



**PRÉFET
DES VOSGES**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction de la citoyenneté
et de la légalité**

PIERRE ORY

Épinal, le 20 juillet 2020

Préfet des Vosges

à

**Messieurs les Présidents des Communautés d'Agglomération
Mesdames et Messieurs les Présidents des Communautés de Communes et des Syndicats
Intercommunaux**

Objet : Circulaire n°2/2020 – Marchés publics : Élection et fonctionnement de la commission d'appel d'offres

Cette circulaire a pour objet de vous rappeler, après l'installation de l'organe délibérant de votre EPCI suivant le renouvellement général des conseils municipaux, d'une part les règles relatives à l'élection d'une commission d'appel d'offres, et d'autre part, quelques règles relatives au fonctionnement de cette commission.

La durée de l'élection d'une commission d'appel d'offres à caractère permanent est calée sur celle du mandat de ses membres. Ce mandat expire lors de l'installation de l'organe délibérant de l'EPCI suivant le renouvellement général des conseils municipaux. Cette fin de la mandature marque donc le terme des compétences de la commission et impose son renouvellement.

Il convient de préciser au préalable qu'il n'est pas obligatoire de procéder à ce renouvellement dès l'installation du nouvel organe délibérant, dans la mesure où la commission d'appel d'offres n'a pas vocation à intervenir de manière systématique, mais uniquement dans des cas limités. Cette élection peut donc intervenir soit directement en début de mandat, par nécessité ou dans un souci d'anticipation, soit à n'importe quel moment du mandat, quand l'obligation de réunir la CAO se présente.

Bureau du contrôle de légalité
Place Foch
88026 EPINAL Cedex
Affaire suivie par : Clothilde GODIN
Tél : 03 29 69 87 75
Mél : clothilde.godin@vosges.gouv.fr

Afin de vous permettre d'assurer dans de bonnes conditions la mise en place de cette commission, il m'a paru utile de vous rappeler quelques règles.

L'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose notamment 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* ».

C'est donc l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales¹ qui régit les modalités d'élection et de fonctionnement des commissions d'appel d'offres.

I/ Composition et modalités d'élection

A/ Composition

Pour un établissement public, la commission d'appel d'offres est composée par **l'autorité habilitée à signer les marchés publics ou son représentant, président**, et par **cinq membres titulaires et cinq membres suppléants** (soit un total de 11 membres).

Il convient de noter que **le président de l'établissement public n'est pas obligatoirement le président de la commission d'appel d'offres. En effet, « l'autorité habilitée à signer les marchés publics » est celle qui détient la compétence pour signer les marchés publics au sein de l'établissement public.** Aussi, il s'agit soit du président, soit de la personne ayant obtenu, le cas échéant, délégation de signature du président en matière de marchés publics, en application de l'article L. 5211-9 du CGCT.

⚠ Pour les établissements publics dont l'organe délibérant ne compte pas assez de membres pour élire cinq membres titulaires et cinq membres suppléants, il est possible d'élire un nombre de membres inférieur au nombre prévu par l'article L. 1411-5 du CGCT². Dans ce cas-là, il convient de privilégier le nombre de sièges de titulaires (cinq dans la mesure du possible), sachant que la commission comportera par conséquent moins de membres suppléants que de membres titulaires. À titre d'exemple, un établissement public disposant d'une assemblée délibérante composée de 10 membres devra élire cinq membres titulaires et quatre membres suppléants, en plus de l'autorité habilitée à signer les marchés publics, président.

B/ Modalités d'élection

Les membres titulaires et suppléants de la commission d'appel d'offres sont élus au sein du comité syndical ou du conseil communautaire **au scrutin de liste à la représentation proportionnelle au plus fort reste, sans panachage, ni vote préférentiel** (article D. 1411-3 du CGCT).

