

FICHE SYNTHETIQUE

LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES :

Election , constitution , fonctionnement et
sécurité juridique des procédures

SOMMAIRE :

1. Caractéristiques de la CAO des Collectivités Territoriales

- a) Elle a un caractère permanent
- b) Elle est investie d'un pouvoir de décision
- c) Elle est une émanation de l'organe délibérant

2. Rappel des règles d'élection et de constitution de la CAO

- a) Modalités d'élection des membres de la CAO
- b) La composition de la CAO
- c-) Le président de la CAO

3. Le rôle de la CAO

- a) Elle est appelée à prendre des décisions
- b) Elle peut aussi avoir à donner un avis

4. Les autres participants aux séances de la CAO

5. Le fonctionnement de la CAO

6. CAO et sécurité juridique des marchés publics

- a) La constitution irrégulière d'une CAO pour une séance donnée
- b) L'illégalité de l'élection de la CAO

N.B. : - Les notes sont groupées en fin de document

- En annexe les textes référents : CMP articles 22 à 25 / CGCT article L 2121-21

1. Caractéristiques de la CAO des Collectivités Territoriales

- a) Elle a un caractère permanent

Ce qui signifie qu'elle est constituée pour la durée du mandat des élus qui la composent. Elle ne peut pas être renouvelée en cours de mandat des élus, quand bien même il y aurait une modification de la représentation des tendances politiques au sein du Conseil Municipal.¹ Son renouvellement intégral n'est possible que dans l'hypothèse où elle se trouve dans l'impossibilité de pourvoir au remplacement d'un membre titulaire conformément aux règles posées par le Code des Marchés Publics (CMP).²

N.B. : Outre la ou les CAO à caractère permanent, peut aussi être constituée une commission spécifique pour la passation d'un marché déterminé (article 22-1 , alinéa 1)

b) Elle est investie d'un pouvoir de décision

Contrairement à d'autres commissions qui n'ont qu'un rôle consultatif, la Commission d'Appel d'Offres des Collectivités Territoriales est investie d'un pouvoir de décision dans le cadre des procédures de marché public où elle intervient (article 22 du Code des Marchés Publics).

Ce pouvoir de décision emporte plusieurs conséquences qui seront développées plus loin.

c) Elle est une émanation de l'organe délibérant

En conséquence, sa composition doit refléter celle de l'assemblée délibérante dont elle est issue. C'est pour cette raison que le mode de scrutin pour l'élection de ses membres est celui de la représentation proportionnelle au plus fort reste qui permet l'expression pluraliste des élus en son sein.

2. Rappel des règles d'élection et de constitution de la CAO

Sans entrer dans le détail, il n'est pas inutile de lister les principales caractéristiques de ses modalités d'élection et de sa composition, telles qu'elles sont définies à l'article 22 du Code des Marchés Publics :

a) Modalités d'élection des membres de la CAO

Ses membres sont élus :

- ⇒ à la représentation proportionnelle au plus fort reste
- ⇒ au scrutin de liste
- ⇒ au scrutin secret sauf accord unanime contraire (article L2121-21 du CGCT)

b) La composition de la CAO

- ⇒ **trois membres** titulaires pour les communes de **moins de 3.500 habitants** et un nombre égal de membres suppléants
- ⇒ **cinq membres** titulaires pour les communes de **plus de 3.500 habitants** et un nombre égal de membres suppléants
- ⇒ pour les EPCI et les Syndicats Mixtes, un nombre de membres égal à celui prévu pour la CAO de la commune adhérente ayant le plus grand nombre d'habitants.
[N.B. : un aménagement est prévu pour les EPCI ou SM qui ne pourraient atteindre ce nombre : Art. 22 – I - 5°]

! Un suppléant n'est pas le suppléant de la commission ou d'un titulaire, mais celui d'une liste !

! L'élection des suppléants a lieu selon les mêmes modalités que celle des titulaires et en nombre égal !

c) Le président de la CAO

C'est, de droit, le président de l'exécutif local, Maire ou Président de l'Etablissement Public. Il a la possibilité de désigner un représentant.

! Le représentant du président de la CAO ne peut être désigné parmi les membres élus de la CAO³ !

