

Les incertitudes concernant les commissions d'appel d'offres à la suite de la réforme de la commande publique

Le silence des textes peut dans certains cas être source d'incertitudes. Tel est le cas de l'ordonnance de 2015 et du décret de 2016 s'agissant de la CAO. Ces incertitudes concernent aussi bien la compétence que l'organisation et le fonctionnement de ces commissions.

Un examen rapide des nouveaux textes - ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 - pouvait laisser penser que la commission d'appel d'offres (CAO) avait été oubliée de la réforme de la commande publique : en effet, le vocable n'apparaît plus dans les nouvelles dispositions.

Fallait-il en déduire qu'à l'instar du décret du 19 décembre 2008⁽¹⁾ supprimant l'obligation de recourir aux commissions d'appel d'offres pour l'État, ses établissements publics et les établissements de santé, la réforme récente annonçait la disparition des commissions au niveau local ? Il est vrai que les CAO n'ont pas bonne presse, accusées d'alourdir les procédures d'achat public (contre l'objectif affiché de simplification des règles de la commande publique) et parfois taxées de simples « chambres d'enregistrement » du rapport d'analyse des offres rédigé par les services de l'acheteur⁽²⁾.

La CAO, en tant qu'émanation directe de l'assemblée délibérante⁽³⁾, joue pourtant un rôle indispensable dans le processus d'attribution des marchés, en particulier lorsqu'ils sont à fort enjeu financier. C'est pourquoi, malgré les apparences, le principe de son intervention pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux a été maintenu par les nouveaux textes. Simplement, pour plus de cohérence, l'ordonnance précitée a réintégré les dispositions relatives à la CAO au sein du Code général des collectivités territoriales (CGCT)⁽⁴⁾.

Auteur

Guillaume Gauch

Avocat associé
SCP SEBAN et Associés
et

Sophie Jager

Avocat à la Cour
SCP SEBAN et Associés

Mots clés

Compétence • Composition • Convocation • Règlement intérieur des achats

(1) Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics.

(2) QE n° 18549 : *JO Sénat Q.*, 29 octobre 2015, p. 2530.

(3) Rép. min. QE n° 23044 : *JO Sénat Q.*, 6 juillet 2006, p. 1866.

(4) Art. 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

Ainsi, l'on peut désormais lire à l'article L. 1414-2 du CGCT 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 offices publics de l'habitat, pour lesquels la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la commission d'appel d'offres sont fixés par décret en Conseil d'État⁽⁵⁾, et 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. Les délibérations de la commission d'appel d'offres peuvent être organisées à distance dans les conditions de l'ordonnance du 6 novembre 2014 susvisée ».

En-dehors de cet article (et de l'article L. 1411-5 du CGCT auquel il renvoie s'agissant uniquement de la composition de la commission), la CAO n'est mentionnée qu'à l'article L. 2121-22 du CGCT pour préciser qu'elle est, comme les autres commissions des communes de plus de 1 000 habitants, soumise au respect du principe de la représentation proportionnelle pour permettre l'expression pluraliste des élus au sein de l'assemblée délibérante.

Ces dispositions pour le moins laconiques – aucune précision n'est, par exemple, apportée quant aux règles de fonctionnement de la CAO, et les pouvoirs de celle-ci, en-dehors de celui de « choisir » le titulaire du marché, ne sont pas davantage indiqués – ont alimenté le scepticisme des praticiens. Se sont ainsi posées, pêle-mêle, les questions de la compétence de la nouvelle commission (faut-il comprendre que la commission attribuera tous les marchés sans qu'il faille distinguer, comme c'était autrefois le cas, selon que l'acheteur a opté pour telle ou telle procédure de passation ?), de l'étendue de ses pouvoirs (comment être certain que la CAO a pleinement épuisé son pouvoir de désignation du soumissionnaire en l'absence de précision textuelle ?), de son degré d'assimilation à la commission de délégation de service public (CDSP), ou encore des modalités de détermination des règles de son fonctionnement (dans quelle mesure les acheteurs sont désormais tenus d'édicter un règlement intérieur ?).

Il apparaît, en effet, que la réforme de la commande publique s'est attelée à simplifier la plupart des dispositions relatives à la compétence de la CAO, qu'elle s'est contentée de calquer l'organisation de celle-ci sur celle de la CDSP et qu'elle est restée muette s'agissant des règles de son fonctionnement. Et, inévitablement, ce « dépour-

lement » a laissé apparaître quelques vides juridiques, sources d'incertitudes.

