



**PRÉFET
DES HAUTES-
PYRÉNÉES**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Tarbes, le **24 JUIN 2022**

Direction de la citoyenneté et des collectivités locales
Bureau des relations avec les collectivités territoriales

Le Préfet des Hautes-Pyrénées

à

Mesdames et Messieurs les Maires
Messieurs les Présidents des
Communauté d'Agglomération et
Communautés de Communes
Mesdames et Messieurs les Présidents de
Syndicats Intercommunaux
et Syndicats Mixtes
Monsieur le Président du Conseil
Départemental des Hautes-Pyrénées
Monsieur le Président du S.D.I.S. des
Hautes-Pyrénées
Monsieur le Président du Centre de
Gestion de la Fonction Publique
Territoriale des Hautes-Pyrénées
Monsieur le Président de l'O.P.H. des
Hautes-Pyrénées

Objet : Recensement des irrégularités constatées en matière de contrôle de légalité au cours de l'année 2021

La présente circulaire a pour objet de recenser les irrégularités les plus fréquemment constatées au cours de l'année écoulée sur les trois domaines prioritaires de contrôle. Le rappel du cadre juridique dans les fiches annexées ci-après poursuit avant tout l'objectif de mieux sécuriser les actes juridiques que vous avez à prendre.

Les thématiques abordées sont présentées comme suit :

- FICHE 1 : Transmission des actes au représentant de l'État dans le département
- FICHE 2 : Commande publique
- FICHE 3 : Fonction publique territoriale
- FICHE 4 : Urbanisme

Pour autant, le contrôle de légalité représente aussi une mission tout aussi importante de conseil, en amont des actes à prendre, que mes services peuvent vous apporter afin d'anticiper les irrégularités et les contentieux pouvant survenir.

Vous trouverez ainsi sur chaque fiche les coordonnées des agents compétents sur les différents domaines.

Mes services restent à votre disposition pour toute précision que vous souhaiteriez obtenir à ce sujet.

Pour le Préfet et par délégation,
La Secrétaire Générale

Sibylle SAMOYAUULT



FICHE 1 : TRANSMISSION DES ACTES AU REPRÉSENTANT DE L'ÉTAT DANS LE DÉPARTEMENT

Les non conformités constatées sont les suivantes :

1/ Transmission des actes qui ne sont pas soumis à l'obligation de transmission :

Seuls les actes recensés à l'article L.2131-2 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT) doivent être transmis au représentant de l'État.

A contrario, les actes non listés audit article ne sont pas transmissibles et sont donc exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication, leur affichage ou, s'agissant des actes individuels, à leur notification aux intéressés.

Je vous invite à ne pas envoyer en préfecture ou sous-préfecture les actes non transmissibles. Vous pouvez toutefois solliciter les services préfectoraux en cas de doute sur la transmission d'un acte.

2/ Interdiction de la double transmission par voie postale et par voie dématérialisée :

La double transmission (papier et @CTES) est interdite. Si la collectivité a choisi la transmission des actes par voie dématérialisée, elle ne doit pas doubler cet envoi d'un envoi papier.

Par ailleurs, à partir du moment où la collectivité a décidé de transmettre ses actes par voie dématérialisée, elle est tenue de télétransmettre tous les documents transmissibles par ce moyen. La réception des documents papier en préfecture ou sous-préfecture n'apportent dans ce cas et quoiqu'il en soit aucune sécurité juridique supplémentaire.

S'agissant des actes à portée budgétaire, ils doivent être transmis exclusivement sur l'application Actes Budgétaires.

3/ Transmission tardive de certains actes :

Aux termes des articles L.2131-1 et L.1411-9 du CGCT, la transmission de certains actes est soumise à des délais contraignants : les marchés publics, les délégations de service public, les décisions individuelles créatrices de droit en fonction publique et en urbanisme doivent être transmis au contrôle de légalité dans un délai de quinze jours suivant leur signature.

S'agissant des autorisations d'urbanisme, cette obligation de transmission s'applique également aux communes dotées d'une carte communale.

Un acte transmissible qui n'a pas été envoyé au représentant de l'État ne revêt pas un caractère exécutoire et ne peut donc pas être exécuté.

En outre, le délai de contrôle de légalité ne débutera que dès lors que l'acte aura été reçu en préfecture. Ainsi, pour un acte qui ne serait transmis ou sollicité que plusieurs semaines voire plusieurs mois après l'expiration d'un délai obligatoire de transmission de 15 jours, le Préfet conserve toute sa compétence pour exercer le contrôle de légalité.

