

Qu'est-ce qu'un marché public ?	Fiche 1
<p>Objectifs Définir le marché public. Différencier les marchés publics d'autres montages contractuels. Appréhender la forme d'un marché public.</p> <p>Prérequis Aucun.</p> <p>Mots clefs Pouvoir adjudicateur; contrat; caractère onéreux; prix; subvention; délégation de service public; besoin; « <i>in house</i> ».</p>	

L'article premier du code des marchés 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.

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

Le marché public est un contrat et la Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique (dite Loi MURCEF) rajoute qu'il a le caractère d'un contrat administratif. Un marché public suppose donc un accord sur le prix et sur la chose. 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 marchés à bons de commande et des accords-cadre (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. Depuis le Décret du 25 août 2011 modifiant le Code des marchés publics, la reconduction tacite est autorisée.

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. Comme le précise l'article 11 du code, l'acte d'engagement est bien 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 énumérés à l'article 13 du code : 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. Ces pièces contractuelles dites « particulières », parce que propres au marché qu'elles constituent, peuvent 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 TIC 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. 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.

En complément des pièces précédemment évoquées, l'acheteur public peut contractualiser des éléments de 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.

Au-delà de l'énumération matérielle des pièces contractuelles, le Code des marchés publics fixe le socle rédactionnel minimal d'un contrat. L'article 12 dresse la liste des mentions devant obligatoirement figurer dans un marché public conclu à l'issue d'une procédure formalisée (cf. Fiche 10 pour les marchés à procédure adaptée).

Tous les contrats administratifs ne sont pas pour autant des marchés publics. On différenciera ainsi le marché public d'autres dispositifs contractuels comme la délégation de service public (DSP). De même, tout échange financier entre une personne publique et un opérateur privé ne constitue pas un marché public, comme la subvention. Dans les deux cas, la différence porte essentiellement sur 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 au profit du cocontractant de la personne publique.

La DSP suppose que la rémunération du délégataire soit substantiellement assurée par l'exploitation du service. En d'autres termes, que le délégataire assume le risque financier lié à l'exploitation du service public délégué.

Enfin, en ce qui concerne la subvention, cette dernière 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.

2. Le marché public est un contrat conclu entre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices et des opérateurs publics ou privés

L'article 2 du Code des marchés publics fixe la liste des pouvoirs adjudicateurs soumis aux prescriptions du code : collectivités territoriales, État et les 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. 134 et 135 CMP). Les entités adjudicatrices sont elles-mêmes soumises à la dernière partie du Code des marchés publics.

En définitive, à quelques exceptions près, la qualité du cocontractant qu'il s'agisse d'un opérateur public ou privé (entreprise, association...) importe peu. Des marchés peuvent ainsi 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.

Enfin, la qualité du cocontractant peut n'avoir aucun impact sur la nature du contrat mais davantage sur sa soumission au Code des marchés publics. Il en est ainsi des contrats dits « in house », reconnus pas le droit communautaire et transposés à l'article 3.1 du code. Ces contrats, s'ils sont qualifiés de marchés publics, ne sont pas pour autant soumis aux dispositions du code des marchés. 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.

3. 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. Et ce besoin doit être clairement exprimé dans le cahier des charges. L'article 5 du code des marchés précise par ailleurs que « la nature et

l'étendue du besoin à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à concurrence» (cf. Fiche 5) et l'article 1-II, que les principes de la commande publique doivent assurer «l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics» (cf. Fiche 3). S'il en était besoin, ces deux articles traduisent l'importance de la dimension économique du marché public.

Le marché public est donc 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).

Fiche 2	Les sources du droit des marchés publics		
	<p>Objectifs Identifier les principales sources du droit des marchés publics. Apprécier l'importance du droit communautaire.</p> <p>Prérequis Aucun.</p> <p>Mots clefs Loi; Code des marchés publics; décret; droit communautaire; directive; jurisprudence.</p>		

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

Le Code des marchés publics adopté par décret 2006-975 du 1^{er} août 2006 constitue la pièce principale du droit des marchés publics. Mais il trouve lui-même son origine dans le droit communautaire et doit être complété par d'autres sources plus ou moins directement liées à la commande publique.

1. Le droit communautaire

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. La succession de codes des marchés publics en 2001, 2004 et 2006 et leurs aménagements successifs sont le résultat de l'obligation dans laquelle la France s'est trouvée de se conformer au droit communautaire.

Les principaux textes communautaires applicables sont, pour le secteur classique, la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et, pour les secteurs spéciaux, la Directive 2004/17/CE du 31 mars 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 sont plus ou moins intégralement transposées en droit français et font actuellement l'objet d'une refonte qui devrait aboutir fin 2012.

Outre les directives et les règlements, l'acheteur public peut aussi s'appuyer sur les interprétations données par la Commission européenne. Par exemple, la communication interprétative du 15 octobre 2001 relative au droit communautaire applicable aux marchés publics et la possibilité d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés ou encore, celle du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable à la passation de marchés non soumises aux directives « marchés publics ».

2. Le droit national

Le droit national applicable aux marchés publics est trop vaste pour être détaillé ici. On peut néanmoins identifier deux catégories de textes ayant un impact sur les marchés publics.

La première d'entre elles est constituée des lois et décrets qui ont la commande publique pour objet. 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) ou encore, les décrets successifs portant Code des marchés publics.

Ensuite, on trouve des textes dont l'objet n'est pas de « réglementer » la commande publique, mais qui intègrent néanmoins le droit des marchés publics dans la mesure où ils contiennent 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. Cette dernière contraint l'acheteur public à vérifier que les candidats respectent les dispositions en matière d'emploi de personnes handicapées. Plus récemment, la loi du 17 mai 2011 portant sur le travail dissimulé oblige les acheteurs publics à intégrer dans les contrats une clause relative aux pénalités pour travail dissimulé. Dans cette dernière catégorie, on peut aussi trouver des textes ayant une multiplicité d'objets. Il s'agit, par exemple, de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, dont une partie précise le régime des délégations accordées aux exécutifs locaux pour la passation des marchés à procédure adaptée. Ou encore,

plus récemment, la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit dont certaines dispositions sont venues modifier sensiblement le droit des marchés publics. À cela viennent s'ajouter les décrets d'application, les arrêtés, les circulaires, comme la circulaire portant manuel d'application du code 2006, les instructions...

Le droit de la commande publique est aussi perçu comme le vecteur des politiques en faveur du développement durable, qu'il s'agisse du volet écologique ou de l'insertion sociale. Si le code des marchés 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).

3. La jurisprudence

Les décisions rendues par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) et des 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 dans tous les cas elle oblige souvent l'acheteur public à remettre en question ses modes d'organisation, ses règles internes, afin de garantir la sécurité juridique de ses procédures.

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 la 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.