

RÔLE ET RESPONSABILITE DE LA COMMISSION D'APPELS D'OFFRES

LES ELUS ET LA COMMANDE PUBLIQUE

Jean Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Maître de Conférences - Avocat

30 janvier 2023



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

1



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

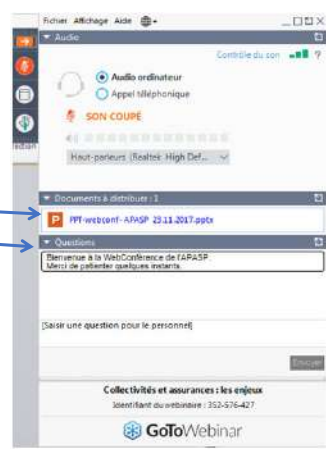
POSEZ VOS QUESTIONS DÈS À PRÉSENT

Et nous y répondrons à la fin de la conférence

Comment poser une question ?

A droite de votre écran, la fenêtre pour :

- télécharger les documents
- poser vos questions par tchat



2

PROPOS INTRODUCTIF

- La **commission d'appel d'offres (CAO)** est une instance de décision chargée, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, **d'examiner les candidatures et les offres et d'attribuer le marché public.**
- Elle dispose du pouvoir de **déclarer la procédure infructueuse** et doit **donner son avis favorable pour l'engagement d'une procédure négociée.**
- Son intervention est **obligatoire pour l'attribution des marchés à procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxe prise individuellement est égale ou supérieure aux seuils européens**, et facultative pour les marchés passés en procédure adaptée.

3

SOMMAIRE

- ✓ LA COMPOSITION
- ✓ LE FONCTIONNEMENT
- ✓ LES COMPETENCES
- ✓ LES RESPONSABILITES

4



LA COMPOSITION DE LA CAO

- L'élection des membres
- Le remplacement des membres
- La représentation du président
- **Attention à la présence en surnombre !**

ESABATTIER
HUIER

5

L'élection des membres

Les CAO ([article L. 1411-5 du CGCT](#)) sont composées :

- du **maire**, qui en est le président, ou de son **représentant délégué à la commande publique** ;
- **pour les communes de 3 500 habitants et plus et les EPCI** : de **5 membres titulaires** et **5 membres suppléants** appartenant à l'organe délibérant et élus par celui-ci à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- **pour les communes de moins de 3 500 habitants** : **3 membres titulaires** et **3 membres suppléants** appartenant à l'organe délibérant et élus par celui-ci à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- **pour les établissements publics sans distinction de catégorie** : **5 membres titulaires** et **5 membres suppléants** élus au sein de l'organe délibérant à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

*Le code permet par ailleurs la participation de **membres avec voix consultative** : personnels des services techniques, experts ou personnalités désignés par le président de la commission; comptable public et représentant du ministre chargé de la concurrence conviés par le président de la commission.*

6

Le remplacement des membres (1)

Le remplacement total des membres

Le remplacement total de la CAO n'est obligatoire que lorsque **sa composition ne permet plus de garantir l'expression pluraliste des élus en son sein** ([article L. 2121-22 du CGCT](#)).

Les règles posées par la jurisprudence sont les suivantes :

- l'expression du pluralisme des élus au sein de l'assemblée communale est garanti par **l'élection à la représentation proportionnelle au plus fort reste** ([CE, 26 septembre 2012, Commune de Martigues, n°345568](#)).
- une commune n'est tenue de procéder au renouvellement intégral de la CAO qu'en cas **d'impossibilité de pourvoir au remplacement d'un membre titulaire définitivement empêché, du fait de l'inexistence de membres suppléants** ([CE, 30 mars 2007, Commune de Cilaos, n°292029](#)).
- le libre exercice de leurs mandats par les élus locaux constitue une liberté fondamentale, dont l'exercice « *ne peut être limité ou restreint que pour des motifs trouvant leur fondement dans des dispositions ou des principes généraux du droit destinés à assurer le bon fonctionnement des organes délibérants des collectivités territoriale ou de leurs organes exécutifs* » ([CE, arrêt Hirohiti du 11 avril 2006, n° 292029](#)).

