

L'INTERVENTION DE LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS PUBLICS

Le nouveau droit de la commande publique issu de la transposition des directives européennes de 2014 réforme la commission d'appel d'offres (CAO) afin de permettre à chaque acheteur de se doter des règles les mieux à même de répondre aux caractéristiques qui lui sont propres, à son environnement et à ses contraintes. Cela se traduit par une plus grande souplesse des règles relatives au fonctionnement de la CAO. La réforme renforce ainsi le rôle d'appui, d'analyse et de conseil qui appartient au service acheteur.

Deux nouvelles règles doivent être soulignées.

- L'obligation d'instaurer une commission d'appel d'offres lorsqu'une seule collectivité territoriale participait à un groupement de commandes était parfois perçue comme un frein au développement de la mutualisation des achats publics. Désormais, l'[article L. 1414-3](#) du code général des collectivités territoriales (CGCT) supprime l'obligation de constituer des commissions d'appel d'offres pour les groupements de commandes au sein desquels les acheteurs soumis à l'obligation de constituer une CAO sont minoritaires.
- Le recours à un système de vidéo-conférence lors des séances des commissions d'appel d'offres est désormais possible¹. L'[article 25](#) du code des marchés publics fixait un quorum aux réunions de ces commissions à la moitié des membres ayant voix délibératives. Les obligations de chacun pouvaient parfois rendre difficile la tenue de réunions répondant à cette exigence, notamment dans le cas où plusieurs collectivités territoriales décidaient de recourir à l'achat groupé. Désormais l'[article L. 1414-2](#) dernier alinéa du CGCT consacre la possibilité d'organiser des séances de CAO par le biais d'une visio-conférence.

L'attention doit être appelée sur le fait qu'en application de l'[article 103](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et de l'[article 188](#) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les nouvelles règles relatives à la CAO, désormais intégrées CGCT, ne s'appliquent que pour les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016. Pour les autres marchés publics, les règles antérieures continuent à s'appliquer.

1. L'élection et la composition des commissions d'appel d'offres

1.1. De nouvelles règles qui n'imposent pas nécessairement de procéder à l'élection d'une nouvelle CAO

Tel que modifié par le 3^o du II l'[article 101](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, l'[article L. 1414-2](#) du CGCT précise que « pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'[article 42](#) de l'ordonnance [n° 2015-899], à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'[article L. 1411-5](#) ».

¹ Cette idée avait déjà été retenue par le ministre chargé de l'économie à l'occasion d'une question parlementaire (QE AN n° [122566](#), JORF du 22 mai 2012, p. 4053).

Si l'ordonnance du 23 juillet 2015 abroge le code des marchés publics à compter du 1^{er} avril 2016, elle n'a ni pour objet ni pour effet d'invalider les modalités d'élection et de composition des CAO formées sur le fondement dudit code, dans la mesure où les règles de composition de ces CAO ne sont pas modifiées.

En conséquence, il n'y a pas lieu d'organiser de nouvelles élections pour élire les membres des CAO, sauf si, en application des anciennes règles, les CAO existantes sont composées de moins de membres que prévus par les nouveaux textes.

Désormais, l'[article L. 1411-5](#) du CGCT précise que : « *II. – La commission est composée :*

« a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

« b) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste. ».

Pour les établissements publics locaux dont la CAO ne comportait pas cinq membres², les nouvelles règles imposent la modification de la composition des CAO en place.

Parce que l'élection des membres a lieu à la représentation proportionnelle au plus fort reste, les nouvelles règles imposent la création d'une nouvelle instance : l'élection de l'ensemble des membres de la CAO s'impose et il n'est pas envisageable de compléter la composition de ces CAO par la simple adjonction de nouveaux membres.

1.2. La CAO est-elle un organe permanent ?

Les textes donnent à la CAO une compétence d'attribution. Celle-ci n'intervient qu'à l'égard des marchés publics passés selon une procédure formalisée (voir point 2 de la présente fiche technique). De ce fait, elle n'a pas nécessairement un caractère permanent.

Toutefois, il est toujours possible de décider de faire de la CAO une instance à caractère permanent, qui sera réunie périodiquement, en fonction des besoins, afin d'éviter d'avoir à désigner une CAO à chaque marché public passé selon une procédure formalisée.