FICHE 2 : COMMANDE PUBLIQUE

Les principales irrégularités relevées portent sur les points suivants :

1/ Transmission de pièces inutiles au contrôle de légalité :

S'agissant des marchés publics, seules les pièces définies à l'article R.2131-5 du CGCT doivent être transmises : les études et les plans ne font pas partie des actes à transmettre.

En revanche, les courriers de rejet et leur notification aux candidats évincés constituent des pièces nécessaires au contrôle de légalité à transmettre quelle que soit la nature de la procédure mise en place (formalisée ou procédure adaptée).

2/ Un critère technique qui ne permet pas d'analyser les offres :

Les sous-critères techniques non définis en amont du marché conduisent à attribuer une note technique identique aux candidats de sorte que c'est en réalité le critère du prix qui départage les candidats.

Le juge administratif a ainsi sanctionné des procédures de marchés publics dans lesquelles l'un des critères pondérés a été irrégulièrement neutralisé, notamment en attribuant des notes identiques à des offres non similaires. (TA Paris, 14 mai 2010, Société Segat -n°100774 ; TA Grenoble, 18 janvier 2011, Société SITA MOS c/ Syndicat mixte pour le traitement des ordures ménagères de la Tarentaise -n°1005929).

D'une manière générale, les méthodes de notation qui conduisent, pour la mise en oeuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie sans justification technique, sont entachés d'irrégularité (CE, 6 avril 2018, Société Nouvelle d'Entreprise Générale du Sud-Ouest, n° 402219)

En outre, se borner à indiquer que les sous-critères techniques (moyens humains et matériels, évacuation des déchets notamment) sont conformes au cahier des clauses techniques ne constitue pas un motif pour attribuer la note maximale. Le respect du cahier des charges est un préalable, à défaut de quoi l'offre est considérée comme irrégulière.

Par conséquent, vous devez, au moment de la préparation du marché, déterminer ce qui est techniquement attendu : définir des sous-critères permettant effectivement l'analyse comparative des offres attendues : par exemple, s'agissant des moyens humains, les qualifications, le nombre de personnels, la continuité dans la gestion des équipes par rapport au marché ; en matière de matériaux, les types de matériaux privilégiés, leur provenance. Un grand nombre de sous-critères n'est pas requis, c'est leur précision et leur respect qui importent.

3/ Une pondération des sous-critères non communiquée aux candidats :

La pondération des sous-critères doit être portée à la connaissance des candidats à partir du moment où, eu égard à leur nature ou à l'importance de leur pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres et sur leur sélection, et sont dès lors eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

Le juge administratif considère ce défaut d'information comme un manquement de publicité et de mise en concurrence susceptible d'annuler le marché (CE 18 juin 2010 ; Commune de Saint-Pal-de-Mons -n°337377), (CE ; 17 juin 2015, Société Proxiserve - n°388457).

4/ Barème imprécis ne respectant pas le principe de la transparence :

Le défaut de définition des sous-critères techniques conduit à mettre en place des notations inadéquates fragilisant l'analyse des offres et, par conséquent, l'attribution du marché à venir.

Par exemple, les barèmes arrêtant trois notes (0 ; 30 et 60) et qui sont complétés par « *des notes intermédiaires pourront être attribuées pour distinguer des documents de qualité légèrement différentes* » manquent de transparence. En effet, la marge d'attribution des notes est tellement importante qu'il est impossible de savoir ce qui différencie les notes entre elles, et tout particulièrement des notes qui sont proches (exp : 56 et 57).

Il en est de même pour des notations attribuées en fonction d'un « mémoire très satisfaisant » ; « mémoire satisfaisant », « mémoire moyen », « mémoire insuffisant » au contenu généraliste et surtout non défini.

Le barème de notation, s'il n'a pas à être communiqué aux candidats, doit être défini au moment de la préparation du marché :

-chaque notation doit correspondre à un niveau technique attendu : l'acheteur public doit pouvoir justifier les éléments techniques qui ont permis de valoriser une offre plutôt qu'une autre (par exemple : la moyenne est-elle attribuée aux offres répondant a minima au cahier des charges ? Puis-je valoriser le nombre de points par rapport à une meilleure prise en compte des déchets au niveau environnemental...?)

