

INSTRUCTION

N° 10-028-M0 du 22 novembre 2010

NOR : BCR Z 10 00083 J

LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS EN MATIÈRE DE COMMANDE PUBLIQUE

ANALYSE

Diffusion de la circulaire du 10 septembre 2010 relative au contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique

Date d'application : 22/11/2010

MOTS-CLÉS

COLLECTIVITÉ TERRITORIALE ; COMPTABLE PUBLIC ;
CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ; COMMANDE PUBLIQUE

DOCUMENTS À ANNOTER

Instruction n° 10-020-M0 du 6 août 2010

DOCUMENTS À ABROGER

Instruction n° 82-137-M11-M12-M51 du 2 août 1982

Instruction n° 92-059-M0 du 20 mai 1992

Instruction n° 00-077-M0 du 26 septembre 2000

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

DRFIP	DDFIP											

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

Sous-direction de la gestion comptable et financière des collectivités locales

Bureau CL-1A

SOMMAIRE

1. LA CIRCULAIRE DU 10 SEPTEMBRE 2010 ET SON CONTEXTE : LES ENJEUX DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES EN MATIÈRE DE COMMANDE PUBLIQUE.....	2
1.1. Les enjeux du contrôle de légalité	2
1.2. L'évolution du droit de la commande publique.....	2
1.2.1. L'évolution du droit des marchés publics.....	2
1.2.2. L'évolution du droit des autres contrats de la commande publique	3
1.3. Les fiches pratiques facilitant les contrôles	4
2. LE RÔLE DU COMPTABLE PUBLIC ET DES DDFIP/DRFIP DANS LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES.....	5
2.1. Dans le cadre de ses fonctions de comptable public, ce dernier se limite au contrôle de la légalité externe des justifications des dépenses qui lui sont produites.....	5
2.2. Les services de la DGFIP apportent leur concours au préfet en matière de contrôle de légalité des actes relatifs à la commande publique	6
2.2.1. La participation des services de la DGFIP à la définition du plan départemental de contrôle	6
1.1.2. Les signalement aux préfets d'actes présumés illégaux par les directeurs départementaux et régionaux des Finances publiques	7
1.1.3. Les services déconcentrés de la DGFIP sont ponctuellement sollicités pour expertise par les préfets.....	7
1.1.4. Le rôle de conseil au profit des ordonnateurs pour prévenir les difficultés.....	7

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE : Circulaire n° IOCB1006399C du 10 septembre 2010 relative au contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique.	8
--	---

Dans le but de le simplifier et de renforcer son efficacité (recentrage sur les actes à fort enjeu), la circulaire du 10 septembre 2010 présente les nouvelles modalités du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique.

Cette circulaire, cosignée des ministres chargés de l'intérieur, du budget et de l'économie, figure en annexe de la présente instruction qui a pour objet d'en présenter les principales dispositions et de préciser le rôle des services déconcentrés de la DGFIP en ce domaine. Elle est accompagnée d'un schéma de vérification et de fiches techniques facilitant le contrôle des actes concernés (cf. annexes de la circulaire).

Cette circulaire abroge la précédente circulaire du 23 février 2000 relative à l'association des services déconcentrés de la DGFIP et de la DGCCRF à l'exercice du contrôle de légalité de la commande publique (diffusée par l'instruction n° 00-077-M0 du 26 septembre 2000 abrogée par la présente instruction).

1. LA CIRCULAIRE DU 10 SEPTEMBRE 2010 ET SON CONTEXTE : LES ENJEUX DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES EN MATIÈRE DE COMMANDE PUBLIQUE

1.1. LES ENJEUX DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

Au moyen de sa circulaire du 24 février 2010 (circulaire NOR : IOC/B/100/1440/C), le ministère de l'intérieur a demandé aux préfets de se concentrer sur le contrôle de légalité des actes prioritaires des organismes publics locaux dans les domaines ayant un fort enjeu : la commande publique, l'urbanisme et l'environnement.

C'est pourquoi la circulaire précitée du 10 septembre 2010 vise à rappeler l'importance et les enjeux que revêt l'exercice du contrôle de légalité en matière de commande publique. Elle précise également le champ d'application de l'intervention des services de la DGFIP en matière de contrôle de légalité.

