'attire votre attention, en conséquence, sur la nécessité de faire preuve de vigilance quant à la date d'expiration des contrats en cours, s'agissant en particulier des contrats d'affermage des réseaux d'eau et d'assainissement.

2) Marchés publics : application des critères de sélection des offres

Les critères de sélection doivent permettre à l'acheteur public de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (qui ne doit pas être assimilée au prix le plus bas). Pour le candidat, il s'agit en quelque sorte de la règle du jeu, connue à l'avance, en fonction de laquelle il sait que sera jugée son offre. L'acheteur public est lié par la règle qu'il s'est lui-même donnée : il ne peut en changer en cours de procédure (à compter de la réception des offres) et doit l'appliquer avec sincérité.

L'acheteur public choisit librement les critères de sélection pourvu qu'ils ne soient pas discriminatoires (localisation géographique des entreprises, par exemple) et qu'ils soient liés à l'objet du marché. Il peut se fonder :

- soit sur une pluralité de critères, notamment, sans que cette énumération soit exhaustive, la qualité, la valeur technique, le prix, le coût d'utilisation, le caractère innovant, le délai de livraison ou d'exécution, l'assistance technique et le service après-vente, les performances en matière de protection de l'environnement, l'intérêt en termes d'insertion professionnelle des publics en difficulté. Pour permettre une application la plus objective possible, ces critères peuvent éventuellement donner lieu à la définition de sous-critères (par exemple, pour déterminer au mieux la valeur technique d'une offre) ;
- soit, compte tenu de l'objet du marché (cas de figure qui ne peut être qu'exceptionnel), sur un seul critère, qui est celui du prix.

Critères et sous-critères doivent être pondérés (cette obligation ne vaut pas pour les marchés passés en procédure adaptée, mais une telle pondération est néanmoins fortement conseillée), c'est à dire affectés d'un coefficient chiffré. La hiérarchisation des critères, par ordre décroissant, ne peut être admise que lorsque la pondération s'avère impossible, ce que l'acheteur public doit être en mesure de pouvoir démontrer.

L'application des critères de sélection lors de la phase d'analyse des offres conduit arithmétiquement à dégager l'offre qui, globalement, est économiquement la plus avantageuse.

Le candidat dont l'offre est arrivée en tête après application des critères pondérés est nécessairement retenu, quand bien même un faible ou très faible écart de points le séparerait d'un ou plusieurs autres candidats. Il ne peut être question à ce stade d'opérer un autre choix au prétexte, par exemple, que le candidat arrivant en tête proposerait un prix supérieur à celui de son ou de ses suivants. L'offre économiquement la plus avantageuse s'apprécie globalement par combinaison des critères de sélection pondérés initialement annoncés et il n'est pas possible de privilégier l'un d'eux au vu du résultat de l'analyse des offres, ce qui reviendrait à modifier après coup la règle du jeu.

Une telle pratique, déjà constatée, est contraire aux principes de transparence et d'égalité d'accès à la commande publique. Elle a pour conséquence d'entacher la procédure d'attribution du marché d'une illégalité substantielle.

3) La publication obligatoire sur le « profil d'acheteur »

Depuis le 1^{er} janvier 2010, pour tous les achats supérieurs à 90 000 € H.T., les collectivités locales et leurs établissements publics, en tant que pouvoirs adjudicateurs, ont l'obligation de mettre en ligne sur un site internet dédié appelé "profil d'acheteur", l'avis de marché et le dossier de consultation des entreprises (DCE), conformément aux articles 40-III 1^{er} et 40-IV 1^{er} du code des marchés publics.

Le « profil d'acheteur » doit permettre, en outre, le dépôt des candidatures et des offres.

Ce peut être le portail de la collectivité, s'il offre ces fonctionnalités, mais également un site hébergé chez un prestataire de services.

A noter, que la mise en place de ce dispositif, qui a pour but de faciliter l'accès des entreprises à la commande publique en utilisant les potentialités nouvelles offertes par la dématérialisation et le réseau internet, ne dispense pas l'acheteur public de l'obligation légale de publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans un journal habilité dès le seuil de 90.000€ H.T. .

Un certain nombre d'éléments me laissent à penser que cette obligation, en dépit de ma circulaire du 2 février 2010 qui appelait votre attention sur l'entrée en vigueur de cette mesure, n'est pas toujours respectée.

Il convient, dans un souci de sécurisation juridique de vos marchés, qu'ils soient ou non passés selon une procédure formalisée, de veiller strictement à son respect.

Mes services se tiennent à votre disposition pour vous apporter tous les éclaircissements que jugeriez utiles qu'il s'agisse des sujets traités ci-dessus ou de tout autre point de droit.

Pour le Préfet
et par délégation,
le Secrétaire général,


Patricia WILLAERT

Annexe à la circulaire préfectorale du 27 septembre 2010 relative à la synthèse des observations émises au titre du contrôle de légalité 2009

Liste des thèmes traités

Circulaire du 10 juin 2007

- la transmission d'actes incomplets
- les autorisations d'urbanisme : avis du maire dans les communes soumises au RNU
- la délibération autorisant l'exécutif à signer un marché : son caractère exécutoire doit être antérieur à la signature de l'acte d'engagement
- contenu de l'avis d'appel public à la concurrence dans le cadre d'une procédure européenne
- règles de suppléance au sein de la commission d'appel d'offres
- fonction publique territoriale : rémunération des contractuels et respect du principe de parité avec les agents de l'Etat
- adoption du compte administratif : obligation pour le maire de se retirer au moment du vote

Circulaire du 25 avril 2008

- les conventions susceptibles d'être conclues avec les associations
 - la convention d'objectifs
 - les conventions constituant des marchés publics
 - la convention de délégation de service public
 - un risque particulier : la gestion de fait
- intercommunalité
 - respect des compétences respectives de l'EPCI et des communes membres
 - cadre juridique des prestations de services entre EPCI et communes membres
- les avenants aux marchés publics
- la présidence de la commission d'appel d'offres
- respect des critères de sélection énoncés lors de la mise en concurrence
- caractère rétroactif d'une délibération fixant le régime indemnitaire des agents : illégalité

Circulaire du 18 août 2009

- -marchés publics
 - participation à la commission d'appel d'offres
 - règles de computation des délais de publicité
 - appel d'offres ouvert : délai de réception des offres
 - choix d'une procédure formalisée en lieu et place d'une procédure adaptée
- rémunération des agents non titulaires de la fonction publique territoriale
- répartition des frais de scolarité