Les délégués suppléants de la collectivité membre d'un EPCI ne sont appelés à siéger qu'en cas d'empêchement des délégués titulaires. Aussi, **le choix des membres de la commission d'appel d'offres s'effectue au sein du comité syndical ou du conseil communautaire parmi les représentants titulaires des collectivités membres.**

L'assemblée délibérante est désormais chargée de fixer au préalable les conditions de dépôt des listes, notamment le lieu et la date limite de dépôt (article D. 1411-5 du CGCT).

¹ Article du CGCT relatif aux commissions de délégation de service public (CDSP).

² Le juge administratif, en cas de contentieux, ne sanctionne pas le non-respect d'une formalité dès lors que celle-ci s'avère objectivement impossible à respecter : il peut être considéré que pour les établissements publics concernés, l'existence d'une formalité impossible est à la fois évidente et immédiatement constatable (bien avant l'engagement du processus électoral) au regard de la composition même de l'organe délibérant.

Les listes peuvent comporter moins de noms qu'il y a de sièges de titulaires et de suppléants à pourvoir (article D. 1411-3 du CGCT). Toutefois, il convient de veiller à obtenir un nombre suffisant de noms de candidats, afin que le nombre total de sièges devant être pourvu soit respecté. Par exemple, si une seule liste se présente, elle devra obligatoirement contenir un nombre de noms de candidats égal au nombre total de sièges à pourvoir (10 noms).

L'élection se déroule à scrutin secret, sauf décision contraire, à l'unanimité, de l'assemblée délibérante (article L. 2121-21 du CGCT).

Pour ce scrutin, l'attribution des sièges implique une double opération :

– l'attribution des sièges de quotient : le quotient électoral est le chiffre obtenu, après le scrutin, en divisant le nombre des suffrages exprimés par celui des sièges à pourvoir. Chaque liste aura autant de candidats élus qu'elle contiendra de fois le quotient électoral.

– l'attribution des sièges de restes : les sièges restants sont attribués à la liste qui a obtenu le plus grand nombre de voix inutilisées (le plus fort reste).

→ **Exemple pratique :**

5 sièges à pourvoir

Comité syndical = 29 membres

Votants = 29

Suffrages exprimés = 27

ainsi répartis :

Liste A = 20 voix

Liste B = 7 voix

• **Première attribution : les sièges de quotient**

Chaque liste se verra attribuer autant de sièges que le nombre de voix qu'elle a obtenu comprend de fois le quotient électoral.

$$\text{Quotient électoral} = \frac{\text{nombre de suffrages exprimés (27)}}{\text{nombre de sièges à pourvoir (5)}} = 5,4$$

Répartition des sièges entre les deux listes en présence :

$$\text{Liste A} = \frac{20}{5,4} = 3 \text{ sièges}$$

$$\text{Liste B} = \frac{7}{5,4} = 1 \text{ siège}$$

Répartition partielle des sièges

Liste A = 3 sièges

Liste B = 1 siège

Il reste donc 1 siège à pourvoir

• **Seconde attribution : les sièges restants : recours au plus fort reste**

Il convient de réaliser l'opération suivante :

$$\text{Nombre de voix exprimées pour la liste concernée} - (\text{nombre de sièges déjà pourvus} \times \text{quotient électoral})$$

$$\text{Liste A} = 20 - (3 \times 5,4) = 3,8 \text{ donc } 20 - 3,8 = 16,2, \text{ soit } 16 \text{ voix utilisées (arrondi à l'entier inférieur)}$$

Liste B = $7 - (1 \times 5.4) = 1.6$ donc $7 - 1.6 = 5.4$, soit 5 voix utilisées

Ainsi,

Liste A : $20 - 16 = 4$ voix inutilisées

Liste B : $7 - 5 = 2$ voix inutilisées

Liste A = 3 sièges (= 16 voix utilisées) reste = 4 voix inutilisées

Liste B = 1 siège (= 5 voix utilisées) reste = 2 voix inutilisées

Le 5^{ème} siège sera attribué à la liste A qui a le plus fort reste après la première répartition.