7

Le remplacement des membres (2)

Le remplacement partiel des membres

- Un remplacement partiel au sein de la commission (en cas de démission ou de décès d'un membre), n'est **pas expressément interdit par les textes**.
- Toutefois, un tel remplacement **doit être concilié** avec le fait que les membres de la CAO doivent être élus à la **représentation proportionnelle au plus fort reste** pour garantir le **respect du principe du pluralisme** ([imposé par l'article L. 2121-22 du CGCT](#)).
- Les nouveaux textes ne prévoient pas de règles concernant le remplacement des membres titulaires et suppléants de la CAO. Il est ainsi préconisé que chaque collectivité fixe elle-même ses règles de remplacement dans son règlement intérieur.
- **A noter** : les règles de remplacement qui étaient celles prévues par l'article 22 du code des marchés publics (aujourd'hui abrogé), consistant notamment à pourvoir au remplacement d'un membre titulaire par le suppléant inscrit sur la même liste et venant immédiatement après le dernier élu de ladite liste, restent compatibles avec les nouveaux textes en vigueur.

8

La représentation du président

- Le président de la commission, en la personne de l'autorité habilitée à signer les marchés concernés, **ne peut pas se faire représenter par un membre de la CAO** (*CAA de Lyon, 20 novembre 2003, Département du Rhône, n° 98LY00752*).
- Si le maire (dans les communes de moins de 3 500 habitants ou lorsqu'il est l'autorité habilitée à signer le marché dans les communes dont le nombre d'habitants est supérieur à 3 500) souhaite déléguer la présidence de la CAO, il **désigne un représentant** pour assurer, **de manière permanente ou non**, la présidence de la commission.
- Cette désignation doit prendre **la forme d'un arrêté portant délégation de fonction** (*article L. 2122-18 du CGCT*).
- Enfin, le maire peut, **pour une séance précise** à laquelle ni lui ni son représentant ne peut siéger, désigner un élu choisi parmi les membres du conseil municipal **mais en excluant ceux qui sont déjà membres de la CAO** (*article L. 2122-17 du CGCT*).

9

Attention à la présence en surnombre !

- La présence de membres à voix délibérative en surnombre, lors des réunions de la CAO, **constitue un motif d'annulation par le juge administratif des contrats passés avec les entreprises retenues dans ces conditions** (*CE, 8 décembre 1997, Société RICARD, n° 162116 ; CE, 13 mars 1998, Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable du Pont du Gard, n° 173325*).
- En effet, la présence de membres en surnombre **rompt le caractère non-public de la réunion d'une CAO**.
- Notons que leur seule présence, sans qu'ils ne prennent part au vote lors de la délibération de la commission, est de nature à entacher d'irrégularité la procédure d'attribution du marché.

10



LE FONCTIONNEMENT DE LA CAO

- La possibilité de créer plusieurs CAO
- Les séances de CAO par visio-conference
- Le déroulement des réunions de CAO
- La confidentialité des réunions de la CAO
- Le droit à l'information

11

La possibilité de plusieurs CAO

- Le CGCT donne à la CAO une compétence d'attribution. De ce fait, la commission 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 de devoir désigner une commission dès que nécessaire ([article L.1414-2 du CGCT](#)).
- Par ailleurs, le CGCT **n'a pas pour effet d'interdire aux collectivités territoriales d'instituer plusieurs CAO** ([article L.1414-2 du CGCT](#)), renvoyant simplement aux règles applicables aux commissions intervenant en matière de délégations de service public ([article L.1411-5 du CGCT](#)).
- Par conséquent, une collectivité territoriale peut instituer des CAO ad hoc par type de délégations de service public ou de marchés publics, voire par types de prestations ou services acheteurs principalement concernés.
- Dans ce cas, il appartient à la collectivité territoriale de déterminer quelles sont les commissions qui verront leurs membres appelés à siéger lors d'un concours ou d'une procédure d'attribution d'un marché public, **lors de l'institution des différentes CAO ou au fur et à mesure des besoins**.