1.3. Est-il possible de créer plusieurs CAO ?

L'[article 22](#) du code des marchés publics prévoyait que « *pour les collectivités territoriales (...) sont constituées une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent* ».

Cette précision n'est pas reprise par le chapitre IV du titre I^{er} du livre IV de la première partie du CGCT tel que modifié par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Le 3^o du II de l'[article 101](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui modifie l'[article L. 1414-2](#) de ce code, se borne à préciser que « *pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance [n° 2015-899 du 23 juillet 2015], à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5. Toutefois, en cas d'urgence impérieuse, le marché public peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres* ».

La rédaction de l'[article L. 1414-2](#) du CGCT issue de l'ordonnance du 23 juillet 2015 n'a cependant pas pour effet d'interdire aux collectivités territoriales d'instituer plusieurs commissions d'appel d'offres. Elle se limite à renvoyer aux règles applicables aux commissions intervenant en matière de délégations de service public, en précisant que « *le titulaire est choisi par une commission d'appel*

² Cas de certains des établissements publics de coopération intercommunale et syndicats mixtes et des autres établissements publics locaux mentionnés aux 6^o et 7^o de l'[Art. 22](#) du code des marchés publics.

d'offres composée conformément aux dispositions de l'[article L. 1411-5](#) » de ce code. Cet article L. 1411-5 précise que : « les plis contenant les offres sont ouverts par une commission » dont il détermine ensuite la composition.

Conformément au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, une collectivité territoriale peut, par conséquent, instituer des commissions d'appel d'offres *ad hoc* par type de délégations de service public ou de marchés publics, voire par types de prestations ou services acheteurs principalement concernés.

Si une collectivité territoriale instaure plusieurs commissions d'appel d'offres, il lui appartient de préciser laquelle, ou lesquelles, verront leurs membres appelés à siéger à l'occasion de l'analyse des candidatures en cas d'organisation d'un concours. Elle peut le faire soit lors de l'institution des différentes commissions, soit au fur et à mesure des besoins. En effet, comme l'avait précisé le ministre chargé de l'économie en réponse à une question parlementaire (QE AN n° [30298](#), Rép. min. n° 26419, JOAN Q 11 décembre 1995, p. 5243), l'article L. 1411-5 du CGCT ne fait pas obstacle à ce qu'un vote unique intervenant, soit en début de mandat, soit à tout autre moment, constitue une commission pour la totalité des procédures de passation que la collectivité mettra en œuvre pendant ce mandat.

À contrario, il est possible d'instituer des commissions d'appel d'offres au fur et à mesure de l'apparition des besoins. Il en va de même pour la mise en place d'un jury, sur la base des mêmes dispositions.

1.4. Quelles sont les règles de fonctionnement des CAO ?

Les nouveaux textes ne comportent pas de dispositions spécifiques au fonctionnement de la CAO. Aussi, comme en matière de CDSP, chaque collectivité territoriale ou établissement public local doit définir lui-même les règles de fonctionnement de sa CAO. Chaque acheteur pourra, par exemple, s'inspirer des règles applicables à son assemblée ou organe délibérant pour ce qui est du délai minimum à respecter entre la date de convocation et la date de réunion, ou bien encore de la voix prépondérante du président en cas de partage égal des voix.

Le principe de transparence des procédures implique cependant que, comme l'[article 25](#) du CMP le prescrivait, la CAO dresse un procès-verbal de ses séances, même dans le silence des textes.

1.5. Quelles sont les règles applicables au remplacement des membres de la CAO ?

Il appartient à chaque acheteur de définir les règles applicables en matière de remplacement des membres, titulaires ou suppléants, de la CAO.

Le remplacement total de la commission n'est obligatoire que dans le cas où la composition de la CAO ne permet plus de garantir l'expression du pluralisme des élus en son sein, conformément aux prescriptions de l'[article L. 2121-22](#) du CGCT.

Cette hypothèse se rencontre en cas de vacance d'un siège qui ne peut être pourvu en raison de l'épuisement de la liste de titulaires et de suppléants. Il en va de même en cas de changement de gouvernance partielle au sein d'un EPCI comprenant au moins une commune de plus de 3 500 habitants³, si, après ce changement de gouvernance, la composition de la CAO ne reflète plus le pluralisme existant au sein de l'assemblée délibérante.