Répartition définitive des sièges

Liste A -> $3 + 1 = 4$

Liste B -> $1 + 0 = 1$

Soit 5 sièges

La liste A étant la liste à qui il reste le plus de voix, le dernier siège lui revient.

II/ Fonctionnement de la commission d'appel d'offres

A/ Absence du Président de la commission d'appel d'offres

La commission d'appel d'offres ne peut se réunir régulièrement si son Président est absent.

a. Lorsque vous êtes vous-même président de la commission d'appel d'offres en tant qu'autorité habilitée à signer les marchés publics, il vous appartient ainsi de vous faire remplacer en application :

– soit de l'article L 2122-17 du code général des collectivités territoriales rendu applicable aux EPCI par l'article L 5211-2 du CGCT qui prévoit, en cas d'empêchement, **votre remplacement de droit** par un Vice-Président et, à défaut par un membre du comité syndical ou du conseil communautaire. La notion d'empêchement est toutefois interprétée strictement et elle doit notamment présenter un caractère imprévisible ;

– soit, à défaut d'imprévisibilité, de l'article L 2122-18 du code général des collectivités territoriales applicable aux EPCI par l'article L 5211-2 du CGCT qui vous permet de **déléguer par arrêté** votre fonction de Président à un Vice-Président et, en l'absence ou en cas d'empêchement des Vice-Présidents, à des membres du comité syndical ou du conseil communautaire.

Considérant toutefois que la réglementation a entendu distinguer les fonctions de Président de la commission d'appel d'offres qui vous sont conférées en votre qualité de Président de l'EPCI ou du syndicat mixte et les fonctions de membre élu de la commission d'appel d'offres, vous ne pouvez pas désigner votre représentant parmi les membres élus, titulaires ou suppléants, de la commission d'appel d'offres³.

b. Lorsque le président de la commission d'appel d'offres, en tant qu'autorité habilitée à signer les marchés, détient cette compétence par délégation, son représentant, en cas d'absence ou d'empêchement, est l'élu désigné pour le remplacer dans cette fonction.

B/ Convocation des membres de la commission d'appel d'offres

En l'absence de dispositions spécifiques relatives aux modalités de convocation des membres de la commission d'appel d'offres, **il revient à l'établissement public de définir lui-même ces modalités.**

3 CAA de Lyon, 20 novembre 2003 – Département du Rhône, n°98LY00752.

Sur ce point, il est possible de vous inspirer des règles applicables aux conseils municipaux dans les articles L 2121-11 et L 2121-12 du CGCT (ces articles étant applicables aux EPCI par renvoi de l'article L. 5211-1 du CGCT).

C/ Membres en surnombre

La présence et la participation au vote de membres suppléants, n'agissant pas en remplacement de membres titulaires, entraînent l'irrégularité des décisions prises lors de la séance de la commission d'appel d'offres.

D/ 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 est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

E/ Membres à voix consultative

Peuvent participer à la commission d'appel d'offres, avec voix consultative :

– le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence, lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.

– des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet du marché public.

F/ Remplacement des membres titulaires empêchés

En l'absence de dispositions sur les modalités de remplacement des membres titulaires absents (telles que celles qui étaient prévues dans l'article 22 du code des marchés publics de 2006), **il revient à l'établissement public de définir lui-même ses propres règles en la matière.**

En revanche, dans le souci d'assurer le respect de la représentation proportionnelle, un suppléant ne peut remplacer un titulaire que s'il faisait partie de la même liste que ledit titulaire.

G/ Rôle de la commission d'appel d'offres

Le rôle décisionnel de la commission d'appel d'offres se limite au choix du titulaire du marché public (attribution). Celle-ci n'intervient qu'à l'égard des marchés passés selon une procédure formalisée⁴ dont le montant fait franchir les seuils européens qui figurent en annexe du code de la commande publique (conditions cumulatives).