12

Les séances par Visio-conférence

- Le recours à un système de vidéo-conférence lors des séances de la CAO est **désormais possible** ([art. L1414-2 dernier alinéa du CGCT](#)).
- Tel n'est en revanche pas le cas pour les réunions des commission de délégation de service public et de l'assemblée délibérante intervenant dans la procédure de contrats de concessions passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics.

13

Le déroulement des reunions

- **Convocations** : en l'absence de disposition particulière, le délai de convocation de la CAO est de **3 jours francs** au moins avant celui de la réunion dans les communes de moins de 3500 habitants ([article L.2121-11 du CGCT](#)), et de **5 jours francs** ou de **1 jour franc en cas d'urgence**, dans les communes d'au moins 3500 habitants et les établissements publics.
- **Quorum** : le quorum est atteint **lorsque plus de la moitié des membres élus à la CAO sont présents**. Si le quorum n'est pas atteint, la commission est réunie à nouveau et peut délibérer valablement, sans nouvelle condition de quorum. Les membres suppléants présents, en remplacement d'un membre titulaire, sont comptés lors de la vérification du quorum. La présence d'un suppléant ne peut être admise au sein de la CAO que dès lors qu'un titulaire est absent.
- **Procès-verbal** : la CAO dresse un procès-verbal de ses réunions, en vertu du principe de transparence. Chaque membre le signe et peut y consigner ses observations. Le procès verbal doit mentionner les noms et qualités des personnes qui y siègent ([article R. 2131-5 5° du CGCT](#)).

Attention : l'impossibilité de vérifier le quorum revient à considérer que ce dernier n'a pas été atteint et, qu'à ce titre, le procès-verbal de la commission encourt son annulation ([CAA de Marseille, 18 mai 2004, Commune d'Allauch c/Entreprise Midi-Rénovation-Gomez](#) ; [CE, 14 janvier 1998, Commune de Blanc-Mesnil](#)).

14

La confidentialité des réunions

• Les membres de la CAO, ainsi que toute autre personne appelée à participer à leurs réunions, sont tenus à une **stricte confidentialité** à l'égard des informations non publiques dont ils pourraient prendre connaissance **lors de la procédure de passation** ([article L2132-1 du CCP](#)), soit :

- à l'occasion des réunions de la Commission ;
- dans tous les documents transmis par les soumissionnaires ;
- lors des échanges avec les soumissionnaires, quel que soit leur support ;
- sur les arguments échangés lors des délibérations.

• Peuvent notamment constituer des informations confidentielles :

- les rapports d'analyse des offres ;
- les informations contenues dans les candidatures ou les offres des soumissionnaires protégées par le secret en matière commerciale et industrielle : procédés, informations économiques et financières, stratégies commerciales ;
- les informations protégées par des droits de propriété intellectuelle.

• L'acheteur peut toutefois demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées ([article L2132-1 du CCP](#)).

15

Le droit à l'information

• Dans un marché passé selon une procédure formalisée, l'acheteur **doit obligatoirement informer le soumissionnaire du rejet de sa candidature ou de son offre**.

• L'acheteur doit également lui communiquer les éléments suivants :

- La décision de rejet et de ses motifs
- Le nom de l'attributaire s'il est connu
- Les motifs du choix de l'offre
- La date à partir de laquelle l'acheteur peut signer le marché

• À condition que son offre n'ait pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, le soumissionnaire dont l'offre est rejetée peut demander des informations sur le déroulement et l'avancement des négociations, si les négociations ne sont pas encore achevées, et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, si le marché public a été attribué.

• L'acheteur doit répondre au plus tard 15 jours après réception de sa demande.

Si les acheteurs utilisent un profil d'acheteur, ils doivent proposer un accès libre aux données essentielles de leurs marchés publics : durée, montant et principales conditions financières du marché.

16



LES COMPETENCES DE LA CAO

- Les marchés publics attribués
- Les marchés publics non attribués
- Les offres anormalement basses, inappropriées, irrégulières ou inacceptables
- Le jury de concours
- Les avenants et modifications des marchés en cours d'exécution

17

Les marchés publics attribués par la CAO

« 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 ». (article L.1414-2 du CGCT).

