

Les règles de fonctionnement des commissions d'appel d'offres dans le cadre des procédures formalisées

La réforme du droit de la commande publique, si elle a maintenu les commissions d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, a en revanche supprimé l'essentiel des règles qui étaient liées à leurs modalités de fonctionnement. Cette suppression suscite de nombreuses interrogations auxquelles nous tenterons de répondre.

Les commissions d'appel d'offres (CAO) sont des instances de décision pour l'attribution des marchés publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Organes collégiales, composées des membres de l'assemblée délibérante de la collectivité concernée, elles permettent de prévenir la corruption et d'assurer une sélection plus rigoureuse de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Elles trouvent leur fondement uniquement dans le droit français. Les textes communautaires n'imposent en la matière aucune obligation à l'égard des acheteurs.

Jusqu'en 2008, il existait également des CAO pour les marchés de l'État, de ses établissements publics (y compris les établissements publics de santé) et des établissements sociaux ou médico-sociaux⁽¹⁾. Ces commissions n'ont revanche pas été supprimées pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Cela s'explique par le fait qu'au niveau local cet organe permet d'assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures et la bonne information des élus sur les affaires de la commune⁽²⁾.

Pour ces mêmes raisons, la réforme du droit des marchés publics, issue de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, n'a également pas mis fin à leur existence.

À la suite de cette réforme, les dispositions concernant les CAO ont été insérées aux articles L. 1414-2 et L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Auteur

Daniel Tasciyan
Avocat à la Cour

Mots clés

Commission d'appel d'offres • Convocation • Procès-verbaux
• Quorum

(1) Cette obligation a été supprimée par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics.

(2) La commission d'appel d'offres est composée de membres de l'assemblée délibérante élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste

Elles ont ainsi été séparées des textes relatifs aux marchés publics⁽³⁾.

Mais surtout, cette réforme est venue modifier les règles régissant les CAO afin d'assouplir leurs modalités de fonctionnement. De sorte que les collectivités puissent, selon la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, « se doter des règles les mieux à même de répondre aux caractéristiques qui leur sont propres, à leur environnement et à leurs contraintes »⁽⁴⁾.

C'est ainsi que les dispositions contenues à l'article 25 du Code des marchés publics de 2006, relatives aux règles de fonctionnement des CAO (convocation, quorum et procès-verbal) n'ont pas été reprises par l'ordonnance du 23 juillet 2015 à l'origine des nouveaux articles L. 1414-2 et L. 1411-5 du CGCT.

Une nouvelle règle, destinée à alléger les modalités de fonctionnement des CAO, a toutefois été créée : il s'agit de la règle relative à l'organisation des réunions à distance⁽⁵⁾.

On précisera enfin que pour les offices publics de l'habitat, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin II », est venue modifier les dispositions de l'article L. 1414-2 du CGCT, issues de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Cet article précise ainsi qu'un décret en Conseil d'État viendra fixer la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la CAO des offices publics de l'habitat⁽⁶⁾.

Mais en attendant la publication de ce décret, les commissions des offices publics de l'habitat sont soumises aux mêmes interrogations que les autres commissions sur leurs règles de fonctionnement, et auxquelles nous tenterons de répondre.

La tenue des réunions de la commission d'appel d'offres

Il résulte de l'article L. 1414-2 du CGCT que la CAO doit se réunir pour l'attribution des marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens.

En principe, la CAO se réunit sur décision de son président, sauf si le règlement de la commission attribue cette compétence à une autre personne.

(3) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ; décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

(4) Fiche *DAJ*, « L'intervention de la CAO dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics », p. 1.

(5) CGCT, art. L. 1414-2.

(6) On notera pour finir qu'il résulte bien de la loi Sapin II que la suppression des principales règles de fonctionnement des commissions d'appel d'offres est bien volontaire. Le législateur pouvait très bien, au moment du vote de cette loi, modifier les dispositions de l'article L. 1414-2 du CGCT pour l'ensemble des commissions d'appel d'offres.

Aucune précision n'est toutefois donnée sur la périodicité des réunions à organiser. Il n'existe donc aucun minimum ou maximum. La commission peut en d'autres termes se réunir toutes les fois (ou aucune fois) que son président le jugerait nécessaire, en fonction de la quantité et de l'importance de marchés publics à attribuer.

