

FICHE

L'intervention de la commission d'appel d'offres¹

A l'occasion de la transposition des directives européennes de 2014 relatives au droit de la commande publique, les conditions d'intervention de la commission d'appel d'offres (CAO) ont été réformées 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 possible². 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. Tel n'est en revanche pas le cas pour les réunions des commissions de délégation de service public (CDSPP) et de l'assemblée délibérante intervenant dans la procédure de passation de contrats de concession passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics.³

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les règles relatives à la CAO sont intégrées au CGCT. Il y a lieu également de souligner que la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la CAO des offices publics de l'habitat (OPH) sont régis, depuis le 1^{er} avril 2017, par des dispositions spécifiques du code de la construction et de l'habitation (voir point 3. de la présente fiche).

1. L'organisation des commissions d'appel d'offres

1.1 La CAO est-elle un organe permanent et est-il possible d'en créer plusieurs ?

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. L'[article L. 1414-2](#) de ce code, se borne à préciser que « *Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxe prise individuellement est égale ou supérieure aux seuils européens qui figurent en annexe du code de la commande publique, 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, pour les marchés publics passés par les offices publics de l'habitat, la commission d'appel d'offres est régie par les dispositions du code de la construction et de l'habitation applicables aux commissions d'appel d'offres des organismes privés d'habitations à loyer modéré.*

¹ Cette fiche technique a été élaborée en collaboration avec la direction générale des collectivités territoriales (DGCL) du Ministère de l'Intérieur.

² 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).

³ Cf. [articles L. 1411-3 et suivants du CGCT](#) et Rép. min. QE AN n° 15045 (NB : REPONSE VALIDEE MAIS PAS ENCORE PUBLIEE SUR LE SITE DE L'ASSEMBLEE NATIONALE).

« 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 n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial. ».

Les textes donnent à la CAO une compétence d'attribution. 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 ou en fonction des besoins, afin d'éviter d'avoir à désigner une CAO à chaque fois que l'intervention d'une telle commission s'avérerait nécessaire.

Cette rédaction de l'[article L. 1414-2](#) du CGCT n'a pas non plus 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 (CDSP), en précisant que « le titulaire est choisi par une commission d'appel 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 d'un concours ou d'une procédure d'attribution d'un marché public. 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 parlementaire⁴, 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.

1.2. Quelles sont les règles de fonctionnement des CAO ?

Les textes ne comportent plus 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.

Il n'existe que deux règles auxquelles l'acheteur ne peut déroger :

- le principe de transparence des procédures exige que soit dressé un procès-verbal des séances de la CAO, même dans le silence des textes ;
- 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 habitants⁵, 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 sein⁶.

Pour le reste, l'acheteur est libre de déterminer les règles applicables.

L'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. De même il pourrait prévoir une voix prépondérante du président en cas de partage égal des voix.

En ce qui concerne le quorum, les règles demeurent également inchangées.

Il appartient à chaque acheteur de définir les règles applicables en matière de remplacement des membres, titulaires ou suppléants, membres à voix délibérative (élus) ou à voix consultative (personnalités compétentes telles que les membres

⁴ QE AN n° 30298, Rép. min. n° 26419, JOAN Q 11 décembre 1995, p. 5243

⁵ 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.

⁶ CE, 20 novembre 2013, *Commune de Savigny-sur-Orge*, n° 353890

des services techniques concernés) de la CAO. Le code de la commande publique ne prévoit pas d'évolution concernant la présence en séance du comptable public et de la DDCCRF, qui demeure facultative.

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

2.1. Les hypothèses dans lesquelles la CAO est compétente pour attribuer le marché public

L'[article L. 1414-2](#) du CGCT dispose que « Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxe prise individuellement est égale ou supérieure aux seuils européens qui figurent en annexe du code de la commande publique, 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, pour les marchés publics passés par les offices publics de l'habitat, la commission d'appel d'offres est régie par les dispositions du code de la construction et de l'habitation applicables aux commissions d'appel d'offres des organismes privés d'habitations à loyer modéré.

« 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 n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial. ».

En conséquence, et en principe⁷, les marchés publics suivants ne sont pas obligatoirement attribués par la CAO :