18

Les marchés publics non attribués par la CAO (1)

- ceux attribués sur le fondement d'une relation quasi-régie ([articles L.2511-1 à L.2511-5 du CCP](#)) ;
- ceux attribués sur le fondement d'une coopération public-public ([article L.2511-6 du CCP](#)) ;
- ceux attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée ([articles L.2511-7 et L.2511-8 du CCP](#)) ;
- ceux attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise ([article L.2511-9 du CCP](#)) ;
- ceux conclus en application de règles internationales ([articles L.2512-1 à L.2512-2 du CCP](#)) ;
- ceux liés à la sécurité ou à la protection des intérêts essentiels de l'Etat ([article L.2512-3 du CCP](#)) ;
- 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 du CCP](#) (marchés de défense ou de sécurité) ;
- ceux passés sans publicité ni mise en concurrence préalables ([article L.2122-1 du CCP](#)) ;

19

Les marchés publics non attribués par la CAO (2)

- ceux passés selon une procédure adaptée, quelle que soit la valeur estimée du besoin auxquels ils répondent, en application du [3 \(services sociaux et autres services spécifiques\)](#) ou du [4 \(services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure\)](#) de [l'article R.2123-1 du CCP](#) ;
- ceux passés selon une procédure adaptée en application du 2 (la valeur estimée de chaque lot est inférieure à 80.000 euros hors taxes, et leur montant cumulé n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots) de [l'article R.2123-1 du CCP](#), à condition que l'acheteur ait décidé de mettre en œuvre une telle procédure adaptée ;
- ceux qui répondent aux conditions du [1 \(marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens\)](#) de [l'article R.2123-1 du CCP](#), même lorsque l'acheteur a décidé de ne pas recourir à une procédure adaptée mais à l'une des procédures formalisées ;
- 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.

20

Les offres anormalement basses, inappropriées, irrégulières ou inacceptables

- Les textes ne prévoient pas de rejet des offres anormalement basses, inappropriées, irrégulières ou inacceptables par la CAO.
- Toutefois, **les éléments rassemblés en vue du futur rapport de présentation** prévu aux [articles R.2184-1 à R.2184-6 du CCP](#), lorsque le marché est passé par un pouvoir adjudicateur, peuvent utilement être présentés à la CAO afin qu'elle puisse se prononcer en toute connaissance de cause. Or, ces éléments peuvent comporter les raisons qui ont amené l'acheteur à juger une offre anormalement basse ou à rejeter une offre.
- Par ailleurs, pour les marchés publics passés par une entité adjudicatrice, **l'ensemble des informations relatives à la qualification et à la section des opérateurs économiques et à l'attribution des marchés publics**, à conserver en application des [articles R.2184-7 à R.2184-11 du CCP](#), est également transmises à la CAO. Ainsi, la commission peut, à l'occasion de la désignation du soumissionnaire à qui sera attribué le marché public, se prononcer sur l'ensemble des analyses opérées.
- Enfin, **les acheteurs demeurent libres de consulter la CAO sur l'ensemble des points qui ne relèvent pas de sa compétence.**

21

Le jury de concours

3 règles s'appliquent ([articles R.2162-22 à R.2162-26 CPP](#)) :

- le jury doit être composé **exclusivement de personnes indépendantes** des participants au concours ;
- lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée de la part 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 est un établissement public social ou médico-social, ou un office public de l'habitat.

22

Les avenants et modifications des marchés en cours d'exécution

- « 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 » ([article L.1414-4 du CGCT](#)).
- Par ailleurs, l'intervention d'une CAO 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 socio-médical ou qu'un office de l'habitat » ([article L.1414-3 du CGCT](#)).
- Enfin, le code fait référence **à un avenant, et non à une modification du marché public**. En conséquence, il n'existe pas d'obligation de consulter la CAO en cas de décision de poursuivre, de décision unilatérale de modification du marché public initial ou de mise en œuvre d'une clause de variation des prix ([l'article L.1414-4 du CGCT](#)).