C'est à ces incertitudes que la Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy a tenté de répondre par la publication d'une fiche technique le 28 juillet 2016, modifiée le 5 août de la même année⁽⁶⁾. Si l'on y trouve des précisions dénuées d'ambiguïté, d'autres suscitent de nouvelles interrogations, soit qu'elles se contredisent, soit qu'elles créent la confusion.

Les incertitudes proviennent à la fois de l'interprétation qu'il faut donner des nouveaux textes et du vide né de la disparition des anciennes dispositions. Elles concernent aussi bien la compétence que l'organisation et le fonctionnement de la commission d'appel d'offres.

Les incertitudes liées à la compétence de la nouvelle commission d'appel d'offres

La réforme de la commande publique a fait évoluer la compétence de la CAO dans un double sens : en supprimant la référence aux procédures de passation, elle semble élargir le champ d'intervention de la commission, désormais compétente pour l'attribution de tous les marchés au-delà des seuils européens⁽⁷⁾. Mais en se bornant à indiquer que la CAO choisit le titulaire sans reprendre le détail de ses missions, elle réduirait a priori l'étendue de ses pouvoirs.

Un élargissement possible du champ d'intervention de la commission d'appel d'offres

Si la compétence *ratione temporis* de la nouvelle commission d'appel d'offres ne pose pas de difficulté⁽⁸⁾, sa compétence *ratione materiae* est plus incertaine.

Pour rappel, l'intervention de la commission d'appel d'offres dépendait, avant la réforme, du type de procédure de passation retenu par le pouvoir adjudicateur ou l'entité

(5) L'article 39 de 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 2 » est venu modifier l'article L. 1414-2 du CGCT en excluant expressément les offices publics de l'habitat (OPH) du bénéfice de ces dispositions et en prévoyant à la place que la composition de leur CAO sera régie par un décret en Conseil d'État. Dans l'attente de la publication de ce décret (prévue au mois de mars 2017 selon l'échéancier législatif), il faut considérer que l'ancien régime des CAO des OPH survit.

(6) « L'intervention de la Commission d'appel d'offres dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics », DAJ, 5 août 2016.

(7) Pour rappel, les seuils applicables du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017 sont les suivants : 135 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services de l'État ; 209 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des collectivités territoriales ; 418 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des entités adjudicatrices ainsi que pour les marchés publics de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ; 5 225 000 € HT pour les marchés publics de travaux.

(8) Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016 (cf. art. 188). Par conséquent, les anciennes règles relatives à la CAO continuent de s'appliquer avant cette date.

adjudicatrice. Très schématiquement, la mise en œuvre d'une procédure formalisée nécessitait la création obligatoire d'une CAO tandis que l'intervention de cette dernière n'était que facultative – même si vivement encouragée – en cas de procédure adaptée.

La réforme de la commande publique a déconnecté la compétence *ratione materiae* de la CAO des procédures de passation des marchés en prévoyant à l'article L. 1414-2 du CGCT que la CAO intervient pour tous les marchés publics conclus au-delà des seuils européens. *A priori* claire dans son principe – le seul critère de compétence tient désormais à la valeur estimée du marché, cette règle a pourtant été interprétée dans un sens plus restrictif et conforme, finalement, aux anciennes dispositions.

La DAJ indique ainsi que l'article L. 1414-2 du CGCT a pour objet de « circonscrire le champ d'intervention de la CAO aux seuls marchés publics passés en application des dites procédures formalisées en raison de la valeur estimée du besoin auxquels ils répondent ».

Ce faisant, elle lie de nouveau la compétence de la CAO aux types de procédures de passation. Et elle en tire comme conséquence l'absence d'intervention obligatoire d'une CAO pour (i) les marchés exclus du champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, (ii) les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils européens, (iii) les petits lots d'un marché public passés selon une procédure adaptée, (iv) les marchés passés en procédure adaptée, quelle que soit leur valeur et (v) les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence.

S'il est vrai que la notion de « seuils européens » est directement liée à celle de « procédures formalisées »^[9], il n'en demeure pas moins qu'un marché dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils peut encore être conclu au terme d'une procédure adaptée en raison de son objet ou encore à travers une procédure négociée sans mise en concurrence. Dans ces hypothèses, et à s'en tenir à une lecture stricte des nouvelles dispositions, l'intervention de la CAO devrait donc être obligatoire.

