

Marchés publics de travaux

Procédures de passation. Contenu

par **Bernard-Michel BLOCH**

*Diplômé d'études supérieures spécialisées (DESS) de droit de la construction
et de l'urbanisme
Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine*

1. Définitions	C 71v3 - 2
2. Régime du marché et de la concession de travaux publics	— 3
3. Parties au marché et à la concession de travaux publics	— 3
4. Procédures de passation	— 9
5. Contenu du marché et de la concession de travaux publics	— 15
Pour en savoir plus	Doc. C 73v3

En droit français, la distinction entre contrats administratifs et contrats privés est une conséquence du partage fondamental que le système juridique français opère entre le droit public et le droit privé. La justification officielle de cette distinction de principe est tirée de ce que les administrations sont considérées comme agissant dans l'intérêt supérieur, celui du service public, et comme ne pouvant en conséquence être soumises à la loi commune. D'où la mise au point de règles juridiques spéciales, qui sont qualifiées d'**exorbitantes du droit commun** parce qu'elles reconnaissent aux personnes publiques des pouvoirs plus importants que ceux des personnes privées (prérogatives de puissance publique) ou, au contraire, les assujettissent à des contraintes plus rigoureuses (contraintes de service public).

Dans cet esprit, le **code des marchés publics** a pour objectif tout à la fois d'organiser une saine gestion des deniers publics et d'assurer l'égalité d'accès et de traitement des candidats à la commande publique. Cette double préoccupation se traduit par une réglementation détaillée de la dévolution de certains types de marchés (appels d'offres, dialogue compétitif, marchés négociés) et par l'énoncé des grands principes gouvernant les procédures de passation, le règlement des marchés, la sous-traitance autorisée et les garanties exigées des titulaires.

Quant au **cahier des clauses administratives générales** applicables aux marchés publics de travaux, c'est le document de référence déterminant les modalités d'exécution de la plupart des marchés de travaux (de bâtiment ou de génie civil) lancés par les collectivités publiques. C'est donc le complément logique du code qui, lui, traite essentiellement des procédures et des conditions de passation des marchés.

Sigles et abréviations	
CCAG	Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux
CCAP	Cahier des clauses administratives particulières
CCTG	Cahier des clauses techniques générales
CCTP	Cahier des clauses techniques particulières
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CMP	Code des marchés publics
Directive-guide CCM	Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage et des maîtres d'œuvre
Loi MOP	Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

1. Définitions

Cet article est essentiellement organisé à partir du **code des marchés publics (CMP)** et du **cahier des clauses administratives générales (CCAG)**, textes de référence qui font l'objet d'éditions annotées ([1] [2] de la fiche documentaire [Doc. C 73v3]).

1.1 Notions de travail public et de contrat administratif

La définition du marché et de la concession de travaux publics résulte de la combinaison de deux notions de base du droit administratif : le « **travail public** » et le « **contrat administratif** ».

1.1.1 Travail public

La notion même de « **travail** » est aujourd'hui de plus en plus large. À l'heure actuelle, ce terme vise d'abord toute opération de réalisation d'un bien immobilier, c'est-à-dire d'un bien qui ne peut être déplacé ou qui est réputé tel par la loi (bâtiment, ouvrage d'art ou de génie civil, etc.) ; par extension, le terme a été utilisé pour désigner toute opération d'entretien du bien immobilier (exemple célèbre du balayage des cours d'une prison, considéré par la jurisprudence comme un travail public), ainsi que toute opération de démolition du même bien. Par ailleurs, le terme « **travail** » vise également le résultat de cette opération, c'est-à-dire le bien immobilier une fois réalisé ; toutefois, la pratique récente utilise de plus en plus, à ce propos, le mot « **ouvrage** » effectivement plus approprié.

1.1.2 Contrat administratif

Le contenu même du contrat est déterminant. Une jurisprudence traditionnelle estime en effet qu'un contrat n'est administratif que lorsqu'il comporte des stipulations de droit administratif (*clauses exorbitantes du droit commun*) ou s'il confie au contractant de l'administration l'exécution même du service public.