23



LES RESPONSABILITES DES MEMBRES DE LA CAO

- La CAO, organe décisionnel
- Les risques contentieux
- Les risques pénaux
- Le conflit d'intérêts

Jean-Marc PEYRICAL

24

La CAO, organe décisionnel

- La CAO est investie d'un **véritable pouvoir de décision** : elle attribue les marchés publics passés selon une procédure formalisée.
- A ce titre, la commission assure **la transparence des procédures et garantit les grands principes directeurs** du code de la commande publique, à savoir : la liberté d'accès et l'égalité de traitement de tous face à la commande publique.

25

Les risques contentieux (1)

Les procédures d'urgence (1)

- Le juge du **référé précontractuel** est saisi de « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* » ([article L.551-1 du CJA](#)).
- Entrent ainsi dans le champ du référé précontractuel, les marchés publics ([article L. 1111-1 du CCP](#)).
- Les personnes habilitées à engager un référé précontractuel sont « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* » ([CE, Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, n° 305420](#)) .
- Peuvent ainsi saisir le juge du référé précontractuel :
 - **les candidats évincés**, à tout stade de la procédure de passation ;
 - **les candidats potentiels**, que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a dissuadés de soumissionner
- Lorsque le contrat est conclu par une collectivité territoriale, le préfet peut également tenter un tel recours, pour l'exercice du contrôle de légalité.
- Le requérant peut invoquer tous les moyens tirés des manquements de l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lors de la passation du contrat.

26

Les risques contentieux (2)

Les procédures d'urgence (2)

- Le **référé contractuel** est régi par les *articles L. 551-13 à L. 551-23, et R. 551-7 à R. 551-10 du CJA*.
- Il permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat.
- Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises à former un référé précontractuel, c'est-à-dire **celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, et le préfet**.
- Le référé contractuel est **destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves**. Les manquements susceptibles d'être utilement invoqués sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis (*articles L. 551-18 à L. 551-20 du CCP*).
- Ainsi, seuls peuvent être invoqués : l'absence totale de publicité, l'absence de publication au JOUE si celle-ci est obligatoire, la violation du délai de standstill, la violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du référé précontractuel et la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

27

Les risques contentieux (3)

- Le **recours Tarn-et-Garonne** (*CE Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994*) ouvre aux tiers, sans considération de leur qualité, une voie de droit spécifique leur permettant de contester la validité du contrat ou certaines de ses clauses devant un juge de plein contentieux aux pouvoirs étendus.
- Le recours en contestation de validité contractuelle est ouvert contre tous les contrats administratifs ou certaines de leurs clauses non réglementaires qui en sont divisibles.
- Le caractère opérant des moyens soulevés **est subordonné à la circonstance que les manquements invoqués soient en rapport direct avec l'intérêt lésé ou soient d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office**.
- **Seuls le préfet de département ou les membres de l'organe délibérant des collectivités territoriales ou de leurs groupements peuvent invoquer tout vice du contrat.**

28

Les risques contentieux (4)

- Le **recours pour excès de pouvoir** n'a pas pour objet la contestation du contrat lui-même.
- Dorénavant, il ne peut plus être dirigé contre la délibération autorisant la signature du contrat, la décision de signer le contrat ou les décisions d'écarter une candidature, une offre ou d'attribuer le marché public (*CE Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994*).
- Le **préfet** reste recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir, mais uniquement jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdront leur objet.
- De même, les clauses réglementaires du contrat ne peuvent être contestées que par la voie du recours pour excès de pouvoir (*CE, Ass, 10 juillet 1996, Cayzele, n° 138536*), le recours en contestation de validité étant exclu (*CE Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994*).

29

Les risques pénaux (1)

- Le **délit de prise illégale d'intérêts** est défini par le code pénal comme :

« le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement » (article L.423-12 alinéa 1 du code pénal).