La composition de la commission d'appel d'offres

Les règles de composition des CAO n'ont pas fait l'objet de modification. Celles-ci restent composées de trois (pour les communes de moins de 3 500 habitants) ou de cinq membres (pour toutes les autres collectivités territoriales et pour tous les établissements publics locaux), élus par l'assemblée délibérante, et d'un président. Ces membres ont voix délibératives⁽⁷⁾.

Par ailleurs, l'article L. 1411-5 du CGCT dispose que le président de la commission peut inviter à la réunion, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence. Il peut également inviter en raison de leur compétence, des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public⁽⁸⁾. Ces membres ont voix consultatives.

Hormis ces personnes, convoquées ou invitées à la réunion, nul ne peut participer ni même assister aux réunions, censées se dérouler à huit clos⁽⁹⁾. Dans le cas contraire, cela aurait pour objet de rendre public le contenu des offres des candidats, ce qui porterait atteinte au principe d'égal concurrence et de protection du secret industriel et commercial⁽¹⁰⁾. Ce point est du reste confirmé par plusieurs réponses ministérielles⁽¹¹⁾. La première citée rappelle ainsi que « l'admission du public au sein des commissions d'appel d'offres présente le risque, d'une part, de transformer lesdites commissions en instance de débat à caractère général, ce qui n'est pas leur vocation, et, d'autre part, de faire assister des personnes ayant un lien avec les candidats ou leurs intermédiaires professionnels. De surcroît, le public n'est pas soumis, contrairement aux personnalités qualifiées participant aux commissions à titre consultatif, aux devoirs d'impartialité et de confidentialité nécessaires à l'examen des marchés ».

(7) CGCT, art. L. 1411-5.

(8) Ce dernier point reste cependant à confirmer le dernier alinéa de l'article L. 1411-5 du CGCT n'évoquant la possibilité de réunir des personnalités ou agents de la collectivité qu'en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public. Cette disposition ne fait en somme pas mention des marchés publics.

(9) CE 27 juillet 2001, *Cie générale des eaux*, req. n° 229566.

(10) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, art. 18 et 21 ; ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 1 et 44 – V. également CE 19 décembre 1969, *Sté Socosat*, req. n° 61003.

(11) Rép. min. n° 24081 : *JOAN Q* 20 octobre 2003, p. 8017 ; Rép. min. n° 44524, *JO AN* du 5 mai 2009, p. 431 – Rép. min. n° 24504 : *JO Sénat Q*, 29 décembre 2016, p. 5650.

Le délai de convocation aux réunions de la commission d'appel d'offres

L'article 25 du Code des marchés publics disposait que les convocations aux réunions de la CAO étaient adressées à leurs membres au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion. Ce délai était similaire à celui prévu à l'article L. 2121-12 du CGCT pour la convocation des conseils municipaux dans les communes de plus de 3 500 habitants.

Ce délai n'apparaît toutefois plus dans le nouvel article L. 1414-2 du CGCT relatif aux modalités de fonctionnement des CAO.

Cette suppression signifie que les CAO auront désormais toute latitude pour fixer elles-mêmes leur propre délai de convocation. Ce délai pourra ainsi être supérieur ou inférieur à cinq jours francs^[12].

Un délai suffisant devra toutefois être respecté entre la date d'envoi de la convocation et la réunion de la commission afin que les membres soient pleinement à même de prendre connaissance des informations nécessaires pour leur participation à la réunion.

Ce délai pourrait par ailleurs être réduit si l'urgence le justifie. Ce point semble du reste être corroboré par l'article L. 1414-2 du CGCT qui dispose qu'en cas d'urgence, impérieuse cependant, le marché public peut être attribué sans réunion préalable de la CAO.

Des délais plus brefs pourraient également être mis en place si lors de la première délibération le quorum n'a pas été atteint ou si la délibération a fait l'objet d'un report sur demande de la commission elle-même (dans l'attente d'obtenir une information jugée importante ou pour allonger le délai de réflexion, par exemple).

Mais en tout état de cause, l'obligation de procéder à la convocation des membres reste maintenue^[13].