Mais la jurisprudence exige, en outre, que l'un des contractants possède la qualité de personne publique. Un contrat passé entre deux personnes privées ne peut jamais avoir un caractère administratif, quand bien même il serait conclu à l'occasion d'une mission de service public. Il n'en va autrement que dans l'hypothèse (très logique) du mandat donné à l'une des parties par l'une des personnes publiques ou dans celle (plus anormale) de la réalisation de certains types de travaux publics (§ 1.2.1).

La loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi « **Murcef** »

(cf. [Doc. C 73v3]), a mis fin à des controverses antérieures en décidant (art. 2) : « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* ».

En droit administratif, le contrat est susceptible de revêtir deux formes, qui se différencient principalement par le mode de rémunération du contractant de l'administration.

La première est le **marché** proprement dit, dans lequel l'exécution de ses prestations par le particulier a pour contrepartie un prix versé par l'administration ; le marché de travaux publics en est un exemple, au même titre que le marché de fournitures, le marché d'études, etc. Dans la **concession**, dont l'objet est de confier au concessionnaire l'exécution d'une prestation mise directement à la disposition des administrés, la rémunération du contractant est normalement constituée par une redevance versée par l'usager ; ce mécanisme permet de faire financer par l'utilisateur non seulement la réalisation d'un ouvrage public (concession de travaux publics), mais aussi, de manière plus générale, la gestion d'un service public (concession de service public).

1.2 Marché et concession de travaux publics

1.2.1 Marché public de travaux

Sur la base des deux notions de travail public et de contrat administratif (§ 1.1), la jurisprudence considère comme **marché de travaux publics** le marché passé pour la réalisation d'un travail ou d'un ouvrage public par un maître de l'ouvrage ayant le statut de personne publique. Depuis 2006, le code des marchés publics, reprenant le vocabulaire des directives européennes, réunit sous l'expression de **pouvoirs adjudicateurs** l'État et ses établissements publics administratifs ainsi que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. Sont ainsi considérés comme des marchés publics tous les marchés conclus par l'**État et ses établissements publics** très nombreux (hospices publics nationaux, universités, lycées, établissements scientifiques tels que le CNRS, ports autonomes). Il en va de même pour les marchés passés par les collectivités territoriales (**régions, départements et communes**) et leurs établissements publics territoriaux (communautés d'agglomération, communautés urbaines, districts, syndicats de collectivités locales) ou autres (hôpitaux publics locaux, offices publics d'HLM, services de lutte contre l'incendie, etc.).

La jurisprudence considère en revanche comme privés les marchés passés par les sociétés d'économie mixte d'aménagement lorsqu'elles agissent pour leur propre compte. C'est en application des mêmes règles que les marchés passés par un entrepreneur avec un sous-traitant en vue de la réalisation d'un travail public ne sont pas davantage qualifiés de publics par la jurisprudence.

La jurisprudence admet néanmoins la qualification de marché public pour les marchés passés par un maître d'ouvrage privé agissant comme **mandataire** d'une personne publique (jurisprudence constante), puisque, en réalité, il y a délégation par le véritable maître de l'ouvrage, qui est une personne publique. Cette solution a été étendue au cas plus large où le maître de l'ouvrage privé est concessionnaire d'une collectivité publique et dans la mesure où il agit « pour le compte exclusif » de cette dernière ; tel est le cas lorsque, dans le cadre d'une opération d'aménagement urbain, l'ouvrage est financé exclusivement par les fonds de la collectivité publique, ou doit lui être remis par une société d'économie mixte (SEM) dès son achèvement, ou encore est réalisé sur la base de documents contractuels établis par le concédant, etc. En ce qui concerne les travaux de réalisation d'ouvrages autoroutiers et de tunnels routiers, la jurisprudence a également admis que les marchés passés dans ce but par la société concessionnaire avec des entrepreneurs de travaux avaient un caractère public, en dépit du statut privé du maître de l'ouvrage.

1.2.2 Concession de travaux publics

Autre possibilité ouverte au maître de l'ouvrage pour assurer la réalisation du travail ou de l'ouvrage public : la concession de travaux publics où le particulier, appelé « **concessionnaire** », s'engage envers le maître de l'ouvrage, appelé « **concédant** », à exécuter le travail, moyennant une redevance versée par l'utilisateur.