- La sanction prévue par le texte est de « cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

30

Les risques pénaux (2)

- Le **délit de favoritisme** est défini par le code pénal comme : « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou **investie d'un mandat électif public** ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées **de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public** » ([article L.423-14 alinéa 1 du code pénal](#)).
- La sanction prévue par le texte est de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

31

Le conflit d'intérêts (1)

La notion de conflit d'intérêts

Le code définit le **conflit d'intérêts** comme « toute situation dans laquelle **une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel** qui pourrait **compromettre son impartialité ou son indépendance** dans le cadre de la procédure de passation du marché » ([article L.2141-10 du CCP](#)).

S'agissant de la validité du contrat, le Conseil d'Etat a précisé que le principe d'impartialité figure « *au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative* », lequel implique l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat, de sorte que l'existence d'une telle situation est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entacher la validité du contrat ([CE, 25 novembre 2021, Société Corsica Networks, req. n° 454466](#)).

Deux éléments doivent être démontrés pour qualifier un conflit d'intérêts :

- 1) Le juge recherche en premier lieu le **doute légitime sur l'impartialité** du processus de sélection de l'attributaire d'un marché public.
- 2) Le juge recherche ensuite si la personne intéressée a été **en mesure d'influencer le processus de sélection** d'attribution du marché public.

32

Le conflit d'intérêts (2)

Exemples de conflits d'intérêts

- Il y a un doute sur l'impartialité de la procédure dans la situation où un participant de la CAO, a été doté de hautes responsabilités au sein de la société attributaire, à laquelle celle-ci appartenait encore très récemment (CE, 25 novembre 2021, Société Corsica Networks, req. n° 454466).
- Il n'y a en revanche pas de conflit d'intérêts dans la situation où un ancien salarié participe à la CAO, alors qu'il avait été licencié longtemps auparavant par une société candidate (CE, 27 juillet 2001, Société Degrémont, req. n° 232820).
- Il y a un doute sérieux sur l'impartialité de la procédure dans la situation où le vice-président d'une association participe à plusieurs séances de la CAO en qualité de président, dès lors que cette association devient attributaire du marché alors qu'elle poursuit des objectifs qui diffèrent avec les intérêts de des habitants de la commune et intervient dans un champ d'activité concurrentiel (CAA Versailles, 10 décembre 2015, société Ozone, req. n° 13VE02037).

33

Pour conclure...

- La CAO, qui attribue les marchés publics passés selon une procédure formalisée. est investie d'un **véritable pouvoir de décision**.
- A ce titre, la commission doit agir avec prudence, et veiller à assurer **la transparence des procédures** et **garantir les grands principes directeurs** du code de la commande publique, sous peine de s'exposer à des **risques à la fois pénaux et contentieux**.

34



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

Thème de notre prochain COLLOQUE

ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le programme et le bulletin d'inscription sont en téléchargement sur le site de l'APASP
Sessions d'études | APASP - Association Pour l'Achat dans les Services Publics

Les intervenants :

Laure BEDIER Directrice de la DAJ , Guillaume DELALOY, Franck DUVAL, Luc BRUNET, Céline DUBUSC, Sébastien TAUPIAC, Cécile FONTAINE, Christophe AMORETTI-HANNEQUIN, Jean Christophe CAROULLE, Régis FROGER, et Jean Marc PEYRICAL animeront ces journées et répondront à vos questions..

Les thèmes : La dernière actualité de la commande publique, la publication du guide sur les prix, les nouvelles règles de répartition des responsabilités ordonnateurs-comptables, la publication des données essentielles des marchés publics, le rapport du risque pénal des élus et fonctionnaires territoriaux, la gestion automatisée et sécurisées des titulaires de marchés, la solution E-attestation, les ENERGIES et leur impact sur la commande publique, l'actualité des contentieux

35



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

Encore quelques questions... ?

L'APASP propose à ses adhérents une assistance technique marchés publics, une revue de presse, des Web Conférences et des Web formations, des colloques, des séminaires, un outil de gestion « CEPHEE » pour les groupements de commandes, un outil méthodologique pour améliorer l'offre et réduire le gaspillage alimentaire en restauration collective ...



Pour en savoir plus sur nos adhésions, rendez-vous sur www.apasp.com ou contactez nous au **01 42 80 93 93**

36