-chaque notation doit pouvoir être justifiée dans l'analyse des offres.

5/ Les modifications contractuelles (ou avenants) ne visent pas les cas sur lesquels ils sont fondés :

L'article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prévoit de manière exhaustive les hypothèses dans lesquelles les modifications contractuelles peuvent être réalisées. En dehors de ces cas, les modifications contractuelles sont irrégulières.

6/ Avenants régularisant des modifications déjà effectuées :

L'avenant doit être passé avant de réaliser les modifications. Par conséquent, l'acte doit être transmis au contrôle de légalité avant que les travaux soient réalisés.

7/ Composition irrégulière de la commission d'appel d'offres (CAO) :

La CAO est régie par les mêmes dispositions que celles prévues pour la commission de délégation de service public intervenant en matière de délégation de service public.

Ainsi, l'article L.1411-5 du CGCT qui prévoit sa composition distingue désormais seulement deux cas :

- la CAO comprend 5 membres élus lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3500 habitants et plus et d'un établissement public local,
- la CAO comprend 3 membres lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3500 habitants.

Donc, le nombre de membres à voix délibérative ne peut être que 3 ou 5. Toute autre composition est irrégulière.

Par ailleurs, il s'agit d'une élection selon le scrutin de liste à la représentation proportionnelle au plus forte reste sans panachage ni vote préférentiel et non d'une simple désignation des membres.

Enfin, les listes qui sont établies doivent être complètes c'est-à-dire qu'elles doivent contenir autant de titulaires que de suppléants.

Par ailleurs, l'article L.1414-2 du CGCT dispose que la CAO n'intervient que pour attribuer les marchés publics des collectivités territoriales et établissements publics locaux dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils des procédures formalisées.

Si vous décidez de faire intervenir la CAO dans le cadre d'une procédure adaptée, elle donnera un avis simplement consultatif. C'est l'organe délibérant, ou l'organe exécutif, s'il a reçu délégation, qui validera le choix du ou des attributaires.

De plus, s'agissant de son fonctionnement, les textes ne prévoient pas de dispositions spécifiques. Il appartient donc à chaque collectivité d'en définir les règles dans un règlement intérieur de fonctionnement notamment s'agissant du délai minimum entre la date de convocation et la date de réunion, ou encore de la voix prépondérante du président en cas de partage des voix.

Je vous invite, pour toutes demandes d'informations, de conseils relatifs à la commande publique, à vous adresser à :

Vincent ALAZARD : 06 62 56 64 35

vincent.alazard@hautes-pyrenees.gouv.fr

Marina VALENTIN : 05 62 56 63 43

marina.valentin@hautes-pyrenees.gouv.fr

FICHE 3 : FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

Les irrégularités constatées portent sur les points suivants :

1/ Non respect des seuils démographiques pour certains emplois de catégorie A et pour les emplois fonctionnels :

Certains grades relevant du cadre d'emploi A (attaché principal, ingénieur principal et ingénieur hors classe) sont soumis à des seuils démographiques fixés dans les statuts particuliers.

Ainsi la création d'emploi relevant de tels grades n'est autorisée que si les seuils démographiques sont respectés.

S'agissant tout particulièrement des établissements publics locaux, c'est le décret n°2000-954 du 22 septembre 2000 qui fixe les règles d'assimilation des établissements publics locaux aux collectivités territoriales : cette assimilation est réalisée au regard de trois critères cumulatifs que sont les compétences, le budget et le nombre et la qualification du personnel à encadrer.

(ex : pour le grade d'attaché principal, un établissement public local doit être assimilé à une commune de plus de 2000 habitants au regard de son budget, du nombre et de la qualification de ses agents, de l'importance de son budget s'il souhaite créer un emploi relevant de ce grade)

La création des emplois fonctionnels est également soumise au respect des seuils démographiques prévus à l'article L.412-6 du Code Général de la Fonction Publique (CGFP). Si ces conditions de seuils ou de règles d'assimilation ne sont pas remplies, la création de tels emplois n'est pas juridiquement possible.

2/ Recrutement systématique d'agents contractuels sur des emplois permanents :

Les emplois permanents des collectivités territoriales doivent être occupés par des fonctionnaires. Le recours à des agents contractuels demeure une exception.