- 1- ceux attribués sur le fondement d'une relation de quasi-régie ([articles L. 2511-1 à L. 2511-5](#)) ;
- 2- ceux attribués sur le fondement d'une coopération public-public ([article L. 2511-6](#)) ;
- 3- ceux attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée ([articles L. 2511-7 et L. 2511-8](#)) ;
- 4- ceux attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise ([article L. 2511-9](#)) ;
- 5- ceux conclus en application de règles internationales dans les conditions des [articles L. 2512-1 à L. 2512-2](#) ;
- 6- ceux liés à la sécurité ou à la protection des intérêts essentiels de l'État dans les conditions de l'[article L. 2512-3](#), quand bien même il demeure difficile de déterminer dans quelle hypothèse une collectivité territoriale pourrait être amenée à passer un tel marché public ;
- 7- ceux entrant dans le champ d'application des [articles L. 2512-4 à L. 2512-5](#), [L. 2513-1 à L. 2513-5](#) ou [L. 2514-1 à L. 2514-5](#)⁸ ;
- 8- ceux passés sans publicité ni mise en concurrence préalables de l'[article L. 2122-1](#), dans les conditions des [articles R. 2122-1 à R. 2122-9](#) ou [R. 2122-10 à R. 2122-11](#) ou dans les conditions de l'[article 1^{er} du décret n° 2018-1225 du 24/12/2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique](#) ;
- 9- ceux passés selon une procédure adaptée, quelle que soit la valeur estimée du besoin auxquels ils répondent, en application du [3° \(marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques\) ou du 4° \(marchés public de services juridiques des avocats\) de l'article R. 2123-1](#) ;
- 10- ceux passés selon une procédure adaptée en application du [2° de l'article R. 2123-1](#) (règle des « petits lots »), à condition que l'acheteur ait décidé de mettre en œuvre une telle procédure adaptée) ;
- 11- ceux qui répondent aux conditions du 1° de l'article R. 2123-1, même lorsque l'acheteur a décidé de ne pas recourir à une procédure adaptée mais à l'une des procédures formalisées ;
- 12- ceux qui correspondent à un besoin qui, globalement, est d'une valeur égale ou supérieure aux seuils européens mais qui font l'objet de différentes procédures qui, prises individuellement, ont un montant estimé inférieur à ces mêmes seuils.

Cette dernière hypothèse, correspond au cas où plusieurs procédures de passation sont lancées pour répondre à un même besoin dont la valeur estimée globale hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens, C'est alors la valeur estimée de chaque procédure en cause **appréciée isolément** (et non la valeur estimée du besoin) qui doit être prise en

⁷ La collectivité territoriale pourrait en décider autrement.

⁸ Les collectivités ne peuvent passer des marchés de défense ou de sécurité.

compte pour déterminer si la CAO est compétente. Ainsi, par exemple, si en matière de marchés publics de services répondant à un besoin dont la valeur estimée globale est égale à 430 000 € H.T, la collectivité territoriale décide de lancer trois procédures (qui seront toutes obligatoirement formalisées), pour une valeur estimée respective de 113 000 € H.T, 95 000 € H.T et 222 000 € H.T, seul le marché public unique (ou le cas échéant les lots) de la troisième procédure sera attribué par la CAO. En effet, si le droit de la commande publique impose alors l'utilisation d'une procédure formalisée, prise individuellement, seule la valeur estimée de la troisième procédure est égale ou supérieure aux seuils européens des procédures formalisées. En tout état de cause, dans cette hypothèse, ce ne sera pas le montant effectivement constaté de l'offre retenue qu'il convient de prendre en compte mais sa valeur initialement estimée (telle que budgétisée) pour déterminer si le seuil des procédures formalisées déclenchant la compétence d'attribution de la CAO est atteint.

Nonobstant l'exigence de l'attribution des marchés relevant de la 3^{ème} procédure par la CAO, les éventuels petits lots, au sens de l'article R. 2123-1 ne doivent pas obligatoirement être attribués par la CAO.

En dehors de ces douze cas, les marchés publics sont attribués par la CAO.

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

Aux termes des dispositions précitées de [l'article L. 1414-2 du CGCT](#), le rejet des offres inappropriées, irrégulières ou anormalement basses n'est pas prononcé par la CAO.

Toutefois, il convient de rappeler que les éléments rassemblés en vue du futur rapport de présentation prévu aux articles [R. 2184-1](#) à [R. 2184-6 du code](#) de la commande publique, 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, ces éléments comportent, notamment, les raisons qui ont amené l'acheteur à juger une offre anormalement basse ou à rejeter une offre.

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 des [articles R. 2184-7 à R. 2184-11 du code](#), 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.

2.3. CAO et jury

En application des [articles R. 2162-22 à R. 2162-26 du code de la commande publique](#), trois règles s'appliquent :

- le jury doit être composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours ;
- 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 ;
- les membres élus de la commission d'appel d'offres doivent faire partie du jury (sauf lorsque l'acheteur local est un établissement public social ou médico-social, ou un office public de l'habitat).

Ces articles laissent, 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.

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

[L'article L. 1414-4](#) CGCT 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 »⁹.

L'article L. 1414-3 du CGCT dispose que l'intervention d'une CAO (que ce soit la CAO *ad hoc* instituée en application du I ou du I bis de l'article L. 1414-3 ou la CAO du coordonnateur du groupement mentionnée au II du même article) n'est obligatoire 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 ou qu'un office public de l'habitat ».