S'agissant des modalités de convocation, celles-ci sont libres. En général, la convocation est adressée par le président de la CAO à ses membres par lettre recommandée avec accusé de réception. Mais tout autre envoi ou remise qui garantirait la preuve de la réception de la convocation est également envisageable. L'article 43 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics autorise d'ailleurs les communications et les échanges d'informations effectués par voie électronique.

[12] On savait d'ailleurs depuis la décision Danthony (CE 23 décembre 2011, req. n° 335033) que le non-respect du délai de 5 jours francs n'est de nature à entraîner l'annulation de la délibération en cause que si cette méconnaissance a exercé une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie (pour le non-respect du délai de convocation des conseils municipaux v. par exemple : CAA Nantes 19 septembre 2016, req. n° 15NT03741).

[13] Le Conseil d'État l'avait déjà rappelé sous l'empire du Code des marchés publics de 1964 qui ne prévoyait également rien en la matière : CE 2 avril 1993, Préfet de l'Aveyron, req. n° 85797 ; CE 16 octobre 1995, Sté SCREG Île-de-France, req. n° 129236.

Les éléments à joindre à la convocation des membres de la commission d'appel d'offres

L'article 25 du Code des marchés publics était déjà silencieux sur le contenu des convocations à adresser aux membres de la commission. Le nouvel article L. 1414-2 du CGCT n'apporte pas plus de précision.

Quoi qu'il en soit, il est admis, qu'en principe, cette convocation doit, à tout le moins, comporter un ordre du jour afin de garantir la bonne information des membres de la commission^[14]. Il est de plus recommandé de mettre à leur disposition les rapports d'analyse concernant chaque affaire^[15]. Cette mise à disposition n'implique bien évidemment pas l'envoi de ce rapport. Cela pourrait d'ailleurs poser des problèmes relatifs à la confidentialité des offres^[16]. Elle implique simplement que les membres puissent se rendre au service des marchés publics de l'acheteur afin de consulter sur place le rapport en question.

Les modalités relatives au quorum

L'article 25 du Code des marchés publics disposait que le quorum était atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative étaient présents. Ce point n'a pas été modifié par la réforme de 2015.

Le nouvel article L. 1414-2 du CGCT dispose en effet que « le titulaire est choisi par une CAO composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 ». Or, selon ce dernier article, le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. Au surplus, si on devait considérer que le renvoi à l'article L. 1411-5 du CGCT ne concernerait pas les règles relatives au quorum, on rappellerait qu'en l'absence d'une disposition législative ou réglementaire ayant fixé un quorum aux délibérations d'une commission consultative, celle-ci peut valablement délibérer dès lors que plus de la moitié de ses membres sont présents^[17].

L'article L. 1411-5 du CGCT dispose en outre que dans l'hypothèse où « après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum ». Cette disposition est identique à celle qui s'applique pour les assemblées délibérantes des collectivités territoriales^[18]. De sorte qu'à supposer encore une fois que le renvoi à l'article L. 1411-5 du CGCT ne soit pas applicable à la règle du quorum, l'absence de condition de quorum semble être admise au regard des principes généraux régissant le fonctionnement des collectivités territoriales.

[14] Rép. min. n° 97129 : JOAN Q, 5 avril 2011, p. 3378.

[15] Rép. min. n° 97129 : JOAN Q, 5 avril 2011, p. 3378.

[16] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 44.

[17] CE 18 avril 1969, Sieur Meunié, req. n° 72251.

[18] CGCT, art. L. 2121-17, L. 3121-14 et L. 4132-13.

Il n'est en revanche pas nécessaire que les membres de la commission soient physiquement présents pour assister aux délibérations. C'est là, la principale innovation introduite par la réforme de 2015.

L'article L. 1414-2 du CGCT autorise en effet la tenue de délibération organisée à distance, dans les conditions précisées par l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014.

Ainsi, une délibération peut être organisée par conférence téléphonique ou audiovisuelle. Elle peut même être organisée par mél (à travers un système de messagerie instantanée ou de dialogue en ligne) pourvu cependant que la préservation du secret du vote soit assurée^[19].