L'interprétation de la DAJ, qui peut s'expliquer par le souci de préserver la souplesse des procédures non formalisées, constitue une source d'insécurité juridique d'autant plus grave qu'elle risque de conduire les acheteurs à attribuer leurs marchés à l'issue d'une procédure irrégulière.

Aussi, ces derniers auraient tout intérêt à adopter une lecture rigoriste des nouvelles dispositions en prévoyant l'intervention systématique de la CAO pour les marchés excédant les seuils, quelle que soit la procédure retenue pour la passation du marché.

Un appauvrissement probable des pouvoirs de la commission d'appel d'offres

Selon les termes de l'article L. 1414-2, « le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres ». Mais le

texte ne va pas plus loin et, en particulier, il ne reprend pas l'ensemble des missions autrefois dévolues à la CAO par les dispositions du Code des marchés publics (la commission était compétente pour ouvrir les candidatures et les offres ; rejeter les candidatures incomplètes, faisant l'objet d'une interdiction de soumissionner ou ne présentant pas de garanties techniques, professionnelles et financières suffisantes^[10] ; identifier les offres potentiellement anormalement basses et inviter les soumissionnaires concernés à justifier leur prix ; éliminer les offres anormalement basses^[11], irrégulières, inappropriées ou inacceptables^[12] ; déclarer sans suite ou infructueuse les procédures^[13] ; déterminer la procédure à mettre en œuvre en cas de déclaration sans suite ou d'infructuosité^[14] ; choisir l'offre économiquement la plus avantageuse^[15]).

Pour une partie de la doctrine, il semblait logique que la désignation du soumissionnaire englobe toutes les opérations qui la précèdent dans le processus décisionnel d'attribution du contrat^[16]. En effet, le « choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » (le principe est repris dans les nouveaux textes) ne peut se faire qu'à l'aune de l'analyse des autres offres et, le cas échéant, de leur caractère anormalement bas, inapproprié, irrégulier ou inacceptable.

Sur ce point, la DAJ adopte une position ambivalente : elle concède à la CAO « qui a pour compétence de désigner le soumissionnaire à qui sera attribué le marché public » la possibilité, « à cette occasion, de se prononcer sur l'ensemble des analyses opérées ».

Mais elle affirme que la CAO se trouve dépossédée de son pouvoir de rejeter les offres inappropriées, irrégulières ou anormalement basses, au profit de « la seule personne compétente pour signer le marché public », c'est-à-dire l'exécutif de la collectivité.

Rien n'est en revanche indiqué s'agissant de l'organe compétent pour ouvrir les plis ou encore analyser les can-

[10] Cf. CMP, art. 58 (appel d'offres ouvert) ; CMP, art. 63 (appel d'offre restreint).

[11] Cf. CMP, art. 55.

[12] Cf. CMP, art. 58 - III (appel d'offres ouvert) et CMP, art. 63 - III (appel d'offres restreint).

[13] Cf. CMP, art. 59 - III (appel d'offres ouvert), CMP, art. 64 - III (appel d'offres restreint) et CMP, art. 67 - IX (dialogue compétitif).

[14] Cf. CMP, art. 59 - III (appel d'offres ouvert), CMP, art. 64 - III (appel d'offres restreint) et CMP, art. 67 - IX (dialogue compétitif).

[15] Cf. CMP, art. 59 (appel d'offres ouvert), CMP, art. 64 (appel d'offres restreint), CMP, art. 67 (dialogue compétitif), CMP, art. 69 (marchés de conception – réalisation), CMP, art. 78 (systèmes d'acquisition dynamique).

[16] N. Charrel, « Les CAO et la réforme des marchés publics : la nouvelle fiche Bercy source d'interrogations et d'insécurité juridique », F. Llorens et W. Zimmer, « Commissions d'appel d'offre – le nouveau rôle des commissions d'appel d'offres, *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, août 2016.

[9] Rép. min. n° 21594 : JO Sénat Q., 7 juillet 2016, p. 3047

didatures, ce qui aurait pourtant sécurisé les pratiques des collectivités.

Ici encore, la recherche de sécurité juridique conduira l'acheteur scrupuleux à impliquer pleinement la commission dans l'ensemble du processus de choix, avec des pouvoirs au moins identiques à ceux dont elle disposait avant le 1^{er} avril.

