

Fiche 1

Qu'est-ce qu'un marché public ?

- I. Le marché public est un contrat administratif conclu à titre onéreux
- II. Le marché public est un contrat conclu entre des acheteurs publics et des opérateurs publics ou privés
- III. Le marché public a pour objet de répondre aux besoins de la personne publique

- **Objectifs** : Définir le marché public. Différencier les marchés publics d'autres montages contractuels. Appréhender la forme d'un marché public.
- **Prérequis** : Aucun.
- **Mots-clefs** : Pouvoir adjudicateur ; contrat ; caractère onéreux ; prix ; subvention ; délégation de service public ; besoin ; « *in house* ».

L'article quatre de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définit le marché public comme un contrat conclu à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures ou services. Un marché public se caractérise donc par quatre éléments : sa nature contractuelle, la qualité des parties au contrat, l'objet du contrat et enfin la dimension financière du contrat.

I. Le marché public est un contrat administratif conclu à titre onéreux

Le marché public est un contrat, un accord sur le prix et sur son objet. Cet accord sera, dans la plupart des cas, matérialisé par un acte d'engagement par lequel le titulaire du marché s'engage à exécuter les prestations, objet du contrat, en application d'un cahier des charges et la personne publique s'engage à le rémunérer.

À l'exception des accords-cadres (cf. Fiche 6), le code ne fixe pas de durée maximum pour les marchés. Un marché peut, par exemple, avoir une durée ferme de cinq ans, trois ans ou d'un an reconductible deux fois de façon expresse ou tacite...

Un marché public ne se réduit pas à la procédure qui précède sa conclusion. Il est avant tout un contrat qui va s'exécuter, générer des droits et des obligations et constituer la loi des parties tout au long de l'exécution de la prestation. L'acheteur public doit donc apporter une grande attention à sa rédaction et anticiper les différentes difficultés qui ne manqueront pas de survenir au cours de son exécution.

Le caractère contractuel du marché se concrétise dans l'acte d'engagement, avec éventuellement une annexe de prix (cf. Fiche 11), ou dans tout autre document dès lors qu'il matérialise l'accord sur le prix et sur la chose. L'acte d'engagement est la pièce principale du marché. Mais le contrat est rarement constitué d'un seul document. Parmi les autres pièces contractuelles, on trouve traditionnellement les documents suivants : le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) qui encadre les relations entre le titulaire et la personne publique et qui fixe les règles en matière d'exécution du marché (paiement, contrôle, pénalités, résiliation...). Le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) qui fixe les caractéristiques « techniques » de la prestation, comme les matériaux à utiliser, les procédés à mettre en œuvre. Ces pièces contractuelles dites « particulières », parce que propres au marché qu'elles constituent, peuvent elles-mêmes renvoyer à des cahiers des clauses techniques (CCTG) ou administratives générales (CCAG).

Ces derniers sont en quelque sorte des cahiers des charges types. Dans le silence du contrat, ils encadreront les relations entre le titulaire et la personne publique dès lors que le marché y fait référence. On distingue quatre CCAG applicables en fonction du type d'opération concernée : le CCAG Fournitures courantes et services, le CCAG travaux, le CCAG Techniques de l'Information et de la Communication (TIC), le CCAG propriété intellectuelle (PI) et le CCAG production industrielle. Si les CCAG constituent un outil pratique à disposition des acheteurs publics, il est recommandé de vérifier au préalable que les dispositions qui seront appliquées sont effectivement adaptées à l'exécution de la prestation. Il en est ainsi par exemple des dispositions du CCAG sur le calcul des pénalités, sur les modalités

et les délais de vérification des prestations qui peuvent s'avérer particulièrement inadaptées aux conditions d'exécution de la prestation (cf. Fiche 10). Si l'acheteur public souhaite s'affranchir de certaines dispositions du CCAG, il devra récapituler à la fin du CCAP les articles de son cahier des charges qui éventuellement y dérogent, sous peine de devoir appliquer le CCAG par défaut, quelle que soit la clause de son CCAP.

En complément des pièces précédemment évoquées, l'acheteur public peut par exemple contractualiser l'offre du candidat. Il peut en effet être opportun dans un marché d'études ou de formation, de contractualiser les profils des intervenants tels qu'ils sont initialement proposés par le candidat. Ce qui permettra en cas de défaillance du titulaire de lui opposer ses obligations contractuelles et de le sanctionner (cf. Fiche 10).

Au-delà de l'énumération matérielle des pièces contractuelles, le Décret du 25 mars 2016 fixe le socle rédactionnel minimal d'un contrat. L'article 14 dresse la liste des mentions devant obligatoirement figurer dans un marché dont le montant est supérieur à 25 000 € HT (cf. Fiche 9) pour les marchés à procédure adaptée : la mention du comptable public lorsqu'il existe, l'objet et les conditions d'exécution du marché.