L'article L.311-1 du CGFP dispose en effet que « *sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont [...] occupés [...] par des fonctionnaires [...].* »

Il en résulte que le recours à des agents non titulaires est admis à la double condition :

- du respect de la procédure de publicité : déclaration de création d'emploi ou déclaration de vacance d'emploi et sur une durée raisonnable (délai minimal de 8 semaines à

respecter entre la publicité et le recrutement au regard de la jurisprudence (CE 16 juin 1997 ; CCAS ville du Mans : un délai de 30 jours est trop court ; CAA Nancy ; 20 février 2003: un délai de 2 mois est considéré comme délai raisonnable) et des réponses ministérielles (Question écrite Sénat N°21252 du 19 janvier 2006 ; Question écrite AN N° 83589 du 24 janvier 2006)

-qu'aucun agent titulaire ne s'est positionné ou que les agents titulaires candidats ne correspondent pas au profil recherché (le rejet des candidatures doit être motivé).

Ce sont principalement sur les fondements du 1° de l'article L.332-8 du CGFP (« lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires territoriaux susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ») et du 2° dudit article (« lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient et sous-réserve qu'aucun fonctionnaire territorial n'a pu être recruté dans les conditions prévues par le présent code ») que les irrégularités sont constatées.

D'une part « l'absence de cadre d'emplois de fonctionnaires » implique que les missions que l'on entend confier à l'agent contractuel ne figure dans aucun des statuts particuliers des cadres d'emplois de la fonction publique territoriale.

Trop souvent, les missions présumées « nouvelles » font en réalité partie du cadre d'emploi et le recrutement d'un agent non titulaire n'est donc pas fondé.

D'autre part, pour les emplois du niveau de la catégorie A, les « besoins de service » ou la « nature des fonctions » justifiant le recours à un agent contractuel, suppose d'abord que la collectivité ait vérifié qu'un fonctionnaire ne peut pas être recruté. Pour ce faire, la collectivité doit opérer la procédure de vacance de poste ouvrant le droit à postuler pour tout agent titulaire ainsi que pour les candidats admis sur une liste d'aptitude.

Ensuite, la collectivité doit justifier de l'un ou l'autre des fondements : viser les deux hypothèses dans le corps de l'arrêté n'a aucun sens et s'avère donc irrégulier.

Par ailleurs, l'hypothèse « besoins de services » implique que la continuité du service impose de pourvoir rapidement le poste ; s'agissant de l'hypothèse « la nature des fonctions », le juge administratif considère que les fonctions doivent nécessiter des compétences techniques hautement spécialisées non couvertes par les statuts particuliers des cadres d'emplois existants.

Enfin, s'agissant du renouvellement possibles du contrat sur l'une des six hypothèses prévues à l'article L.332-8 précité, la déclaration de vacance de poste doit être à nouveau effectuée afin de privilégier d'abord le recrutement d'agents titulaires.

3/ Défaut de fondement des contrats d'agents non titulaires de droit public :

Le contrat de recrutement de l'agent non titulaire doit préciser l'article du Code général de la fonction publique sur le fondement duquel il est établi et, s'agissant de l'article L.332-8, il doit préciser l'alinéa correspondant.

Le visa mentionnant la déclaration de création ou de vacance devra préciser le numéro de l'avis de publication ainsi que la date à laquelle la publicité a été réalisée (ex : *vu la déclaration de vacance de poste publié sous le N°..... en date du...*).

Je vous invite, pour toutes demandes d'informations, de conseil, à vous adresser aux agents en charge du contrôle de légalité des actes de la fonction publique territoriale :

Marina VALENTIN : 05 62 56 64 43

marina.valentin@hautes-pyrenees.gouv.fr

Colette SAINT-MARTIN : 05 62 56 64 32

colette.saint-martin@hautes-pyrenees.gouv.fr

FICHE 4 : URBANISME

Les irrégularités constatées portent sur les points suivants :

1/Transmission d'actes non soumis à l'obligation de transmission :

Les actes suivants n'ont pas à être transmis au contrôle de légalité:

- le certificat d'urbanisme d'information (Cua)
- la déclaration d'ouverture de chantier (DOC)
- la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux (DAACT)
- l'attestation, ou le certificat, de non contestation de la conformité des travaux.
- les actes pris au nom de l'Etat, telles que les autorisations de travaux (AT) délivrées au titre du code de la construction et de l'habitation pour la construction, l'aménagement ou la modification d'un établissement recevant du public (ERP).

