

LEÇON 1

LA DÉFINITION DES MARCHÉS PUBLICS

- I. Définition française, définition européenne
- II. Les composantes d'un marché public
- III. Distinction d'avec les autres actes administratifs

Avant de s'interroger sur les dispositions parfois complexes qui régissent le droit des marchés publics, il convient de déterminer ce que recouvre précisément la notion de marché public.

Il existe plusieurs définitions juridiques de ce contrat administratif qui permet l'achat par une personne publique d'une prestation, d'une fourniture ou de travaux (I). Plusieurs éléments sont constitutifs d'un marché public (II) et le distinguent d'autres conventions passées par les personnes publiques (III).

I. Définition française, définition européenne

Deux définitions de la notion de marché public coexistent en droit français : une définition issue des dispositions du droit interne (A) et une définition issue des dispositions du droit communautaire (B) lesquelles se recouvrent en partie.

A. La définition en droit interne

1. La définition du code des marchés publics

L'une de ces définitions résulte des dispositions même du code des marchés publics qui prévoit notamment dans son article premier que « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

Dès lors et **dès le premier euro**, quelle que soit la procédure d'attribution choisie, quand l'administration pour satisfaire ses besoins, se procure une prestation, une fourniture, un service, en contrepartie d'un prix, il s'agit d'un marché public.

2. Un marché public est un contrat administratif

Les dispositions de la loi n° 2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite « loi MURCEF », précisent qu'un marché public est un contrat administratif. Ces dispositions ont permis de clarifier les règles de compétence, et impliquent

la compétence unique du juge administratif (TC 14 nov. 2011, Union des groupements d'achats publics c. Eurl C2 Conseils et Formation, n° 3813).

3. Un marché public n'est pas forcément un contrat écrit

L'article 11 du code des marchés publics prévoit que les marchés d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros doivent obligatoirement revêtir une forme écrite. Pour l'essentiel les marchés publics sont donc des contrats écrits mais il arrive que le juge requalifie des engagements oraux en marchés publics (CAA Lyon, 29 juin 1994, Sté Trédi).

B. La définition issue du droit communautaire

Au sens du droit communautaire, (directives 2004/18 et 2004/17) la définition d'un marché public s'établit en fonction du franchissement de seuils économiques en rapport avec la valeur du marché.

La définition communautaire peut donc être considérée comme « plus large » dans sa conception du marché public : « les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive. » (Article 1 de la directive 2004/18).

II. Les composantes d'un marché public

L'article 11 du code des marchés publics prévoit que les pièces constitutives d'un marché public sont l'acte d'engagement et les cahiers des charges. L'acte d'engagement est le document par lequel le candidat à un marché fait connaître sa proposition et son prix (A). Le cahier des charges détaille plus précisément les prestations

attendues (C) et les conditions dans lesquelles le marché devra être réalisé par les cocontractants (B).

A. Le prix du marché

Le marché public est un contrat qui doit être conclu « à titre onéreux » (article 1 du code des marchés publics précité). Ainsi le titulaire doit être rémunéré par un prix. Cette condition n'empêche pas cependant, à titre marginal le versement d'un complément de rémunération par les usagers.

Le paiement peut toutefois être indirect, c'est-à-dire que le prestataire doit retirer une **contrepartie** de la prestation réalisée. Ainsi le Conseil d'État a-t-il pu estimer qu'en matière de mobilier urbain, l'autorisation d'exploiter à titre exclusif une partie du mobilier à des fins publicitaires et l'exonération de redevance d'occupation, constituaient des avantages consentis à titre onéreux par le pouvoir adjudicateur en contrepartie des prestations fournies par la société (CE Sect. 4 nov. 2005, Société Jean-Claude Decaux, n° 247299). Il s'agit donc bien d'un marché public même en l'absence de paiement direct d'un prix.

B. Les parties à un marché public : les cocontractants

Un marché public est un contrat qui consacre l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut par conséquent toute décision unilatérale.

1. Les pouvoirs adjudicateurs

Ce sont les **personnes qui passent des marchés publics** et sont soumises au code des marchés publics.

En vertu de l'article 2 du code des marchés publics ce sont « l'État et ses **établissements publics** autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial » et « les **collectivités territoriales et les établissements publics locaux**. » Ainsi, il s'agit de toutes les personnes morales de droit public à l'exception des EPIC de l'État.