Une autre incertitude tient à l'attribution des marchés au terme de la procédure concurrentielle avec négociation⁽¹⁷⁾, de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable⁽¹⁸⁾ ou du dialogue compétitif⁽¹⁹⁾. En effet, le texte est silencieux quant à l'organe compétent pour attribuer lesdits marchés. Tout au plus y lit-on que le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice lorsqu'il s'agit de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable) « négocie » les conditions du marché ou que l'acheteur « dialogue » avec les candidats admis à participer à la procédure. Se pose alors la question de la répartition des compétences entre l'organe exécutif - qui négocie ou dialogue - et la commission d'appel d'offres - qui choisit le soumissionnaire - pour l'attribution de ces marchés au-delà des seuils européens.

Il est permis de penser que l'attribution du marché est un acte formel qui doit être réservé à l'organe délibérant de la collectivité pour l'ensemble des procédures, formalisées ou non (lequel organe peut déléguer à l'exécutif le soin de conclure le marché) tandis que le choix de l'attributaire relève de la seule compétence de la CAO dans la mesure il résulte de l'analyse des offres.

Les incertitudes liées à l'organisation et au fonctionnement de la nouvelle commission d'appel d'offres

La réforme de la commande publique ne régit ni l'organisation, ni le fonctionnement des commissions d'appel d'offres. Tout au plus renvoie-t-elle aux dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT pour ce qui concerne les règles de composition de la commission.

La composition de la commission d'appel d'offres

Les nouveaux textes se contentent de renvoyer, s'agissant de la composition de la commission d'appel d'offres, aux dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT relatives aux délégations de service public. Pour rappel, ces dis-

positions fixent pour l'ensemble des collectivités territoriales et leurs établissements publics un seuil de 3 500 habitants au-delà duquel la commission d'appel d'offres est constituée par l'autorité habilitée à signer le contrat ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste. En-deçà, seuls trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste suffisent à la constitution régulière de la commission.

L'assimilation des deux commissions n'est pertinente que du point de vue de leur constitution, chacune continuant par ailleurs à jouer sa propre partition au cours du processus décisionnel (la CAO choisit l'attributaire tandis que la CDSP se contente d'ouvrir les plis contenant les candidatures ou les offres, dresser la liste des candidats admis à présenter une offre et donner un avis sur leurs propositions initiales⁽²⁰⁾).

Cette technique du renvoi aurait dû permettre de réduire les incertitudes propres à tout nouveau texte dans la mesure où une jurisprudence abondante a déjà été rendue à propos de la composition des CDSP.

Mais les incertitudes demeurent. En particulier, la disparition des dispositions du Code des marchés publics aux termes desquelles « sont constituées une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent »⁽²¹⁾ pose question. Pour la DAJ, la suppression de la précision n'a pas pour effet d'interdire aux collectivités territoriales d'instituer plusieurs CAO non plus, d'ailleurs, qu'elle ne les empêche de créer des instances à caractère permanent. Cette déduction peut sembler logique dans un État de droit où, selon la formule, « tout ce qui n'est pas interdit est permis »⁽²²⁾. Elle est en outre l'expression de la liberté constitutionnelle des collectivités territoriales de s'administrer librement. Pour autant, cette déduction connaît des détracteurs qui lui opposent en premier lieu l'historique de la disposition du Code des marchés publics. En effet, la possibilité de constituer plusieurs CAO n'existait pas avant d'être expressément prévue par les dispositions de l'article 22 du Code, désormais abrogées. Dès lors, il pourrait logiquement être soutenu que la création de plusieurs CAO est de nouveau prohibée. Cette thèse est confortée par les règles du droit administratif en matière de compétence en vertu desquelles il n'est « pas de compétence sans texte ». La création dans le silence des textes d'une pluralité d'instances ferait peser sur l'autorité jugée incompétente le risque d'une annulation de ses décisions. Un troisième argument avancé contre la pluralité des CAO tient à l'objectif de simplification recherché par la réforme de la commande publique. Ce serait contre l'esprit de la loi de retenir l'interprétation de la DAJ. Enfin, la pratique de l'achat public fournit un quatrième argument tenant à la difficulté, notamment dans les petites collectivités locales ou établissements publics

(17) N. Charrel, « Les CAO et la réforme des marchés publics : la nouvelle fiche Bercy source d'interrogations et d'insécurité juridique », F. Llorens et W. Zimmer, « Commissions d'appel d'offre - le nouveau rôle des commissions d'appel d'offres, *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, août 2016..