Comme le marché, la concession est donc un contrat. La différence entre l'un et l'autre tient au mode de rémunération du contractant de l'administration : dans la concession, la rémunération de l'entreprise est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service. Il est toutefois admis depuis longtemps que cette source de rémunération peut ne pas être exclusive et se cumuler avec une aide financière versée par le concédant (subventions, apports en nature, prêts divers, etc.).

Combinant l'exécution de l'ouvrage public avec son exploitation de manière à permettre la rémunération du concessionnaire, la concession de travaux est aussi la plupart du temps une concession de service public. Toutefois, une jurisprudence ancienne du Conseil d'État admet l'existence d'une concession de travaux publics sans service public (concession du chutes d'eau de la loi du 16 octobre 1919, aux termes de laquelle l'aménagement de la chute est un ouvrage public alors que son exploitation demeure une activité privée).

La pratique admet enfin une forme atténuée de concession, l'**affermage**, dans laquelle le maître de l'ouvrage prend à sa charge les frais de premier établissement de la concession ; son illustration la plus fréquente à l'heure actuelle est celle des concessions de distribution d'eau potable ou de chauffage collectif urbain.

L'objet essentiel de la concession de travaux publics – la réalisation de l'ouvrage public – est le même que celui du marché de travaux publics. Cela explique que les règles juridiques les plus caractéristiques de cette opération (notamment celles concernant l'exécution proprement dite du travail) s'appliquent d'une manière semblable dans les deux hypothèses, réserve faite, bien entendu, des particularités découlant de l'utilisation d'une technique contractuelle différente (rémunération du contractant de l'administration, et également choix de ce cocontractant, etc.).

On s'attachera donc à analyser principalement le régime du marché public de travaux, tout en signalant, le cas échéant, les différences avec la concession de travaux publics.

1.2.3 Contrat de partenariat

Il s'agit d'une nouvelle forme de contrat administratif dont la spécificité est que la personne publique confie une « **mission globale** » à un tiers extérieur qui lui offre son concours pour une longue durée. Le cocontractant privé se voit déléguer des prestations techniques qui vont aider l'administration à remplir sa mission de service public.

Le contrat de partenariat peut viser un ensemble de prestations variées, plus ou moins étendues, comportant :

- le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;
- la construction ou transformation des ouvrages ou équipements ;
- ainsi que leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, d'autres prestations de services.

Il est conclu pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenue : la durée du contrat dépend donc du mode de financement des investissements. Celle-ci est bornée par la durée maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans qui est le maximum en droit français depuis 1791.

La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Le paiement est généralement lié à la réalisation contrôlée de performances à atteindre.

2. Régime du marché et de la concession de travaux publics

Le régime juridique des marchés publics de travaux et, à un moindre degré, celui des concessions est largement d'origine légale et réglementaire ; il revêt un aspect beaucoup plus codifié que celui des marchés privés où le principe de la liberté contractuelle joue encore un rôle important. Ces dispositions d'origine non conventionnelle ont un caractère général et sont applicables, en principe, à tous les contrats administratifs d'une même catégorie, par exemple à tous les marchés de travaux passés par une collectivité publique ou à une même catégorie de concessions. Toutefois, ces dispositions peuvent connaître des exceptions, la puissance publique se réservant toujours la possibilité de définir une réglementation *ad hoc* pour certains types d'opérations, lorsque les circonstances l'exigent.

3. Parties au marché et à la concession de travaux publics

À côté du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur ou du concessionnaire, intervient un troisième personnage, le maître d'œuvre, et bien d'autres encore en coulisse (sous-traitants, fournisseurs, etc.).

3.1 Maître de l'ouvrage

Dans le cadre du marché public de travaux, le maître de l'ouvrage est, en principe, une **personne publique** : sont donc concernés au premier chef l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics (§ 1.2.1).

Le maître de l'ouvrage est défini par le cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux de l'État comme la « *personne morale pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés* » (art. 2-1 du CCAG).