En principe les personnes de droit privé ne sont pas soumises aux dispositions du code des marchés publics. Toutefois, si une personne privée est mandataire d'une personne publique soumise au code, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code des marchés publics. Notamment lorsque ce mandat est pris sur le fondement de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique, dite loi MOP (loi n° 85-704 du 12 juillet 1985).

À noter que la définition française du pouvoir adjudicateur diffère de la définition du droit communautaire qui a une acception plus large. En effet au sens du droit européen, la notion de « pouvoir adjudicateur » recouvre à la fois le sens français auquel s'ajoutent les entités adjudicatrices.

2. Les entités adjudicatrices

Ce sont des **pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateur de réseaux** (production, transport ou distribution d'électricité, gaz, chaleur, eau, fourniture d'un service public dans le domaine des transports, etc.).

Elles sont soumises à des règles spécifiques prévues par la deuxième partie du code des marchés publics. Ces règles qui tout en s'en inspirant largement diffèrent légèrement des dispositions applicables aux acheteurs publics ne seront pas précisément étudiées dans le cadre de cet ouvrage.

3. Les « opérateurs économiques » ou les titulaires des marchés

Ce sont les personnes avec lesquelles sont passés les marchés publics. Il peut s'agir de **personnes privées ou publiques** (CE 28 avril 2003, fédération nationale des géomètres experts et autres, n° 233360), d'associations ou d'entreprises. En revanche, ce ne peut être les œuvres sociales d'une administration publique (CE, avis d'Assemblée générale du 23 octobre 2003, Fondation Jean Moulin, n° 369315) dont les pres-

tations ne sauraient être regardées comme des prestations à caractère purement marchand.

C. L'objet du marché

L'article 1 du code des marchés publics liste les différents objets que peuvent recouvrir les marchés. Ils se répartissent en trois catégories : les marchés de travaux, les marchés de fournitures et les marchés de services. Dès lors qu'un marché relève de plusieurs catégories, c'est l'objet principal ou la valeur la plus importante qui emporte la qualification de ce marché.

1. Les marchés de travaux

Ils doivent porter sur **des marchés immobiliers**, c'est-à-dire qu'ils doivent concerner des immeubles par nature ou par destination. Ils peuvent être des travaux de **construction** mais également, **les travaux préalables** à celle-ci tels que les travaux de démolition ou de terrassement ou encore les travaux d'entretien ou de réparation.

La nature des travaux effectués est pour l'essentiel des travaux publics mais il peut également s'agir de travaux privés dans le cas des travaux réalisés par une collectivité publique dans un « but exclusivement financier et patrimonial » (TC, 25 juin 1973, ONF c/ Béraud), c'est-à-dire pour améliorer, par exemple, son propre patrimoine.

2. Les marchés de service

Le code des marchés publics ne donne qu'une définition tautologique des marchés de service, tandis que le droit européen les définit *a contrario* comme les marchés autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures.

Le code liste néanmoins certains marchés de services qui peuvent être passés selon une procédure « allégée » (il s'agit des marchés appelés « marchés article 30 ») au rang desquels les marchés de services juridiques, les services sociaux et sanitaires, les services culturels et sportifs... Il convient également de noter que les marchés de services peuvent porter tant sur des

prestations intellectuelles (études) que sur des **prestations matérielles** (service de transport, nettoyage).

3. Les marchés de fournitures

Il s'agit des contrats par lesquels le pouvoir adjudicateur se procure des produits ou des **biens mobiliers**. Les moyens pour se procurer de telles fournitures ne sauraient se résumer à l'achat. Le code prévoit que la collectivité peut avoir recours au crédit-bail, à la location ou à la location-vente.

III. Distinction avec les autres actes administratifs

A. La subvention

Tous les contrats que l'administration conclut ne sont pas nécessairement des marchés publics. Notamment dans le cadre des relations d'une administration avec des associations, il peut très souvent s'agir de conventions relatives à des subventions. En effet l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (dite loi DCRA) impose la conclusion d'une convention avec tout organisme bénéficiant d'une subvention d'un montant supérieur à 23 000 euros.

Une subvention est une somme d'argent, attribuée par une collectivité publique à un bénéficiaire public ou privé, afin de soutenir une action, dont elle n'a pas pris l'initiative, mais qui doit entrer dans une compétence lui appartenant ou qui doit poursuivre un intérêt public. Elle se distingue de la notion de prix versé à un opérateur économique, en contrepartie d'une prestation.

Deux critères permettent de distinguer la subvention du marché public : l'initiative du projet qui doit émaner du tiers et l'absence de contrepartie directe.