(18) Cf. art. 71 à 73 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016..

(19) Cf. art. 74 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016..

(20) Cf. art. 75 et 76 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(21) cf. CGCT, art. L. 1411-5, I.

(22) CMP, art. 22, abrogé.

locaux (mais toujours de plus de 1 000 habitants), de respecter l'exigence posée à l'article L. 2121-22 du CGCT tenant à l'expression du pluralisme des élus au sein de l'assemblée délibérante.

À cet égard, le Conseil d'État considère que le respect du pluralisme est garanti par l'élection à la représentation proportionnelle au plus fort reste des cinq membres appelés à y siéger aux côtés de l'autorité habilitée à signer le contrat ou de son représentant, sous réserve que chaque tendance, quel que soit le nombre des élus qui la composent, ait la possibilité d'y être représentée^[23]. Il va sans dire que la multiplication des CAO rendrait plus difficile le respect de ces exigences.

Enfin, une question est apparue dans la pratique s'agissant des régies de transport constituées en établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), pour lesquelles les dispositions de l'article R. 1221-2 du Code des transports prévoient que le conseil d'administration est composé d'au moins neuf membres. Aussi, certains EPIC comptant moins de dix membres se sont trouvés dans l'impossibilité matérielle de créer une CAO conforme aux nouvelles dispositions qui requièrent l'élection d'au moins dix membres en plus de l'autorité habilitée à signer (cinq membres de l'assemblée délibérante et des suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires). Une question a été transmise au ministère de l'Économie et des finances à ce sujet et n'a pas, à ce jour, reçu de réponse^[24].

Le fonctionnement de la commission d'appel d'offres

Depuis le 1^{er} avril 2016, l'acheteur public dispose d'une entière liberté pour déterminer le fonctionnement de sa nouvelle CAO. En effet, les dispositions relatives au délai et modalités de convocation aux réunions, à la fixation de l'ordre du jour, les règles de quorum et de majorité et l'obligation d'émettre un procès-verbal ont toutes disparu du nouveau droit de la commande publique.

Aussi, il revient aux collectivités territoriales et établissements publics locaux de consigner les règles de fonctionnement propres à leur CAO au sein d'un règlement inté-

rieur des achats (mais même cette obligation n'est pas posée par les nouveaux textes, ce qu'on peut regretter). En l'absence de tout formalisme, ledit règlement devrait pouvoir être adopté par l'assemblée délibérante – ce qui présenterait l'inconvénient d'alourdir la procédure en cas de modification – ou par la commission elle-même.

Cette liberté s'exerce dans le respect – la DAJ le rappelle, du principe de transparence des procédures, et plus généralement de l'ensemble des principes du droit et contentieux administratif.

Et ces principes devraient permettre de lever les incertitudes relatives au fonctionnement des nouvelles CAO. À titre d'exemple, la disparition de l'ancienne règle selon laquelle le quorum est atteint « lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents »^[25] n'emporte pas de conséquences dès lors que la même règle est énoncée à l'article L. 1411-5 du CGCT auquel renvoie l'article L. 1411-2 de ce Code. Et, s'il fallait considérer que le renvoi est strictement limité aux règles relatives à la composition de la CAO, on pourrait encore se référer au principe jurisprudentiel selon lequel la moitié des membres plus un sont nécessaires pour que la délibération soit valable^[26].

En définitive, si le principe même d'une intervention de la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux est maintenu, le cadre réglementaire de cette intervention a pratiquement disparu des nouveaux textes. La simplification textuelle qui en résulte mérite d'être saluée ; elle laisse à l'acheteur une plus grande liberté pour fixer les règles régissant sa commission, en tenant compte de ses propres caractéristiques et contraintes. Toutefois, le vide laissé par la disparition des anciens textes soulève des incertitudes qui ne se dissiperont qu'à la lumière des décisions juridictionnelles à venir. Dans le silence des textes, la fiche dénuée de valeur juridique ne fournit que de simples orientations, et l'acheteur qui ne souhaiterait pas s'exposer à une jurisprudence encore incertaine est donc invité à la circonspection.

[23] CE 26 septembre 2012, Commune de Martigues, req. n° 345568.

[24] QE n° 22696 : *JO Sénat Q.*, 14 juillet 2016, p. 3165.

[25] CMP, art. 25, abrogé.

[26] CE Ass., 18 avril 1969, Meunié, req. n° 72251.