3. Le rôle de la CAO

a) Elle est appelée à prendre des décisions

C'est son rôle dans la plupart des procédures de marché public formalisées. Par exemple, dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, c'est elle qui :

- ⇒ Elimine les offres inappropriées ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables
- ⇒ Classe les offres
- ⇒ Choisit l'offre économiquement la plus avantageuse
- ⇒ Eventuellement, déclare l'appel d'offres sans suite ou infructueux
- ⇒ Eventuellement, choisit le type de procédure à mettre en œuvre lorsque l'appel d'offres est déclaré infructueux.

b) Elle peut aussi avoir à donner un avis :

- ⇒ Pour la passation des avenants supérieurs à 5%
- ⇒ Lorsqu'elle est constituée en jury pour les marchés de conception-réalisation ou les concours

4. Les autres participants aux séances de la CAO

Outre le « noyau dur » que constituent les élus, président et membres, l'article 23 du CMP prévoit que :

→ « *Peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la CAO* » :

- ⇒ Un ou plusieurs membres du service technique compétent...
- ⇒ Des personnalités désignées par le président de la commission en raison de leur compétence...

→ « *Lorsqu'ils y sont invités.....peuvent participer avec voix consultative* » :

- ⇒ Le comptable public
- ⇒ Un représentant du DGCCRF

A noter encore : « *La CAO peut faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.* » (art. 22 – III – V)

! Seuls les membres titulaires ont voix délibérative !

5. Le fonctionnement de la CAO

Ces règles font l'objet des dispositions de l'article 25 du CMP.

→ Convocations : « *...au moins 5 jours francs avant la date prévue pour la réunion.* »

! Tous les membres doivent être convoqués ; la formalité est substantielle !

→ Condition de quorum : « *Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission d'appel d'offres ou le jury est à nouveau convoqué. Ils se réunissent alors valablement sans condition de quorum.* »

! Les membres dont il s'agit sont les membres à voix délibérative !

→ Procès-verbal : « *La commission d'appel d'offres ou le jury dresse procès-verbal de ses réunions. Tous les membres de la commission ou du jury peuvent demander que leurs observations soient portées au procès-verbal.* »

! La rédaction du PV doit être suffisamment détaillée ; doit y apparaître la motivation des décisions !

→ Le remplacement d'un membre : « Il est pourvu au remplacement d'un membre titulaire de la commission d'appel d'offres par le suppléant inscrit sur la même liste et venant immédiatement après le dernier titulaire élu de ladite liste. Le remplacement du suppléant, ainsi devenu membre titulaire, est assuré par le candidat inscrit sur la même liste, immédiatement après ce dernier. » (article 22 – III)

! Cette règle est posée pour un empêchement définitif d'un titulaire ; le remplacement momentané d'un titulaire empêché par un suppléant est toujours possible !

! Le renouvellement intégral de la CAO ne peut se faire que si la CAO est dans l'impossibilité de fonctionner conformément aux règles posées par le CMP⁴ !

6. CAO et sécurité juridique des marchés publics

En préambule, on notera que le contentieux de l'élection de la CAO relève du domaine du contentieux électoral.⁵ Ce qui signifie que le délai de recours contre cette élection est court : 5 jours pour un électeur ou éligible, 15 jours pour le Préfet (Art. R 119 du Code Electoral).

Nous avons vu plus haut que la CAO est une émanation de l'organe délibérant et qu'elle est investie d'un pouvoir de décision. Ce point est important. Il en découle en effet que toutes ses décisions engagent la Commune (ou l'Etablissement Public) et sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.⁶ En effet, la décision de la CAO entre dans la catégorie des actes décisifs et susceptibles de faire grief à un requérant. C'est le cas de la décision d'une CAO d'évincer une entreprise, comme de celle d'attribuer un marché à une entreprise.

Etant susceptibles d'un recours par un tiers à qui elles font grief, il importe d'assurer la légalité de ses décisions. Or, si cette légalité peut être contestée sur le fond, elle peut encore plus facilement l'être sur la forme. Un tel moyen de légalité externe est imparable. Deux cas sont à examiner :

a) La constitution irrégulière d'une CAO pour un marché donné

La jurisprudence nous en fournit de nombreux exemples :

- ⇒ Une CAO présidée par un représentant du président choisi parmi les membres⁷
- ⇒ La désignation de personnes compétentes choisies parmi des élus non membres de la CAO⁸
- ⇒ Présence d'un membre en surnombre⁹
- ⇒ Présence d'un membre ayant un intérêt à l'affaire¹⁰ [! On touche ici au délit de prise illégale d'intérêt !]
- ⇒ Présence d'une personne n'ayant pas été légalement désignée¹¹
- ⇒ Participation d'un suppléant au vote¹²