Le droit de la commande publique a connu, ces dernières années, des évolutions qui ont eu une influence significative sur l'organisation de leurs achats par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. De ce fait, l'évolution de la réglementation financière applicable aux marchés publics et aux autres contrats de la commande publique modifie également l'organisation et les modalités d'exercice du contrôle de légalité de ces actes.

1.2. L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

1.2.1. L'évolution du droit des marchés publics

Les principales évolutions récentes à rappeler sont :

- Le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 et les décrets pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 obligent les pouvoirs adjudicateurs à recourir à un site dématérialisé pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant supérieur à 90 000 € HT. Ils autorisent les pouvoirs adjudicateurs à imposer aux candidats la transmission de leur candidature et de leur offre par voie électronique ;

- Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 modifie les modalités de passation des marchés publics de travaux. Désormais, le recours à une procédure formalisée en matière de marchés de travaux n'est obligatoire qu'à partir du seuil communautaire, fixé par le décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 à 4 845 000 € HT. Ces seuils de procédure de passation doivent néanmoins être distingués du seuil de transmission au contrôle de légalité de 193 000 € HT, prévu à l'article D. 2131-5-1 du CGCT ;
- Par une décision *M. Pérez* du 10 février 2010, le Conseil d'État a annulé la disposition du décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relative au relèvement de 4 000 à 20 000 € HT du seuil en deçà duquel il est possible aux autorités adjudicatrices de procéder à des achats sans publicité ni mise en concurrence ;
- La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 autorise, en matière de marchés publics, les assemblées délibérantes à déléguer des pouvoirs à leur exécutif sans qu'un seuil financier défini leur soit imposé. L'exécutif peut ainsi disposer de l'ensemble des pouvoirs pour la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés, même formalisés. En l'absence d'une telle délégation, la commission d'appel d'offres attribue le marché, son pouvoir n'étant pas délégué ;
- Il est également rappelé que les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics de fournitures et de services, de travaux, de prestations intellectuelles, informatiques et industrielles ont fait l'objet d'une actualisation en 2009. Le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, destiné à l'ensemble des intervenants de la commande publique, a été également actualisé, par une circulaire du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 29 décembre 2009 (en ligne sur l'intranet Magellan) ;
- Enfin, sur un plan jurisprudentiel, le Conseil d'État, par un arrêt du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*¹, est revenu sur son avis du 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*², en précisant que la transmission tardive au préfet de la délibération autorisant le maire à signer un contrat n'est pas susceptible d'entraîner la nullité du contrat.

1.2.2. L'évolution du droit des autres contrats de la commande publique

1.2.2.1. Les concessions de travaux publics

L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics rend compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation, à l'exécution et au contrôle juridictionnel des concessions de travaux publics. Les contrats de cette nature sont définis comme des « *contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

¹ Extrait : « *En vertu des dispositions [...] codifiées à l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales : Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans le département ; l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel* ».

² Extrait : « *L'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité dudit contrat ou, s'agissant d'un contrat privé, de la décision de signer le contrat* ».

Ils se différencient, d'une part, du marché public en tant que l'exploitant tire substantiellement sa rémunération des résultats de l'exploitation, et, d'autre part, de la délégation de service public en tant que l'exploitant gère un ouvrage et non un service public. Les dispositions réglementaires relatives aux contrats de ce type sont codifiées aux articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

1.2.2.2. Les contrats de partenariat

La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat prévoit un nouveau critère de recours à ce type de contrat : l'efficacité économique, évaluée au regard d'une comparaison avec les autres contrats de la commande publique permettant d'atteindre le même but. Les contrats de partenariat d'un montant inférieur à un seuil défini par décret³ peuvent être passés en procédure négociée.

Enfin, la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, codifiée à l'article L. 1414-1 et suivant du CGCT, permet qu'une partie du financement du projet puisse être apportée par une personne publique. Elle précise également que, s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, les projets d'un montant supérieur à un seuil défini par décret⁴ (40 000 000 € HT) doivent être financés majoritairement par le partenaire privé.