En effet, le Conseil d'État a considéré que le conseil municipal a l'obligation de procéder au remplacement des membres d'une commission mentionnée à l'article [L. 2121-22](#) du CGCT lorsque la composition de celle-ci n'assure plus le respect du principe de la représentation proportionnelle des différentes tendances en son sein⁴.

³ L'[Art. L. 5211-1](#) du CGCT rend applicable aux EPCI les dispositions de l'[Art. L. 2121-22](#) du CGCT relatives à la composition pluraliste des commissions.

⁴ CE, 20 novembre 2013, *Commune de Savigny-sur-Orge*, n° [353890](#).

1.6. Quelle est la composition des CAO pour les offices publics de l'habitat ?

À compter du 1^{er} avril 2016, l'[article L. 1414-2](#) du CGCT prévoit que pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens, le titulaire est choisi par une CAO composée conformément aux dispositions de l'[article L. 1411-5](#) du même code. Cet article précise que la commission est composée, lorsqu'il s'agit d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante.

Pour les offices publics de l'habitat (OPH), soumis à cette règle en tant qu'établissements publics locaux, « l'assemblée délibérante » est le conseil d'administration prévu à l'[article L. 421-8](#) du code de la construction et de l'habitation (CCH). « L'autorité habilitée à signer la convention », qui préside la CAO, est le directeur général en application de l'[article R. * 421-18](#) du CCH, qui dispose qu'« il passe tous actes et contrats au nom de l'office et le représente dans tous les actes de la vie civile ».

2. La compétence des commissions d'appel d'offres

2.1. CAO et marchés publics exclus du champ d'application de l'ordonnance n°2015-899

L'[article L. 1414-2](#) du CGCT, tel que modifié par l'[article 101](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, dispose que « Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'[article 42](#) de l'ordonnance susmentionnée, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'[article L. 1411-5](#) ».

L'article 42 de ladite ordonnance énumère, en son 1^o, les procédures formalisées applicables lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française : procédure d'appel d'offres, procédure concurrentielle avec négociation, procédure négociée avec mise en concurrence préalable et procédure de dialogue compétitif.

Les seuils de procédure formalisée fixés par l'avis publié le 27 mars 2016 constituent donc bien le critère de mise en œuvre des procédures énoncées au 1^o de l'article 42. En conséquence, lorsque l'article L. 1414-2 du CGCT se réfère aux marchés publics dont la valeur excède les seuils mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance, il a pour objet de circonscrire le champ d'intervention de la commission d'appel d'offres aux seuls marchés publics passés en application desdites procédures formalisées en raison de la valeur estimée du besoin auquel ils répondent.

Cette règle a trois conséquences.

- Les marchés publics qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils des procédures formalisées ne sont pas attribués par la CAO, y compris lorsque l'acheteur a décidé de les passer selon une procédure formalisée.
- Les « petits lots » qui, en application de l'[article 22](#) du décret n° 2016-360, font l'objet d'une procédure adaptée, ne sont pas attribués par la CAO.
- Les marchés publics exclus du champ d'application en application des [articles 14, 15, 17 et 18](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui sont exclus du champ d'application en raison de leur objet (articles 14 et 15) ou de spécificités tenant aux caractéristiques du cocontractant (articles 17 et 18) et non de leur valeur, ne relèvent pas de la compétence des commissions d'appel d'offres.

Dans ces trois cas, l'acheteur peut toutefois décider de consulter la CAO. Il convient de noter que, dans ce cas, la CAO n'intervient pas, en principe, pour attribuer le marché. Elle ne rend qu'un avis à titre consultatif ne liant pas l'acheteur.

2.2. CAO et marchés publics passés en procédure adaptée quelle que soit la valeur estimée du besoin (Art. 28 et 29 du décret n° 2016-360)

Pour les mêmes motifs, même si les « *marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques* » ou les « *marchés publics de services de représentation juridique* » répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil de 209 000 € HT, la CAO n'a pas à être obligatoirement saisie pour désigner leur attributaire.

2.3. CAO et marchés publics passés selon la procédure de l'article 30 du décret n° 2016-360

Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence font l'objet d'une procédure non formalisée. La CAO n'a donc pas à être obligatoirement saisie pour désigner leur attributaire.