L'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP » (cf. [Doc. C 73v3]), définit ainsi le rôle du maître de l'ouvrage : « *Le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre.* »

« *Il lui appartient après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux.* »

« *Lorsqu'une telle procédure n'est pas déjà prévue par d'autres dispositions législatives ou réglementaires, il appartient au maître de l'ouvrage de déterminer, eu égard à la nature de l'ouvrage et aux personnes concernées, les modalités de consultation qui lui paraissent nécessaires.* »

« Le maître de l'ouvrage définit dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage.

« Le programme et l'enveloppe financière prévisionnelle, définis avant tout commencement des avant-projets, pourront toutefois être précisés par le maître de l'ouvrage avant tout commencement des études de projet. » (Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004, art 1^{er}.II) « Lorsque le maître de l'ouvrage décide de réutiliser ou de réhabiliter un ouvrage existant, l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projets. Il en est de même pour la réalisation d'ouvrages neufs complexes d'infrastructure et de bâtiment, sous réserve que le maître de l'ouvrage l'ait annoncé dès le lancement des consultations. Les conséquences de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle sont prises en compte par voie d'avenant.

« Le maître de l'ouvrage peut confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle à une personne publique ou privée. »

Ce n'est qu'exceptionnellement que le maître de l'ouvrage peut être une **personne privée** (§ 1.2.2). La loi MOP du 12 juillet 1985 a en effet réglementé les possibilités de délégation de maîtrise d'ouvrage en ses articles 3 à 5 relatifs au **mandat de maîtrise d'ouvrage**, reproduits dans l'encadré.

Le mandat est fréquemment assuré par des **sociétés d'économie mixte**, dont le capital est en majorité souscrit par des actionnaires publics et pour le reste par des actionnaires privés.

Par ailleurs, l'article 6 de la loi MOP du 12 juillet 1985 a consacré le rôle du **conducteur d'opération** : « Le maître de l'ouvrage peut recourir à l'intervention d'un conducteur d'opération pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique ». Le conducteur d'opération a ainsi pour tâche de préparer et mettre au point les marchés d'études et de travaux, d'établir les dossiers d'avant-projet, d'accomplir les formalités nécessaires aux emprises du chantier, etc. Une ordonnance du 17 juin 2004 ouvre désormais la fonction de conducteur d'opération à toute personne publique ou privée, mais sa mission est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les mêmes ouvrages, exercée par cette personne directement ou par une entreprise qui lui est liée.

Le conducteur d'opération a, pour les marchés passés par l'État, la qualité de **personne responsable du marché** et, pour les marchés passés au nom des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, celle de représentant légal de la collectivité ou de l'établissement. D'une manière générale, il est l'interlocuteur unique du maître d'œuvre et des entrepreneurs pendant la réalisation de l'ouvrage.

La jurisprudence administrative rappelle que le maître de l'ouvrage public a un « **pouvoir de contrôle et de direction du marché** ». La méconnaissance de ces obligations est sanctionnée par les tribunaux administratifs : la responsabilité du maître de l'ouvrage peut en effet être engagée dans l'hypothèse de modifications importantes apportées au programme des travaux ou, plus fréquemment, en cas de faute dans la direction des travaux (par exemple, pour un retard dans la coordination et dans la désignation des différents titulaires des marchés) ; dans cette deuxième hypothèse, le juge administratif se montre d'autant plus exigeant pour le maître de l'ouvrage qu'il dispose de services techniques importants.

Articles 3 à 5 de la loi MOP du 12 juillet 1985

Article 3

« Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés, le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage :

1° Définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;

2° Préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;

3° Approbation des avant-projets et accord sur le projet ;

4° Préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;

5° Versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ;

6° Réception de l'ouvrage,

et l'accomplissement de tous actes afférents aux attributions mentionnées ci-dessus.

« Le mandataire n'est tenu envers le maître de l'ouvrage que de la bonne exécution des attributions dont il a personnellement été chargé par celui-ci.

« Le mandataire représente le maître de l'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le maître de l'ouvrage ait constaté l'achèvement de sa mission dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5. Il peut agir en justice. »

Article 4 (Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004, art. 2)

« Le mandat prévu au présent titre, exercé par une personne publique ou privée, est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les ouvrages auxquels se rapporte le mandat, exercée par cette personne directement ou par une entreprise liée.

