

Les achats directs

La décision de lancement de la procédure de mise en concurrence ne peut émaner que d'une personne publique compétente

Références Code des Marchés Publics : Articles 21, 22, 23, 24, 25, 69

L'ESSENTIEL

1. Principe

La décision de lancement de la procédure de mise en concurrence ne peut émaner que d'une personne compétente, en application des principes régissant la faculté de contracter des personnes publiques.

C'est en effet d'abord par la vérification de la compétence de son auteur que l'on commence l'examen de la validité d'une décision, à tel point qu'en contentieux administratif, le moyen tiré de l'incompétence est un moyen d'ordre susceptible d'être soulevé d'office par le juge (CE, 15 février 1961, *Sieur Alfred-Joseph*, Rec. p. 114).

Or, il en va de même lorsque la décision en cause consiste en la signature d'un contrat, le Conseil d'Etat ayant jugé :

« *Les questions relatives à la compétence des autorités habilitées à passer les contrats au nom des collectivités publiques sont d'ordre public et ne peuvent faire l'objet de conventions entre les parties* » (CE, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies c/Ministre des Travaux publics*, Rec. p. 473).

2. Compétence pour lancer une procédure de mise en concurrence

La personne ayant compétence pour mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence, est librement désignée par le pouvoir adjudicateur en conformité, le cas échéant, avec ses textes organiques ou statutaires et dans le strict respect des objectifs et règles du Code des marchés publics.

Marchés des collectivités locales

La compétence de principe est des organes délibérants, en vertu de leur clause générale de compétence reconnue par les textes les concernant.

Toutefois, le Conseil d'Etat a jugé que :

« *si le maire ne peut contracter au nom de la commune sans y avoir été autorisé par une délibération expresse du conseil municipal, aucune disposition législative ou réglementaire et notamment l'article 300 du Code des marchés publics n'impose au maire d'obtenir une telle délibération pour lancer et mener à terme une procédure par appel d'offres ouvert* » (Conseil d'Etat, 4 avril 1997, n° 151275, *Préfet du Puy-de-Dôme c/Commune d'Orcet*, Rec. p. 132).

Cette solution est générale et s'applique aux établissements publics (Conseil d'Etat, 13 janvier 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne*, Rec. p. 26).

Etablissements publics

Pour les marchés des établissements publics, en principe, le conseil d'administration prend une délibération habilitant le directeur/président à lancer la procédure.

Toutefois, face à la grande diversité des établissements publics, il est nécessaire de procéder au cas par cas, en examinant les textes spécifiques à l'établissement considéré (attributions de compétences, facultés de délégations, etc.).

3. La personne chargée de la mise en œuvre de la procédure de marché.

La personne chargée de la mise en œuvre de la procédure de marché est désignée par la personne publique, qui aura au préalable défini le niveau hiérarchique auquel ses besoins doivent être appréciés.

La personne chargée de la mise en œuvre des procédures de marché, exerce différentes fonctions et notamment le choix de la procédure d'achat appropriée au regard des seuils applicables. Ce choix se faisant sous sa responsabilité.

Le manuel donne à titre d'exemple :

Les services déconcentrés de l'Etat : c'est le Préfet qui sera chargé de la détermination du niveau adéquat d'évaluation des besoins, une personne étant alors désignée à ce niveau pour se charger spécifiquement des marchés.

Les services centraux de l'Etat : la compétence est celle du ministre (décret du 27 juillet 2005), et celui-ci peut déléguer sa signature.

4. La commission d'appel d'offres

La Commission d'appel d'offres des collectivités territoriales

S'agissant des marchés publics locaux, la Commission d'appel d'offres a une compétence décisionnelle.

Cette compétence de la Commission d'appel d'offres, qui est l'élément central de la procédure d'attribution des marchés publics locaux en matière d'appel d'offres, se justifie par le fait qu'elle est une émanation de l'assemblée délibérante locale, c'est-à-dire une commission de l'assemblée délibérante investie d'un pouvoir de décision.

Mais la Commission seule, et non l'assemblée délibérante, peut choisir (CAA Bordeaux, 17 avril 2000, n° 97BX00904, Préfecture de la Haute-Garonne).

Il est possible de constituer une ou plusieurs commissions d'appels d'offres à caractère permanent ;

Une commission d'appel d'offres spécifique peut être constituée pour la passation d'un marché déterminé ;

L'invitation du comptable public et du représentant du directeur régional de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est laissée à l'initiative du Président de la Commission d'Appel d'Offres ;

Est reconnue par le Code des marchés publics la présence de personnels administratifs de la personne publique.

Attention : La commission d'appel d'offres pour l'Etat a disparu avec le décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics

LES BONNES PRATIQUES

La commission d'appel d'offres des collectivités territoriales

Composition de la commission d'appel d'offres

Membres de la CAO avec voix délibérative article 22 du CMP

Ont voie délibérative :

Le chef de l'exécutif local ou son représentant et cinq membres élus au sein de l'assemblée délibérante à la représentation proportionnelle au plus fort reste (seulement trois membres pour les communes de moins de 3.500 habitants).

Pour les établissements publics locaux : le président et un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé, élus par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat.

Des suppléants, en nombre égal aux membres élus, sont élus dans les mêmes conditions.

Ces membres ont voix délibérative. En cas de partage égal des voix, le chef de l'exécutif local ou son représentant a voix prépondérante.