Il en résulte notamment que la CAO n'a pas à être obligatoirement consultée pour l'attribution de « petits lots » au sens de l'[article 22](#) du décret n° 2016-360 déclarés infructueux et qui, en application de l'[article 30 I 2°](#) dudit décret, font l'objet d'une négociation sans publicité ni mise en concurrence préalable, y compris lorsque leur montant cumulé dépasse le seuil des procédures formalisées.

2.4. CAO, avenants et autres modifications du marché public en cours d'exécution

L'[article L. 1414-4](#) CGCT tel que modifié précise que « *Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis. / Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres* ».

Il s'agit de la reprise des dispositions de l'[article 8](#) de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, abrogées par le 8° de l'[article 102](#) de l'ordonnance n° 2015-899.

L'[article L. 1414-3](#) du CGCT a été modifié par l'ordonnance n° 2015-899. En application du code des marchés publics, lorsqu'un groupement de commandes comportait une seule collectivité territoriale ou membre devant disposer d'une CAO, il était obligatoire de prévoir une CAO de groupement. Désormais, cela n'est le cas que lorsque le groupement de commande est composé « *en majorité de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social* ».

La modification de cette règle ne permet pas au groupement de commandes concerné par ces nouvelles dispositions (ceux pour lesquels les membres collectivités territoriales ou établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social seraient minoritaires) de se passer de la consultation de la CAO sur un projet d'avenant à un marché public passé en application du code des marchés publics. Aussi, lorsqu'une CAO relevant des anciennes règles et une CAO relevant des nouvelles règles existent pour un même acheteur ou groupement de commandes, la CAO « anciennes règles » doit être saisie lors de la passation d'un avenant à un marché public passé sous l'empire du code des marchés publics, c'est-à-dire lorsque le marché public en cause a fait l'objet d'une consultation ou d'un envoi de l'avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016.

Enfin, l'article L. 1414-4 du CGCT fait référence à un « *avenant* » et non à une « *modification du marché public* ». En conséquence, la CAO n'a pas à être consultée en cas de décision de poursuivre ou de décision unilatérale de modification du marché public initial. De même, l'avis de la CAO n'est pas nécessaire lors la mise en œuvre d'une clause de variation des prix.

2.5. CAO et offres anormalement basses, inappropriées, irrégulières ou inacceptables

L'[article L. 1414-2](#) du CGCT, tel que modifié par l'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, dispose que « *Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'[article 42](#) de*

l'ordonnance [n° 2015-899 du 23 juillet 2015], à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'[article L. 1411-5](#) ».

En conséquence, le rejet des offres inappropriées, irrégulières ou anormalement basses n'est plus prononcé par la CAO.

Toutefois, il convient de rappeler que les éléments rassemblés en vue du futur rapport de présentation prévu par l'[article 105](#) du décret n° 2016-360, lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, peuvent utilement être présentés à la CAO afin que celle-ci puisse se prononcer en toute connaissance de cause. Or, ce rapport indique, notamment, les raisons qui ont amené l'acheteur à juger une offre anormalement basse ou à rejeter une offre (Art. 105 I 4°).

De même, pour les marchés publics passés en par une entité adjudicatrice, l'ensemble des informations relatives à la qualification et à la sélection des opérateurs économiques et à l'attribution des marchés publics, à conserver en application de l'[article 106](#) dudit décret, est également transmis à la CAO.

La CAO, qui a pour compétence de désigner le soumissionnaire à qui sera attribué le marché public, peut donc, à cette occasion, se prononcer sur l'ensemble des analyses opérées. Ainsi, les décisions de rejet, qui appartiennent à la seule personne compétente pour signer le marché public, ne peuvent être notifiées avant que la CAO ne se soit prononcée sur le titulaire pressenti.

Enfin, il convient d'ajouter que les acheteurs demeurent libres de consulter la CAO sur l'ensemble des points qui ne relèvent pas de sa compétence.

2.6. CAO et jury

En application de l'[article 89](#) du décret n° 2016-360, le jury doit être composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours et, lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée des candidats, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente. Cet article précise également que les membres élus de la commission d'appel d'offres doivent faire partie du jury.

Cet article laisse, en dehors de ces trois règles, une marge de manœuvre importante aux acheteurs. Il est ainsi possible de décider que le président de la CAO, qui n'en est pas un membre élu, fera partie du jury, qu'il le présidera, voire qu'il sera chargé de nommer les membres du jury autres que ceux qui sont des membres élus de la CAO.