« Par entreprise liée au sens de ces dispositions, on entend toute entreprise sur laquelle le mandataire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le mandataire ou toute entreprise qui, comme le mandataire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

« Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque le maître de l'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

« II. – Le mandataire est soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat.

« III. – Le mandataire est soumis aux dispositions de la présente loi dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par le maître de l'ouvrage, en application de l'article 3. ➤

Articles 3 à 5 de la loi MOP du 12 juillet 1985

► « IV. – Les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître de l'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire. »

Article 5 (Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004, art. 3)

« Les rapports entre le maître de l'ouvrage et le mandataire sont définis par un contrat écrit qui prévoit, à peine de nullité :

a) L'ouvrage qui fait l'objet « du contrat », les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles « le contrat » peut être résilié ;

b) Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'accomplissement « du contrat » ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;

c) Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître de l'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;

d) Les conditions dans lesquelles l'approbation des avant-projets et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître de l'ouvrage ;

e) Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage. »

3.2 Maître d'œuvre

Au sens propre du terme, le maître d'œuvre n'est pas une partie au marché public de travaux qui lie exclusivement le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur. Les rapports entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre sont réglés par une autre convention, entièrement distincte du marché public de travaux, et qui est, selon les cas, soit un **marché d'architecture** (travaux de bâtiment), soit un **marché d'ingénierie** (travaux de génie civil) [marchés dits de « prestations intellectuelles »].

Cela dit, en vertu même du marché d'architecture ou d'ingénierie, le maître d'œuvre est amené à intervenir dans la conclusion ou l'exécution du marché public des travaux. C'est à ce titre que ses attributions doivent être maintenant précisées.

L'intervention du maître d'œuvre obéit à un régime juridique différent selon qu'il est assujéti à un statut privé ou à un statut public.

3.2.1 Maîtrise d'œuvre privée

Le maître d'œuvre est défini par l'article 2.1 du CCAG comme « la personne physique ou morale qui pour sa compétence technique est chargée par le maître de l'ouvrage ou la personne responsable du marché de diriger et de contrôler l'exécution des travaux et de proposer leur réception et leur règlement... ».

L'article 7 de la loi MOP prévoit, en ce qui concerne la maîtrise d'œuvre : « La mission de maîtrise d'œuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme mentionné à l'article 2.

« Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur.

« Le maître de l'ouvrage peut confier au maître d'œuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance suivants :

1° Les études d'esquisse ;

2° Les études d'avant-projets ;

3° Les études de projet ;

4° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du contrat de travaux ;

5° Les études d'exécution ou l'examen de la conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par l'entrepreneur ;

6° La direction de l'exécution du contrat de travaux ;

7° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;

8° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

« Toutefois, pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique. Le contenu de cette mission de base, fixé par catégories d'ouvrages conformément à l'article 10 ci-après, doit permettre :

– au maître d'œuvre, de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme, et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'il a effectuées ;

– au maître de l'ouvrage, de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme et de procéder à la consultation des entrepreneurs, notamment par lots séparés, et à la désignation du titulaire du contrat de travaux. »

Les missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé sont définies par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 (cf. [Doc. C 73v3]). Le rôle du maître d'œuvre peut non seulement comprendre le contrôle des travaux et la conception technique, mais plus encore s'étendre, en amont, à l'assistance du maître de l'ouvrage dans la définition du programme, et, en aval, à la maîtrise du chantier. En fait, le maître d'œuvre a vocation à assumer la responsabilité technique voire économique de la détermination et du contrôle de l'exécution des travaux, selon l'étendue de la mission que lui confie contractuellement le maître de l'ouvrage.

Pour chaque opération, le maître d'œuvre est choisi par le maître de l'ouvrage. Ce choix doit s'effectuer après une mise en concurrence, dans l'intérêt à la fois des concepteurs et des responsables de l'opération (art. 74 du CMP).

Dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage décide de recourir à plusieurs maîtres d'œuvre (processus dit « composé », en raison du fractionnement de l'opération en groupes ou sous-groupes d'ouvrages), l'un d'entre eux est qualifié de maître d'œuvre général et est mandataire de tous les autres, qualifiés de maîtres d'œuvre particuliers.

3.2.2 Maîtrise d'œuvre publique

Toutes ces dispositions sont applicables aux professions privées de l'ingénierie et de l'architecture, mais non à ce qu'il est coutume d'appeler « l'ingénierie publique ». L'intervention la plus connue des maîtres d'œuvre publics est celle des services techniques de l'État pour le compte des collectivités territoriales, et en particulier celle du service du ministère de l'Équipement pour les travaux de génie civil ou de voirie communale ou encore celle du service du génie rural et des eaux et forêts. Le rôle de la maîtrise d'œuvre publique est également prépondérant dans les grandes opérations d'urbanisme et d'aménagement du territoire réalisées par l'État : création de villes nouvelles, mise en place d'équipements industriels ou de transport, etc.

Les règles applicables à l'action des concepteurs publics sont différentes, en droit, de celles prévues pour leurs homologues privés. Pour prendre l'exemple caractéristique des agents des Ponts et Chaussées, leur mission est très largement définie : elle comprend non seulement la conception technique et le contrôle général des

travaux, mais également la préparation des programmes de travaux, et la mise au point de toutes les procédures préalables, l'évaluation du financement, etc. (il est ainsi très difficile de faire la distinction avec les tâches dévolues au conducteur d'opération).

La loi sur la décentralisation du 2 mars 1982 (cf. [Doc. C 73v3]) a donné davantage de libertés de choix aux maîtres d'ouvrage locaux et a permis, ainsi, un renforcement de la concurrence avec l'ingénierie privée. Néanmoins, le principe de cette collaboration des services techniques de l'État a été expressément maintenu, pour les communes, par l'article 12 de la loi du 7 janvier 1983 modifiée [Doc. C 73v3]. Désormais, un décret du 15 mars 2000 (cf. Annexes, § 2 [Doc. C 73v3]) définit les prestations d'ingénierie qui peuvent être réalisées par certains services des ministères de l'Équipement et de l'Agriculture, un arrêté du 20 avril 2000 [Doc. C 73v3] fixant les taux et modalités de rémunération de ces prestations.

3.3 Entrepreneur

Il ne fait l'objet d'aucune définition de la part des textes, tant il paraît évident qu'il est celui chargé d'exécuter les travaux prévus au marché (ou de les faire exécuter par des tiers : sous-traitants, fournisseurs, quoique dans des conditions différentes). Encore faut-il remarquer que sa tâche est plus ou moins large, parfois excluant la maîtrise de chantier (hypothèse du projet mis au point par le maître d'œuvre, ou réalisation des travaux par marchés séparés), parfois s'étendant jusqu'à la conception (cas des marchés de conception-réalisation prévus aux articles 37 et 69 du CMP).

3.3.1 Entrepreneur unique

La première solution est celle de l'entrepreneur unique qui, dans le cadre d'un seul marché passé avec le maître de l'ouvrage, exécute l'ensemble des travaux avec les moyens propres de son entreprise et sans faire appel à la sous-traitance.

Le statut de l'entrepreneur unique est très simple. Le CCAG (art. 2.2) prévoit que, s'il est une personne morale (société), il doit désigner un représentant auprès du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre. Il doit également élire domicile à proximité du lieu d'exécution des travaux. Enfin, il doit informer le maître de l'ouvrage de tous les changements intervenus dans l'organisation ou le fonctionnement de son entreprise.

3.3.2 Entrepreneurs séparés

À l'opposé, il existe la solution des entrepreneurs non groupés. Depuis 2006, si les travaux commandés par le maître de l'ouvrage sont susceptibles d'être partagés par **lots** correspondant chacun à une spécialité technique, le maître de l'ouvrage doit passer un marché, distinctement avec chacun des entrepreneurs ou *corps d'état* choisis pour l'exécution des différents lots. Cette procédure dite « d'allotissement » (art. 10 du CMP) a pour objectif de mieux faire jouer la concurrence pour la dévolution des travaux, avec comme conséquence que chaque entrepreneur n'est engagé que pour l'exécution de son lot.