⁴ Appel d'offres ouvert/fermé, procédure avec négociation, dialogue compétitif. Le concours n'est pas une procédure formalisée et n'est donc pas soumis à la CAO.

Je précise à toutes fins utiles que la formule « prise individuellement » figurant dans l'article L. 1414-2 du CGCT, introduite dans le texte par la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 (dite « loi ELAN ») a été analysée par la doctrine, notamment la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du ministère de l'économie⁵, qui indique qu'il convient de considérer, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge administratif, que les dispositions de cet article doivent être interprétées dans le sens qui suit :

- soit, suivant la pratique la plus couramment rencontrée, l'acheteur engage une procédure formalisée unique de marché allotie, sans mener plusieurs procédures de passation distinctes : il paraît dans ce cas fondé de considérer que la CAO doit toujours attribuer l'ensemble des lots quels que soient leurs propres montants individuels (à la seule exception des « petits lots » au sens de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique) ;
- soit, suivant l'hypothèse particulière envisagée par la DAJ⁶, l'acheteur lance plusieurs procédures formalisées pour répondre à un même besoin dont la valeur estimée globale hors-taxes est égale ou supérieure aux seuils européens : il est possible dans ce cas de considérer que c'est la valeur estimée de chaque procédure formalisée appréciée isolément (et non la valeur estimée du besoin) qui doit être prise en compte pour déterminer si la CAO est compétente.

Si la CAO ne doit pas intervenir pour prendre d'autres décisions en dehors de l'attribution du marché, par exemple l'élimination des candidatures incomplètes, le rejet des offres inappropriées, irrégulières ou des offres anormalement basses, il peut être considéré comme possible, pour le représentant de l'acheteur public, de solliciter à un moment donné l'avis simple de la commission d'appel d'offres dans le cadre de l'examen des candidatures ou des offres.

H/ La commission d'appel d'offres dans le cadre des marchés à procédure adaptée (MAPA)

L'assemblée délibérante, ou l'exécutif auquel elle a accordé une délégation, demeure compétente pour attribuer un marché à procédure adaptée.

Aucun texte n'interdit toutefois à la commission d'appel d'offres de se réunir dans le cadre d'une procédure adaptée. Cependant, son rôle peut être uniquement **consultatif**.

I/ La commission d'appel d'offres et les avenants

Les projets d'avenants entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doivent obligatoirement être soumis à l'avis préalable de la CAO, **uniquement lorsqu'ils se rattachent à des marchés publics qui ont eux-mêmes été soumis à la CAO** (article L. 1414-4 du CGCT).

III/ Rédaction des délibérations relatant le résultat de l'élection

Dans un souci de sécurité juridique de vos procédures et pour une plus grande clarté des délibérations⁷, je vous remercie :

- d'indiquer expressément sur la délibération que la commission élue est une commission à caractère permanent, le cas échéant⁸,

5 Cf. Fiche relative à l'intervention de la CAO :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/intervention-CAO-2020.pdf

6 Hypothèse n°12, point 2.1 de la fiche précitée.

7 Des modèles de délibérations sont disponibles sur le site internet de la préfecture, rubrique Politiques Publiques – Collectivités locales – Marchés publics – Exemples d'actes : <http://www.vosges.gouv.fr/content/download/12221/98219/file/Cinq%20modèles%20de%20délibérations%20-%20CAO.pdf>

8 La CAO n'a pas nécessairement un caractère permanent. Les nouveaux textes ne font pas obstacle à la création de commissions spécialisées.

- de préciser le mode de scrutin, à savoir un scrutin de liste à la représentation proportionnelle au plus fort reste, utilisé pour cette élection.

Bien entendu, je reste à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Pour le Préfet et par délégation,
Le Sous-Préfet, Directeur de
Cabinet,

Signé

Ottman ZAIR