Tous les contrats conclus entre une personne publique et un opérateur privé ne sont pas des marchés publics. On différenciera ainsi les marchés publics d'autres dispositifs contractuels comme la délégation de service public (DSP) ou les conventions adossées à une subvention. Dans ces deux cas, la différence réside dans l'objet et la dimension financière de la relation entre la personne publique et l'opérateur privé.

Dans un marché public, la prestation exécutée par l'opérateur public ou privé vise à satisfaire le besoin de la personne publique et a sa contrepartie dans le versement d'un prix. Pour autant, certains contrats sont considérés comme des marchés publics, même en l'absence de versement d'un prix. C'est le cas par exemple, des contrats de mobiliers urbains dans lesquels l'opérateur économique se rémunère grâce à la commercialisation des espaces publicitaires. La jurisprudence considère alors que le caractère onéreux du contrat est constitué par l'abandon de recettes (redevance d'occupation du domaine public) au profit du cocontractant de la personne publique.

La délégation de service public suppose que la rémunération du délégataire soit substantiellement assurée par l'exploitation du service et non par un prix versé par la personne publique. En d'autres termes, le délégataire assume le risque financier lié à l'exploitation du service public délégué.

Enfin, la subvention est exclue expressément de la catégorie des marchés publics par l'article 7 de l'ordonnance du 27 juillet 2015, dans la mesure où elle n'a pas pour objet de répondre au besoin de la personne publique. Au contraire, l'initiative du projet subventionné vient de l'organisme bénéficiaire et la personne publique ne bénéficie d'aucune contrepartie à la subvention versée.

II. Le marché public est un contrat conclu entre des acheteurs publics et des opérateurs publics ou privés

Les articles 9 à 12 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 fixent la liste des pouvoirs adjudicateurs soumis à la réglementation relative aux marchés publics : collectivités territoriales, État et établissements publics. Les mêmes pouvoirs adjudicateurs sont appelés entités adjudicatrices lorsqu'ils exercent des activités d'opérateur de réseaux, comme le transport et la distribution d'eau potable, d'électricité (art. 12 Ord.). Les entités adjudicatrices sont-elles mêmes soumises à des règles spécifiques.

La qualité de co-contractant de la personne publique est définie à l'article 13 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. L'opérateur économique est appelé candidat lorsqu'il participe à la procédure de passation d'un marché et soumissionnaire lorsqu'il dépose une offre (cf. Fiche 11). Si dans la plupart des cas, le co-contractant du pouvoir adjudicateur est une personne privée, des marchés peuvent être conclus entre deux personnes publiques et ces dernières peuvent donc être candidates à l'attribution d'un marché public (CE, avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants). Dans ce cas, il appartient à l'acheteur public de vérifier que la personne publique candidate ne bénéficie pas, du fait de son statut, d'un avantage qui serait de nature à fausser le principe d'égalité entre les candidats.

III. Le marché public a pour objet de répondre aux besoins de la personne publique

C'est là une dimension essentielle du marché public et pourtant trop souvent négligée. Au-delà de l'ingénierie juridique sur laquelle il repose, le contrat doit avant tout satisfaire le besoin de la personne publique. L'article 30 de l'ordonnance précise par ailleurs que « la nature et l'étendue du besoin à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation » (cf. Fiche 5) et l'article 1, que les principes de la commande publique permettent d'assurer « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » (cf. Fiche 3).

Le marché public est un contrat qui oscille entre deux dimensions : Une dimension juridique qui induit un impératif de sécurité juridique, tant dans la passation que dans la rédaction du contrat. Une dimension économique qui implique de déterminer la nature des besoins, de prendre en compte la façon dont les opérateurs économiques peuvent y répondre et qui assigne à l'acheteur un impératif d'efficacité économique. Objectif qui se traduira en partie au travers du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (cf. Fiche 13).

La passation d'un marché public implique donc d'identifier le besoin, de le transcrire dans un cahier des charges de façon à ce qu'il soit compréhensible par les opérateurs économiques et de déterminer les critères qui permettront de choisir l'offre répondant le mieux au besoin.

IV. Les marchés publics non soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015

Si les marchés publics sont majoritairement soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et au décret du 25 mars 2016, certains d'entre eux sont exclus de leur champ d'application. Ces exclusions sont prévues aux articles 14 à 20 de l'ordonnance. C'est le cas des contrats dits « in house » (ou de quasi régie) définis à l'article 17 de l'ordonnance. Cette qualification ne se rencontre que lorsque deux conditions sont cumulativement réunies : la personne publique doit exercer sur son cocontractant un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et le cocontractant doit réaliser l'essentiel de ses activités avec la personne publique. L'appréciation de la réalité du contrôle préalable se fait sur la base du niveau de participation financière de la personne publique à l'entité cocontractante, mais surtout à partir de l'effectivité de son autonomie de décision. C'est ainsi que les contrats conclus par une collectivité territoriale avec une société d'économie mixte (SEM) dont elle est l'actionnaire principal ne relèvent pas de cette catégorie alors que le marché conclu avec une société publique locale (SPL) est considéré comme un contrat « in house » et échappe à l'ordonnance de 2015.