Toutefois, la formule présente des inconvénients au stade de la réalisation : la coordination se révèle plus difficile et aucun palliatif n'existe dans le cas de défaillance de l'un des entrepreneurs (hormis, bien entendu, son remplacement pur et simple), d'où la mise au point de formules intermédiaires qui, tout en permettant le recours à plusieurs entrepreneurs, offrent les avantages de l'intervenant unique.

3.3.3 Entrepreneurs groupés

Les entrepreneurs groupés sont considérés comme tels « s'ils ont souscrit un acte d'engagement unique » (art. 2.31 du CCAG ;

sur la définition de l'acte d'engagement, cf. § 5.2.2). En d'autres termes, le maître de l'ouvrage ne passe qu'un marché unique malgré la partition de l'ouvrage en plusieurs lots ; cependant, des liens contractuels directs sont maintenus entre le maître de l'ouvrage et chacun des cotraitants.

Le code des marchés publics (art. 51) et le CCAG (art. 2.31) distinguent deux sortes de groupements : le groupement **conjoint** d'une part et le groupement **solidaire** d'autre part.

Le terme de « groupement momentané d'entreprises » est réservé aux marchés privés (cf. dossier [C 74] des Techniques de l'Ingénieur, référence [3] de la fiche documentaire [Doc. C 73v3]). Dans la pratique, le regroupement des entrepreneurs peut également résulter de l'utilisation de la société en participation, prévue par les articles 1871 et suivants du code civil. C'est le cas, par exemple, pour la réalisation de certains ouvrages publics importants (ouvrages d'art et de génie civil, travaux souterrains). En tout cas, les deux types de groupements prévus par le CCAG obéissent chacun à des règles différentes et, surtout, ont leur finalité propre.

3.3.3.1 Groupement conjoint

En application de l'article 2.31 du CCAG, il se caractérise par deux éléments : d'une part, l'attribution d'un ou éventuellement de plusieurs lots du marché à chacun des entrepreneurs qui s'engagent seulement à l'exécution des travaux correspondants ; d'autre part, la désignation de l'un des entrepreneurs comme **mandataire**, qui est chargé de représenter les autres cotraitants vis-à-vis du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre, et responsable de la coordination de l'exécution des travaux (ordonnancement et pilotage). L'article 51-II du code des marchés publics laisse la possibilité aux documents contractuels de prévoir que le mandataire conjoint sera « *solidaire de chacun des autres membres du groupement, pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, pour l'exécution du marché* » ; c'est ce que décide l'article 2.31 du CCAG, puisque le mandataire est solidaire de chacun des autres entrepreneurs dans l'exécution de ses obligations contractuelles vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Tout ceci jusqu'à l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement d'un an qui suit la réception des travaux (§ 1.5.2 du dossier [C 72], référence [4] de la fiche documentaire [Doc. C 73v3]).

La désignation du mandataire résulte de l'**acte d'engagement** ; il est essentiel que cette précision soit donnée car, dans la négative, le groupement est considéré comme solidaire. L'acte d'engagement définit également le mode de rémunération du mandataire ; à cet effet, le prix afférent à son lot (fixé par l'acte d'engagement comme pour chacun des autres lots) tient compte des dépenses relatives à la coordination et à la gestion des parties communes du chantier, ainsi que du coût des mesures destinées à pallier l'éventuelle défaillance de ses autres partenaires.

Les conditions de l'intervention du mandataire sont précisées sur divers points par le CCAG : présentation des projets de décompte (art. 13.52), répartition des primes ou pénalités (art. 20.7), obligation de se substituer au cotraitant défaillant (art. 49.7), intervention dans le règlement des différends et des litiges (art. 50.5). Toutes ces dispositions peuvent être éventuellement précisées ou complétées par le CCAP et par la convention interentreprises (§ 5.2).