Chacune de ces irrégularités liée à la constitution de la CAO pour une de ses réunions entraîne l'illégalité des décisions rendues par la CAO lors de cette séance et par conséquent peut conduire à l'annulation de la procédure de marché public concernée.

b) L'illégalité de l'élection de la CAO

Moins évident, mais qui peut être soulevé à l'occasion d'un contentieux sur un marché public, est le motif d'une illégalité qui remonte à la constitution initiale de la CAO. Là encore, la jurisprudence nous renseigne :

- ⇒ Non respect du mode de scrutin¹³
- ⇒ Non respect du principe de proportionnalité¹⁴

De plus, on peut considérer que tout manquement aux règles imposées pour l'élection de la CAO pourrait être invoqué pour dénoncer l'illégalité de cette élection. Il pourrait en être ainsi pour une CAO qui serait composée d'un nombre de membres non-conforme aux dispositions du CMP (par exemple quatre membres au lieu de trois...).

Il importe de noter qu'une CAO irrégulièrement élue ou mal constituée représente un risque juridique potentiel permanent pour toutes les procédures de marché public auxquelles cette commission est appelée à participer. En effet, il sera toujours possible, à l'occasion d'un recours introduit par un tiers contre une de ses décisions, d'exciper de l'illégalité de son élection pour obtenir l'annulation de sa décision.¹⁵

En conséquence, compte tenu de son caractère permanent et de son rôle central dans les procédures de marchés publics formalisées, il importe qu'il soit accordé un soin particulier à l'élection et à la constitution de cette commission.

A cet égard, il est conseillé que la délibération qui acte son élection soit la plus explicite possible pour limiter le risque de contestation. Le PV rédigé à l'occasion de la séance où il a été procédé à cette élection doit pouvoir rendre compte éventuellement du détail.

→ Le contrôle de légalité préfectoral exercé dans ce domaine met en évidence quelques erreurs récurrentes en la matière :

- ⇒ erreur sur le mode de scrutin
- ⇒ « oubli » de l'élection des suppléants
- ⇒ nombre de suppléants inférieur au nombre de titulaires
- ⇒ le maire, président, compté au nombre des membres élus de la commission
- ⇒ affectation d'un suppléant à un titulaire nommément désigné

De telles irrégularités, bien qu'elles résultent le plus souvent de la seule méconnaissance des textes applicables en la matière, ouvrent toutefois la voie à la contestation de la légalité de l'élection de cette commission.

NOTES :

- ¹ CAA de Marseille n° 00MA00631, 31 dec. 2003, Ville de Nice
- ² CE 30 mars 2007, req. n° 298103, commune de Cilaos
- ³ TA de Lyon 25 fév. 1998, Préfet du Rhône c/ CG du Rhône, req. n° 9703166
- ⁴ CE, 30 mars 2007, M. Jacques A., req. n° 298103
- ⁵ CE, 17 mars 1999, M. Moynier, n° 196857 et 197199 / CAA de Nantes, 1^{er} mars 2001, Dabin et autres, n° 00NT00233
- ⁶ CE, 4 juin 1976, Desforets, req. n° 96356 / CE 1^{er} avril 1994, SA Ets Ducros, req. n° 120121
- ⁷ CAA de Lyon, 14 déc. 2004, req. n° 42822
- ⁸ TA de Rennes, 16 déc. 1992, Préfet du Morbihan c/ commune de Vannes, n° 91670
- ⁹ CE, 8 déc. 1997, Sté Ricard, n° 162116
- ¹⁰ CE, 8 juin 1994, M. Mas, n° 141026
- ¹¹ TA de Strasbourg, 22 sept. 1998, Assoc. S. Eau S. et autres, n° 97196, 97197 et 97306
- ¹² CE, 13 mars 1998, SIAEP du Pont du Gard, n° 173325
- ¹³ CE, 18 nov. 1991, Le Chaton, n° 74396, 107498, 107499 et 107654
- ¹⁴ CAA de Douai, 29 dec. 2006, n° 05DA00081
- ¹⁵ CE 18 nov. 1991, req. n° 107654, Le Chaton / CAA de Douai 29 dec. 2006, SIAVED, n° 05DA00081