Membres invités ayant voix consultative : article 23 du CMP

Peuvent participer à une commission d'appel d'offres, avec voix consultative :

Un ou plusieurs représentants du service technique compétent du pouvoir adjudicateur ou d'un autre pouvoir adjudicateur pour suivre l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité lorsque la réglementation impose le concours d'un tel service ou lorsque le marché porte sur des travaux subventionnés par l'Etat (Article 23 I 1°) ;

Des personnalités désignées par le président de la commission d'appel d'offres en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la consultation (Article 23 I 2°);

Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et un représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, peuvent participer aux réunions de la commission d'appel d'offres. Leurs observations sont consignées au procès-verbal (Article 23 II).

Convocation de la CAO : article 25

Les membres de la commission d'appel d'offres doivent être convoqués au moins 5 jours francs avant la date prévue pour la réunion.

Le quorum est atteint lorsque la moitié des membres plus un sont présents à la première convocation.

Si après une première convocation, le quorum n'est pas atteint, la commission d'appel d'offres est à nouveau convoquée dans un délai de cinq jours francs, et peut délibérer sans condition de quorum.

Le jury de concours

L'article 24 du CMP dispose que le jury de concours est composé exclusivement de personnalités indépendantes des participants au concours

Pour l'Etat et ses établissements publics, la composition a été modifiée par le décret du 19 décembre 2008 :

« Pour l'Etat et ses établissements publics, les membres du jury de concours sont désignés suivant les modalités suivantes :

i) En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;

ii) En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat placés sous l'autorité du préfet, par le préfet ;

iii) En ce qui concerne les établissements publics de l'Etat, par les règles propres à chaque établissement.

Un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est membre du jury avec voix consultative. »

Pour les collectivités territoriales, les membres du jury sont désignés conformément aux dispositions applicables à la composition des CAO.

Pour les groupements de commandes mentionnés à l'article 8, les membres du jury sont les membres de la commission d'appel d'offres prévue au III de l'article 8 et, en ce qui concerne l'Etat et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, un représentant de chacun des membres du groupement (l'article 8 III a été modifié par le décret du 19 décembre 2008).

Le président du jury peut en outre désigner comme membres du jury des personnalités dont il estime que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, sans que le nombre de ces personnalités puisse excéder cinq. Lorsqu'une qualification professionnelle est exigée des candidats pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury ont cette qualification ou une qualification équivalente. Ils sont désignés par le président du jury.

Tous les membres du jury ont voix délibérative.

Rôle de la commission d'appel d'offre ou du jury selon la procédure de mise en concurrence choisie.

Appel d'Offres Ouvert : Articles 33, 58 à 59, 161 (pour les entités adjudicatrices)

Rôle décisionnel

Phase candidatures :

La CAO pour les collectivités locales élimine les candidatures non admises en première enveloppe.

Elle ouvre et enregistre les offres.

Phase offres :

La CAO pour les collectivités locales choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et attribue le marché.

Elle déclare l'appel d'offres sans suite ou infructueux Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35.

Elle choisit le type de procédure à mettre en œuvre.

Appel d'offres restreint : Articles 33, 61 à 64, 164 (pour les entités adjudicatrices)

Rôle décisionnel

Phase candidatures :

La CAO pour les collectivités territoriales **dresse** la liste des candidats admis à présenter une offre.

Phase offres :

La CAO pour les collectivités territoriales **ouvre** et **enregistre** les offres.

Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont éliminées par la CAO pour les collectivités territoriales.

La CAO pour les collectivités locales choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et attribue le marché.

Elle déclare l'appel d'offres sans suite ou infructueux lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35.

Elle choisit le type de procédure à mettre en œuvre.

Marchés négociés

Champ d'application articles 35 II, 74 et 144 (pour les entités adjudicatrices)

Procédure : articles 65 et 66

Rôle décisionnel

La CAO pour les collectivités locales choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et attribue le marché.

Dialogue compétitif : articles 36, 67

Rôle décisionnel

Phase offres :

La CAO pour les collectivités locales choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et attribue le marché.

Elle déclare le dialogue-compétitif sans suite ou infructueux lorsque aucune offre finale n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35.

Si le dialogue compétitif est déclaré infructueux, la commission d'appel d'offres peut choisir de mettre en œuvre un nouveau dialogue-compétitif, un appel d'offres ou, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un marché négocié (article 35 II 3°). Elle peut également choisir de mettre en œuvre une procédure adaptée s'il s'agit d'un lot qui remplit les conditions de l'article 27 III (Attention cette disposition a été modifiée par le décret du 19 décembre 2008).

La CAO pour les collectivités locales choisit le type de procédure à mettre en œuvre.

Marchés de conception-réalisation : articles 37 et 69

Rôle consultatif

Phase candidatures :

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir.

Phase des offres :

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

La CAO pour les collectivités locales attribue le marché au vu de l'avis du jury.

Concours de services et marchés de maîtrise d'œuvre : articles 24, 38, 70 et 74

Phase candidature :

Le jury examine les candidatures, dresse un procès-verbal et formule un avis motivé.

Phase offres :

Le jury évalue les prestations remises, en vérifie la conformité au règlement du concours et en propose un classement fondé sur les critères indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des prestations (signé par tous les membres du jury) et formule un avis motivé.

L'anonymat est respecté jusqu'à l'avis du jury

Le jury peut inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal.

Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

Marchés de définition : Article 73

Rôle décisionnel

La CAO pour les collectivités locales attribue le marché.

LES PIEGES A EVITER

Faire émaner une procédure de mise en concurrence d'une personne incompétente ;

Accorder une délégation de compétence ou de signature sans préciser les catégories et les montants des marchés pour lesquels elle est attribuée