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.

3. Les dispositions propres aux CAO des offices publics de l'habitat

Les règles applicables dépendent de la date à laquelle la consultation a été engagée ou à laquelle un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication.

3.1. Lorsque la consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 25 novembre 2018¹⁰

Pour les 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} juillet 2017¹¹ et avant le 25 novembre 2018, les règles relatives à la composition, aux modalités de fonctionnement et aux pouvoirs de la commission d'appel d'offres des offices publics de l'habitat (OPH) sont fixées aux articles R. 433-2 et R. 433-3 du code de la construction et de l'habitation¹².

Par application de ces dispositions, la CAO des OPH est composée, président compris, de trois membres du conseil d'administration de l'office, qu'il désigne. Un suppléant est prévu pour chaque membre titulaire, y compris le président de la CAO.

Compte tenu de ce que les fonctions de directeur général sont incompatibles avec celles de membre du conseil d'administration, celui-ci ne peut plus présider la CAO. L'alinéa 5 de l'article R. 421-18 du code de la construction et de l'habitation, qui précisait que « le directeur général de l'office préside la CAO », a d'ailleurs été supprimé par l'article 27 du décret n° 2017-516 du 10 avril 2017.

Le quorum est atteint lorsque deux membres au moins sont présents. Si, 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.

En cas de groupement de commandes composé en majorité d'OPH, l'article R. 433-3 du code de la construction et de l'habitation précise qu'il est institué une CAO composée d'un représentant pour chacun des membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres. Dans ce cas, la commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement.

La commission établit son propre règlement intérieur.

La CAO des OPH procède à l'ouverture des plis contenant les candidatures et les offres dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens, sauf en cas d'urgence impérieuse. Elle émet un avis sur ces candidatures et offres.

Le directeur général de l'office prend les décisions relatives aux marchés de l'office, au vu de l'avis de la CAO.

⁹ Il s'agit de la reprise des dispositions de l'Art. 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'Art. 102 de l'ordonnance n° 2015-899.

¹⁰ Soit la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (IV de l'Art. 69 de cette loi).

¹¹ Art. 31 du décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique ayant modifié les articles R. 433-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation.

¹² Décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique.

Contrairement à la CAO des collectivités territoriales, les CAO des OPH sont compétentes pour émettre un simple avis sur la recevabilité et, le cas échéant, sur la sélection des candidatures ainsi que sur le choix de l'attributaire du marché public. La décision finale de choix de l'attributaire revient au directeur général de l'office.

Les règles énoncées aux points 2.1. à 2.4. de la présente fiche sont applicables aux CAO des OPH. Ainsi, l'obligation de recueillir l'avis de la CAO sur tout projet d'avenant augmentant de 5% le montant du marché public initial prévue par l'article [L. 1414-4](#) du CGCT n'a, contrairement à l'article [L. 1414-2](#) du même code, pas prévu de disposition dérogatoire pour les OPH. Par conséquent, conformément à l'article [L. 1414-4](#) du CGCT, les OPH sont soumis à l'obligation de recueillir l'avis de la CAO sur les projets d'avenants augmentant de 5% le montant du marché public initial, dès lors que l'attribution initiale du marché a elle-même été soumise à l'avis de la CAO.

3.2. Lorsque la consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 25 novembre 2018¹³

L'article [L. 1414-2](#) du CGCT prévoit désormais que, pour les marchés publics passés par les offices publics de l'habitat, la commission d'appel d'offres est régie par les dispositions du code de la construction et de l'habitation applicables aux commissions d'appel d'offres des organismes privés d'habitations à loyer modéré

L'article [R. 433-6](#) du CCH prévoit que les organismes privés d'habitation à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux constituent une commission d'appel d'offres dont ils déterminent la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs. La commission examine les candidatures et les offres reçues lors de la passation des marchés dont le montant est supérieur (et non égal ou supérieur) aux seuils mentionnés à l'article L. 2124-1 du code de la commande publique.

L'obligation de recueillir l'avis de la CAO sur tout projet d'avenant augmentant de 5% le montant du marché public initial prévue par l'article [L. 1414-4](#) du CGCT n'a, contrairement à l'article [L. 1414-2](#) du même code, pas prévu de disposition dérogatoire pour les OPH. Par conséquent, conformément à l'article [L. 1414-4](#) du CGCT, les OPH sont soumis à l'obligation de recueillir l'avis de la CAO sur les projets d'avenants augmentant de 5% le montant du marché public initial, dès lors que l'attribution initiale du marché a elle-même été soumise à l'avis de la CAO.

¹³ Soit la date d'entrée en vigueur de la [loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique](#) (IV de l'Art. 69 de cette loi).