2/ Transmission tardive des décisions d'urbanisme au contrôle de légalité :

La demande complète de l'autorisation individuelle (formulaire de demande + pièces à annexer) doit être transmise dans la semaine qui suit le dépôt de la demande (article R.423-7 du Code de l'Urbanisme).

S'agissant des décisions tacites c'est-à-dire qui n'ont pas été expressément délivrées dans le délai d'instruction, il vous appartient d'informer le contrôle de légalité de la date à laquelle elles sont acquises dans le délai de quinze jours à compter de la date d'acquisition.

3/ Non respect des conditions de légalité externe des actes d'urbanisme :

Dans le bloc signature, les nom, prénom complets (pas d'initiales), la qualité et la signature de l'auteur de l'acte, la date de l'acte et le cachet de la commune doivent être mentionnés (article L.212-1 du Code des relations entre le public et l'administration).

Toute décision doit expressément viser les textes législatifs et réglementaires applicables ainsi que les avis recueillis et leur sens (article A 424-2 du Code de l'Urbanisme).

Dans le cas où le maire est intéressé au projet faisant l'objet de la demande de permis, de la déclaration préalable, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, seul le conseil municipal peut, par délibération, désigner un de ses membres pour délivrer l'autorisation d'urbanisme. (article L.422-7 du code de l'urbanisme). Dans ce cas spécifique, une délégation de signature du maire ne saurait suffire.

Le principe est également applicable pour les certificats d'urbanisme (CAA Nancy, 2 février 2006, n°04NC00018).

La décision accordant un permis ou de non opposition à une déclaration préalable doit mentionner la date d'affichage en mairie de l'avis de dépôt de la demande ou de la déclaration prévu à l'article R.423-6. Cette mention devra également apparaître dans le certificat de permis tacite ou de non opposition à la déclaration préalable (articles R.424-5 et R.424-13 du Code de l'Urbanisme).

4/ Défaut de transmission de pièces nécessaires au contrôle de légalité des actes d'urbanisme :

S'agissant du certificat d'urbanisme opérationnel (Cub), lorsque la demande concerne l'implantation d'un ou plusieurs bâtiments, elle doit indiquer leur destination (habitation, exploitation agricole, commerce...) ainsi que leur localisation approximative dans l'unité foncière (article L.410-1b) du Code de l'urbanisme).

S'agissant du permis de construire et de la déclaration préalable, les avis des services consultés dans le cadre de l'instruction, notamment les avis conformes (avis Préfet, avis Architecte des Bâtiments de France...) doivent accompagner le dossier de demande. En cas d'avis tacite, je vous invite à joindre le justificatif de la demande d'avis.

S'agissant des permis de construire portant sur des établissements recevant du public (ERP), le dossier transmis au contrôle de légalité doit comporter le dossier spécifique PC 39 relatif aux règles d'accessibilité (article R.431-30a) et le dossier spécifique PC 40 relatif aux règles de sécurité (article R.431-30b).

Les notifications des majorations et prolongations du délai d'instruction doivent être envoyées au fur et à mesure de l'instruction.

5/ Défaut de mentions obligatoires dans les permis de construire portant sur les ERP :

L'arrêté accordant le permis doit expressément mentionner les prescriptions émises par les commissions accessibilité et sécurité dans ses articles (article L.425-3 du Code de l'Urbanisme).

Lorsque l'aménagement intérieur de l'ERP n'est pas connu à la date du dépôt du permis (« coque vide »), l'arrêté doit indiquer, dans un de ses articles, qu'une autorisation complémentaire au titre de l'article L.111-8 du Code de la construction et de l'habitation devra être demandée et obtenue avant son ouverture au public.

6/ Défaut de motivation des arrêtés portant retrait ou refus :

L'arrêté doit exposer précisément les raisons de fait et de droit qui ont conduit à prendre la décision de retrait ou de refus, ainsi que le raisonnement permettant de faire le lien entre ces motifs et la décision (article L.211-5 du Code des relations entre le public et l'administration)

Je vous invite, pour toutes demandes d'informations, de conseils à vous adresser aux agents en charge du contrôle de légalité des actes d'urbanisme :

Vincent ALAZARD 05 62 56 64 35 vincent.alazard@hautes-pyrenees.gouv.fr

Muriel VERDOUX : 05 62 56 64 36 muriel.verdoux@hautes-pyrenees.gouv.fr