1. L'initiative du projet

Dans le cadre d'un marché public, le prestataire agit à la demande de la collectivité publique pour répondre aux besoins qu'elle a elle-même fixés. L'initiative appartient à l'entité publique. La subvention en revanche est destinée à aider financièrement une **action initiée et menée par un tiers**.

Ainsi, rémunérer une entreprise de spectacle pour l'organisation d'un festival de musique réalisé à la seule initiative de la commune constitue le prix d'un marché public (CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-Les-Plages, n° 342520) alors que les aides conventionnées accordées par l'État aux ateliers et chantiers d'insertion dans le cadre du dispositif d'insertion par l'activité économique de personnes sans emploi constituent des subventions.

2. L'absence de contrepartie directe

La personne publique qui accorde une subvention n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire (CE Section, 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais, n° 88224). Le juge considère qu'il y a marché public lorsque les sommes versées correspondent à des prestations de services individualisées, commandées par la personne publique dans le cadre de ses compétences après qu'elle a défini ses propres besoins (CE, 26 mars 2008, Région de la Réunion, n° 284412).

L'absence de contrepartie de la subvention n'implique, toutefois, pas l'absence de conditions à l'utilisation des fonds pour son bénéficiaire. Dans la mesure où une subvention est subordonnée à un motif d'intérêt général, la collectivité publique peut conditionner son octroi à une utilisation déterminée des fonds. C'est en général l'objet de la convention prévue par les dispositions de la loi du 12 avril 2000.

Il résulte de ces deux éléments que la décision d'octroi d'une subvention est une **décision unilatérale** de la part de la collectivité quand bien même y est adossée une convention qui

encadre l'utilisation des fonds (CE, 5 juillet 2010, chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, n° 308615).

B. La délégation de service public

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, précitée dite « loi MURCEF », définit la délégation de service public comme un « contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Cette définition est reprise à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales.

Trois éléments cumulatifs permettent d'identifier une délégation de service public : l'instrument juridique, l'objet de la convention et l'élément financier.

1. Un contrat administratif

Tout d'abord, il doit être conclu une convention entre une personne publique et une entreprise. C'est un point commun avec les marchés publics mais la notion de contrat a ici pour objet d'exclure du champ de la définition toutes les délégations « statutaires », c'est-à-dire prévues par détermination de la loi ou du règlement.

2. Un objet de service public

Ensuite la convention doit avoir pour objet **l'exploitation d'un service public**. Cet élément permet de distinguer notamment la délégation de service public d'un simple marché de service relevant du code des marchés publics.

Cet élément permet de réaffirmer que seule une collectivité publique peut détenir la maîtrise d'un service public, c'est-à-dire qu'elle détient les compétences pour le créer, l'organiser, lui donner les moyens de sa mission et en assumer le contrôle. Elle peut néanmoins en externaliser la gestion et l'exploitation.

3. Une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation

C'est **l'élément principal** qui constitue le critère de distinction du marché public et de la délégation de service public. Alors que le caractère onéreux d'un marché public réside dans le versement d'un prix par l'acheteur public en contrepartie de la prestation commandée, la rémunération du délégataire de service public est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Il est courant de dire que le délégataire assume alors le risque lié à l'exploitation du service (CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794).

La rémunération est considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, lorsque le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique **une part significative du risque d'exploitation** (CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 168325). Le Conseil d'État a ainsi considéré que dès lors que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par la puissance publique représentait **environ 30 %** de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant, il s'agissait d'une délégation de service public (CE, 30 juin 1999, SMITOM, n° 198147).

C. Le contrat de partenariat

Ces contrats sont définis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats et repris dans les dispositions L. 1414-1 et suivantes du code général des collectivités territoriales. Ils sont des contrats administratifs, par lesquels un pouvoir adjudicateur « confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ».

Ils permettent aux personnes publiques de faire appel au secteur privé pour financer,

construire, exploiter et maintenir un ouvrage. Les missions ainsi confiées sont plus larges que les seuls objets prévus par les marchés publics, et pour des durées plus longues. Les coûts d'investissement sont ainsi lissés, même si le coût final peut s'avérer plus élevé.

Le contrat de partenariat permet une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat. Cette rémunération n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Au terme du contrat, le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien.

Cette procédure permet de déroger aux règles du code des marchés publics et obéit par conséquent à trois critères préalables non cumulatifs :

urgence, complexité et efficacité économique.

Par sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 le Conseil constitutionnel se prononçant sur la loi fondant l'ordonnance a fixé les grandes règles permettant le recours aux partenariats. Cette décision a été confirmée par la suite et notamment par la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relatives aux contrats de partenariats.