1.3. LES FICHES PRATIQUES FACILITANT LES CONTRÔLES

Les 14 fiches pratiques, annexées à cette nouvelle circulaire, s'inscrivent dans le cadre d'un schéma logique de vérification, qui renvoie aux différentes situations du contrôle de légalité par les préfetures. Elles sont consultables sur l'intranet Magellan (secteur public local/dépenses et recettes/commande publique/contrôle de légalité) et feront l'objet de mises à jour régulières.

L'ensemble de ces fiches fournit, aux préfetures et aussi au réseau de la DGFIP, des outils synthétiques et pratiques en matière de commande publique.

Ces fiches apportent une aide d'autant plus précieuse que le droit de la commande publique est complexe et évolutif. Elles procurent aux services, en particulier ceux chargés du contrôle de légalité, des outils d'analyse à jour.

Ainsi, la fiche n° 1 présente une typologie des contrats, la vérification de la qualification correcte d'un contrat constituant la base de l'expertise dont il fait l'objet. Les critères propres à chaque nature de contrat y sont dégagés, qu'il s'agisse des marchés publics et des accords-cadres, des délégations de service public, des baux emphytéotiques ou des contrats de partenariat.

La fiche n° 2 précise les règles concernant la compétence pour signer des marchés publics.

La fiche n° 3 récapitule, sous la forme d'un tableau synthétique, les règles qui régissent le recours aux différentes procédures de passation des marchés publics.

La fiche n° 4 définit les préalables à la délibération lançant la procédure, à la fois pour les délégations de service public et les contrats de partenariat, tandis que la fiche n° 5 met l'accent sur un point fondamental : la définition des besoins à satisfaire par le pouvoir adjudicateur.

La fiche n° 6 traite des conventions de mandat de maîtrise d'ouvrage publique et des conventions de maîtrise d'œuvre, en insistant, notamment, sur les mentions que ces contrats doivent impérativement contenir, ainsi que sur la nature des missions qui peuvent être confiées.

³ 4 845 000 € HT pour les contrats de partenariat portant sur des travaux et 193 000 € HT pour les contrats de partenariat portant sur des services.

⁴ Décret n°2009-987 du 20 août 2009 codifié à l'article D.1414-9 du CGCT.

La fiche n° 7 présente les procédures de passation tant des marchés publics que des délégations de service public et des contrats de partenariat, tandis que la fiche n° 8 est relative aux mesures de publicité aussi bien préalables que postérieures à l'attribution du contrat.

Dans la même perspective, la fiche n° 9 appelle l'attention sur la réalité de la mise en concurrence préalable et la fiche n° 10 sur les critères de sélection des offres et la motivation des décisions du pouvoir adjudicateur.

Les baux emphytéotiques administratifs et les concessions d'aménagement, souvent méconnus, font l'objet de la fiche n° 11, tandis que la fiche n° 12 décrit la composition des commissions.

La fiche n° 13 revêt une importance toute particulière, en ce qu'elle évoque les clauses financières des marchés et rappelle les règles en ce qui concerne non seulement l'avance, les garanties, les prix, mais également la sous-traitance.

Enfin, la fiche n° 14 apporte des renseignements sur la transaction et sur le référé-provision.

Les principaux points importants à signaler sur ces procédures sont les suivants :

- la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique précise le rôle des comptables dans le contrôle de ces pièces. Ceux-ci ne sont fondés à refuser d'exécuter les paiements prévus par les transactions que pour l'un des motifs limitativement énumérés par les articles 12 et 13 du [décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962](#) portant règlement général sur la comptabilité publique (absence de qualité de l'ordonnateur ou de son délégué, indisponibilité des crédits, inexactitude de l'imputation budgétaire de la dépense, absence de validité de la créance ou absence de caractère libératoire du règlement)⁵. *Enfin, la transaction n'a pas à être homologuée pour être exécutoire ;*
- le référé provision est une procédure qui permet le recouvrement rapide d'une créance dès lors que celle-ci n'est pas sérieusement contestable (article R. 541-1 du Code de justice administrative). Ce dernier code précise que le juge des référés peut, même d'office, subordonner le versement d'une provision à la constitution d'une garantie. Cette garantie a pour objet de protéger le débiteur de la provision contre les risques d'insolvabilité du créancier pour le cas où celui-ci devrait reverser les sommes perçues.