D'autres marchés en sont exclus. C'est le cas des marchés énumérés à l'article 14 de l'ordonnance, dans lesquels on trouve par exemple les marchés de service financier, de location de terrains ou de bâtiments existants et certains marchés de service juridique.

Fiche 2

Les sources du droit des marchés publics

- I. La réglementation nationale
- II. La jurisprudence

- **Objectifs:** Identifier les principales sources du droit des marchés publics. Apprécier l'importance du droit communautaire.
- **Prérequis:** Aucun.
- **Mots-clefs:** Loi ; ordonnance ; décret ; directive ; jurisprudence

Deux phénomènes caractérisent le mieux le droit des marchés publics : la diversité de ses sources et sa constante évolution.

Le droit des marchés publics est constitué à titre principal de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et de son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016. Cette réglementation trouve son origine dans le droit communautaire et doit être complétée par une abondante jurisprudence.

I. La réglementation nationale

La réglementation actuelle des marchés publics est très fortement inspirée des grands principes du traité de la communauté européenne et d'un droit européen des contrats publics déjà bien constitué.

Les principaux textes communautaires applicables sont, pour le secteur classique, la directive 2004/24/CE du 26 février 2004 relative à la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et, pour les secteurs spéciaux, la Directive 2004/25/CE du 26 février 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des

rapports et des services postaux Ces directives ont été transposées en droit français par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et par son décret d'application du 25 mars 2016 qui ont remplacé l'ancien code des marchés publics de 2006.

Ce noyau dur « réglementaire » doit être complété par d'autres textes. Par exemple, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'ouvrage privée (loi MOP).

Certains textes dont l'objet n'est pas de « réglementer » la commande publique contiennent néanmoins des dispositions qui doivent être prises en compte dans la passation des marchés. C'est le cas, par exemple, de la loi du 12 juillet 1978 relative au droit d'accès aux documents administratifs ou encore de la loi du 12 janvier 2005 pour l'égalité des droits et des chances, pour la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ou encore la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes qui contraignent l'acheteur public à vérifier que les soumissionnaires respectent les dispositions en matière d'emploi de personnes en situation de handicap et d'égalité femmes/hommes.

Le droit de la commande publique est aussi perçu comme un levier pour la mise en œuvre des politiques en faveur du développement durable, qu'il s'agisse du volet écologique ou de l'insertion sociale. Si à ce titre, la réglementation relative aux marchés publics intègre déjà ces deux dimensions, le développement à venir de ces politiques aura un impact de plus en plus fort sur le droit des marchés publics (cf. Fiche 5).

II. La jurisprudence

Le contentieux en matière de marchés publics est de plus en plus « fourni », qu'il s'agisse du contentieux de la passation ou de celui de l'exécution. Les voies de recours ont été profondément révisées et le juge administratif a lui-même allégé les conditions de sa saisine (cf. Fiche 17). Les décisions rendues par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) et surtout par les juridictions administratives nationales complètent, précisent les dispositions applicables et infirment ou confirment les interprétations que peuvent en faire les praticiens des marchés publics. Le 3 octobre 2008, la décision SMIRGEOMES du Conseil d'État (cf. Fiche 17) a profondément fait évoluer le risque contentieux pour les personnes publiques. Pour dire les choses rapidement, avant 2008 une seule irrégularité de forme dans l'avis de publicité suffisait pour faire inmanquablement annuler la procédure. Depuis cette décision du Conseil d'État, le requérant doit prouver que cette irrégularité l'a effectivement lésé. Outre le fait qu'il est aujourd'hui beaucoup plus difficile de faire annuler une procédure, les moyens mis en avant

par les requérants ont évolué et portent dorénavant davantage sur la pertinence des critères d'analyse des offres, leur pondération (cf. Fiche 13) et leur respect par la personne publique dans la mise en œuvre de l'analyse.

La jurisprudence relative aux marchés publics est aussi parfois source d'incertitudes et oblige l'acheteur public à remettre en question ses modes d'organisation, ses règles internes, afin de garantir la sécurité juridique de ses procédures. C'est particulièrement le cas lorsque la réglementation n'est pas fixée de façon claire. C'est ainsi que la jurisprudence a précisé et continue de préciser les dispositions applicables aux procédures adaptées, aux modalités de négociation, au caractère substantiel ou non des régularisations de l'offre ou des modifications apportées au contrat.

Cette multiplicité des sources, sans qu'elle soit spécifique aux marchés publics, dessine les contours d'une réglementation en constante évolution et dont l'étendue est parfois difficile à maîtriser par ceux-là même qui doivent l'appliquer. Cela explique sans doute que parmi les attentes les plus fréquemment évoquées par les acheteurs publics, on trouve celle d'un véritable code de la commande publique.