Au sens du droit communautaire le contrat de partenariat est en revanche un marché public dès lors que les directives marchés ne font pas de la maîtrise d'ouvrage un critère de qualification du contrat et que le titulaire du contrat est rémunéré, durant toute la durée du contrat, par un prix versé par l'administration.

■ ■ ■ REPÈRES

- L'article 1^{er} du code des marchés publics définit ce qu'est un marché public au sens du droit français.
- L'article 1 de la directive 2004/18 définit ce qu'est un marché public au sens du droit communautaire.
- La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite « loi MURCEF », et l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales définissent la délégation de service public.
- La décision CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 168325, définit la différence entre une délégation de service public et un marché public.
- L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 définit et régit les règles relatives aux contrats de partenariats.
- Les marchés publics sont des contrats administratifs.

■ ■ ■ POUR GAGNER DES POINTS

Les contrats in house

Les contrats in-house ou contrats de quasi-régie sont exclus du champ d'application du code des marchés publics en vertu des dispositions de l'article 3-1° dudit code. Il s'agit des contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus entre deux personnes morales

distinctes mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre.

Ces contrats sont issus de la jurisprudence communautaire qui pose deux conditions pour reconnaître l'existence d'une situation de « in house » :

- le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant doit être de même nature que celui qu'elle exerce sur ses propres services ;
- le cocontractant réalise l'essentiel de ses activités pour le compte du pouvoir adjudicateur.

Le cocontractant qui se trouve dans cette situation doit par conséquent appliquer l'ensemble des règles du code des marchés publics pour répondre à ses propres besoins.

Il convient de noter que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur exclut de fait que ce pouvoir adjudicateur puisse

exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (CJCE, Stadt Halle, 11 janvier 2005, affaire C-26/03). C'est cette possibilité qui a présidé à la création des « sociétés publiques locales » (loi n° 2010-559 du 28 mai 2010) qui sont des sociétés anonymes créées par des entités publiques avec lesquelles ces dernières peuvent nouer des relations contractuelles en dehors des obligations de mise en concurrence.

La jurisprudence a également reconnu cette possibilité de conclure des contrats in house avec des associations créées par des collectivités locales (CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736).

LEÇON 2

LES SOURCES DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

- I. Le code des marchés publics
- II. Le droit communautaire et international

En dépit d'une profusion récente, les règles encadrant les marchés publics ne sont pas nouvelles. En effet, le principe de l'adjudication, c'est-à-dire de l'attribution au « moins disant » date du Moyen-Âge et les procédures d'achats ont été encadrées, dès 1833, par une loi pour l'approvisionnement en fournitures, la réalisation de biens et de prestations de services pour le compte des personnes publiques (loi du 31 janvier 1833).

Un premier code des marchés publics a quant à lui été élaboré en 1964 mais il a été profondément remanié en 2001, date de début d'une nouvelle ère dans les marchés publics. Cette réforme avait pour ambition de formaliser les achats de personnes publiques en les enserrant dans des règles respectant les principes de transparence et de bonne gestion des deniers publics.

Ce code a été largement modifié depuis, notamment en 2004 et en 2006 (I), sous l'impulsion de l'évolution du droit communautaire, que celui-ci résulte de directives ou de décisions jurisprudentielles (II). Lutter contre la corruption, ne pas bousculer les règles de la concurrence et rationaliser les dépenses publiques sont au cœur de cette réglementation au profit d'un formalisme que certains ont parfois jugé excessif.

I. Le code des marchés publics

Il ne s'agit pas à proprement parler d'un véritable code. Il ne contient notamment pas de partie législative ou réglementaire et il ne régit pas à lui seul l'intégralité du droit des marchés publics puisqu'il renvoie à des décrets d'application.

D'autres textes complètent utilement le code des marchés publics tels que les cahiers des charges types, (CCAG : Cahier des clauses administratives générales, ou CCTG, cahier des clauses techniques générales) ou certaines lois telles que la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique, dite loi MOP (loi n° 85-704 du 12 juillet 1985) ou la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF », ou encore la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des procédures administratives.

Ce code résulte d'un décret, adopté en vertu d'une habilitation législative en date de 1938 (loi du 5 octobre 1938). Par sa décision de section en date du 29 avril, 1981, n° 12851, Ordre des architectes, confirmée par une décision d'Assemblée du 5 mars 2003, n° 238039, Ordre des avocats à