Enfin, on relèvera que les nouveaux textes, à la différence de l'article 22, IV du Code des marchés publics de 2006, n'énoncent plus qu'en cas de partage égal des voix, le président a voix prépondérante. Il appartiendra ainsi à la CAO de prévoir dans son règlement interne si en cas de partage égal des voix, le président a ou non ce privilège.

La tenue des procès-verbaux

Le procès-verbal d'une séance d'une assemblée délibérante ou d'une commission publique peut être défini comme un document écrit qui indique le nom et la qualité des membres présents, les questions traitées au cours de la séance et le sens de chacune des délibérations^[20].

L'obligation pour les CAO de tenir pour chacune de leur réunion un procès-verbal de séance, prévue à l'article 25 du Code des marchés publics, n'apparaît plus dans le nouvel article L. 1414-2 du CGCT.

En pratique toutefois, l'établissement d'un procès-verbal de séance sera vivement recommandé afin de laisser une trace écrite du déroulé de la séance et d'éviter par là même tout risque de contentieux. Cette recommandation est également formulée par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, laquelle rappelle que « 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 »^[21].

Au demeurant, l'article L. 1411-5 du CGCT dispose que si le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence ont été invités à participer à la réunion de la CAO, leurs observations doivent être consignées au procès-verbal. Par conséquent, il ressort des dispositions même du CGCT que le législateur n'a pas entendu mettre fin à la tenue des procès-verbaux des réunions des CAO.

En revanche, aucune disposition n'impose la motivation du procès-verbal de la réunion de la CAO^[22]. Mais cette absence d'obligation de motiver le procès-verbal ne signifie pas, comme l'avait déjà rappelé une réponse ministérielle^[23], que le processus d'analyse des offres ayant permis de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas retranscrit. Elle signifie simplement qu'il n'est pas nécessaire de rédiger un rapport spécifique quant au déroulé de la séance ou des décisions qui ont été adoptées à l'issue des délibérations.

Conclusion

La réforme des CAO, opérée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, avait pour objet d'offrir à ces organismes, gérés par les acheteurs publics locaux, plus d'autonomie au niveau de leur gestion. Leurs règles de fonctionnement ont été ainsi allégées.

Il appartient donc désormais à chaque acheteur de définir lui-même ses propres règles de fonctionnement, dans le respect des principes régissant le droit de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures) et des élus (garantie d'une bonne information).

Ces règles de fonctionnement pourront être transcrites au sein d'un règlement intérieur. Cela ne constitue pas vraiment une nouveauté. Sous l'empire du Code des marchés publics, les acheteurs étaient en effet déjà incités à définir leurs règles pratiques de fonctionnement^[24], lesquelles étaient en général déjà établies dans un règlement intérieur.

Le règlement intérieur pourra être adopté soit par l'assemblée délibérante de la collectivité ou de l'établissement public soit par la commission elle-même. Mais comme l'a souligné le professeur Linditch, l'adoption du règlement par l'assemblée délibérante n'est pas la solution la plus intéressante dès lors que toute modification de ce règlement devra être actée par elle^[25].

Mais si aucun règlement intérieur (ou tout règlement de ce type) n'était adopté, il sera vivement recommandé aux CAO de continuer à appliquer les dispositions relatives au fonctionnement prévu par l'article 25 du Code des marchés publics de 2006 (délais de convocation, question du quorum et établissement du procès-verbal). Le principe selon lequel en cas de partage égal des voix, le président a voix prépondérante^[26] ne pourra en revanche plus l'être. Dans le cas contraire, la délibération adoptée par les CAO pourrait être considérée comme irrégulière et, partant, entraîner la nullité de la procédure de passation du marché.

[19] Ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014, art. 3.

[20] Code des relations entre le public et l'administration, art. R. 133-13.

[21] Fiche *DAJ*, « L'intervention de la CAO dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics », p. 3.

[22] CAA Nancy 8 décembre 2015, req. n° 14NC00752.

[23] Rép. min. n° 09900, *JO Sénat Q.* 9 décembre 2004, p. 2825.

[24] Rép. min. n° 97129 : *JOAN Q* 5 avril 2011, p. 3378.

[25] F. Linditch, « Que reste-t-il de la commission d'appel d'offres ? - Réforme des marchés publics, suite », *JCP. A* n° 45, 14 novembre 2016, 2290.

[26] Code des marchés publics, art. 22, IV.