2. LE RÔLE DU COMPTABLE PUBLIC ET DES DDFIP/DRFIP DANS LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

2.1. DANS LE CADRE DE SES FONCTIONS DE COMPTABLE PUBLIC, CE DERNIER SE LIMITE AU CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ EXTERNE DES JUSTIFICATIONS DES DÉPENSES QUI LUI SONT PRODUITES

Si le comptable public est garant de la légalité externe des actes sur lesquels il exerce ses contrôles en vertu du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962, il n'est pas pour autant autorisé à se faire juge de la légalité interne des actes qui lui sont soumis.

L'article L. 1617-2 du CGCT prévoit que « *le comptable d'une commune, d'un département ou d'une région ne peut subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur. Il ne peut soumettre les mêmes actes qu'au contrôle de légalité qu'impose l'exercice de sa responsabilité personnelle et pécuniaire.* »

⁵ Cf. instruction n° 10-009 M0 du 12/04/2010 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

Le comptable public, en application de l'article 12 du décret précité de 1962, est tenu d'effectuer plusieurs contrôles avant de payer les dépenses publiques locales. Ces contrôles engagent sa responsabilité personnelle et pécuniaire et portent sur la légalité externe des actes qui lui sont soumis.

Les contrôles du comptable sont limités par le principe fondamental de séparation des ordonnateurs et des comptables publics. Sur ce fondement, il lui est interdit de « *subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur* ». Ainsi, les comptables publics doivent se limiter à la seule appréciation de l'existence et de la régularité des pièces justificatives du paiement (cf. article D. 1617-19 du CGCT). Le comptable public n'est pas juge de la légalité interne des actes des collectivités territoriales.

La jurisprudence administrative énonce clairement que « *les comptables publics ne sont autorisés à vérifier la légalité des pièces justificatives que dans la limite des contrôles dont ils sont personnellement et pécuniairement responsables* » (Conseil d'État, 5 février 1971, Balme, req. n° 71173 ; Conseil d'État, 21 octobre 2009, Ministre du Budget, req. n° 306960 ; Cour des comptes, 2 mai 1996, Commune de Royat).

2.2. LES SERVICES DE LA DGFIP APPORTENT LEUR CONCOURS AU PRÉFET EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES RELATIFS À LA COMMANDE PUBLIQUE

La proximité des comptables publics par rapport aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics permet aux services déconcentrés de la DGFIP d'apporter au préfet un concours et une expertise en matière de contrôle de légalité des actes relatifs à la commande publique.

2.2.1. La participation des services de la DGFIP à la définition du plan départemental de contrôle

La circulaire du 10 septembre 2010 prévoit la mise en place d'une stratégie du contrôle de légalité de la commande publique (approche rationnelle de la sélectivité des vérifications opérées). Elle définit le cadre du partenariat entre services préfectoraux et services déconcentrés de la DGFIP en ce domaine.

Cette stratégie partagée, tenant compte des ressources effectivement disponibles de chaque partenaire, se matérialise sous la forme d'un *plan départemental de contrôle* établi selon une périodicité au moins bisannuelle.

Les services préfectoraux, les services déconcentrés de la DGFIP et les services régionaux de la consommation, de la concurrence, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) réalisent en commun un *diagnostic local* issu de la mutualisation de leurs informations et compétences respectives.

La circulaire du 10 septembre 2010 définit des priorités de contrôle en matière d'actes de commande publique. Ainsi, une attention soutenue sera portée sur :

- les marchés de travaux à procédure adaptée d'un montant élevé (par exemple, supérieur à 1 000 000 € HT) ;
- les marchés de maîtrise d'œuvre ;
- les avenants supérieurs à 5 % ;
- les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat, au regard de leur aspect novateur ;
- les contrats de prestation intégrée (« in house »).

L'accent est également mis sur les secteurs d'activité à fort enjeu concurrentiel ainsi que sur les enjeux relatifs au développement durable dans la commande publique.