La formule des entrepreneurs conjoints paraît la mieux adaptée pour les opérations dont les lots accessoires ont, ensemble, un poids significatif par rapport à celui du lot principal, notamment dans les travaux de bâtiment. Par ailleurs, cette technique présente une certaine souplesse d'utilisation puisque chacun des cotraitants peut avoir le statut d'un groupement d'entreprises solidaires et recourir lui-même à la sous-traitance.

3.3.3.2 Groupement solidaire

Il a cet élément commun avec la formule précédente que l'un des entrepreneurs est désigné comme **mandataire**, et à ce titre est chargé de représenter chacun des cotraitants vis-à-vis du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre. Toutefois, et à la différence de ce

qui se passe pour le groupement conjoint, chacun des entrepreneurs « *est engagé financièrement pour la totalité du marché* » (art. 51-I du code des marchés publics) et doit ainsi pallier l'éventuelle défaillance de ses partenaires, y compris pendant la période de garantie décennale.

La constitution du groupement d'entreprises solidaires a lieu, normalement, avant la remise des offres.

La désignation du mandataire résulte de l'**acte d'engagement** : faute de cette précision, est considéré d'office comme tel l'entrepreneur énuméré en premier lieu dans l'acte d'engagement.

Pour ce qui est de la rémunération du mandataire, l'article 11.91 du CCAG pose, en principe, la règle du **paiement à un compte unique**. Toutefois, dans l'hypothèse d'une saisie-arrêt pratiquée contre l'un des entrepreneurs ou *a fortiori* en cas de défaillance de sa part, ses partenaires peuvent demander que les paiements ultérieurs soient faits à un nouveau compte unique ouvert à leurs seuls noms (art. 13.53). Le CCAG admet cependant que, dans l'hypothèse d'une individualisation des créances des cotraitants, le paiement puisse être fait à des comptes séparés, ou à un compte unique avec indication des sommes revenant à chacun d'entre eux. Cette possibilité offre l'avantage supplémentaire de permettre le nantissement de sa part de marché par chacun des intéressés.

Toutes les autres dispositions prévues pour l'autre type de groupement sont applicables en l'espèce (répartition des primes et pénalités, présentation des projets de décomptes, règlements des différends et litiges, etc.).

La technique des entrepreneurs solidaires est donc essentiellement faite pour les petites et moyennes entreprises, puisqu'elle permet à des unités économiques de taille restreinte de mettre leurs moyens en commun et ainsi de hausser leurs capacités à l'importance des travaux à réaliser. C'est pourquoi son emploi est déconseillé lorsque l'opération comporte des lots d'importance ou de technicité très différentes.

3.3.4 Entrepreneur général

L'entrepreneur titulaire d'un marché à l'entreprise générale a la possibilité de n'exécuter par les moyens de son entreprise qu'une partie des travaux faisant l'objet dudit marché ; il aura l'initiative du choix des sous-traitants auxquels sera confiée l'exécution des autres travaux. Il exerce par ailleurs la mission de maîtrise du chantier en assurant les tâches d'ordonnancement et de pilotage correspondant à la coordination des travaux ; il assume enfin la responsabilité personnelle du respect de toutes les obligations résultant du marché.

Le marché à l'entreprise générale a donc, pour le maître de l'ouvrage, tous les avantages d'un marché unique. La responsabilité de l'attributaire est entière quelle que soit la part des travaux sous-traités et s'étend jusqu'à l'expiration du délai de la garantie décennale (§ 3.1.3 de [C 72]).

3.4 Entrepreneur sous-traitant

L'entrepreneur sous-traitant, dont l'intervention est expressément prévue par les textes, n'est cependant pas une *partie* au marché de travaux publics au sens que cette expression revêt dans le langage des contrats. Le sous-traitant se définit, en effet, comme le tiers auquel le titulaire du marché – qu'il ait le statut d'un entrepreneur général ou principal, d'un entrepreneur séparé ou d'un groupement d'entreprises solidaires – confie, sous sa responsabilité, l'exécution d'une partie du marché principal conclu avec le maître de l'ouvrage. À la différence du fournisseur ou du transporteur, le sous-traitant participe directement à l'exécution du marché de travaux ; toutefois, il n'existe aucun lien contractuel direct entre lui et le maître de l'ouvrage, réserve faite cependant des conséquences de la règle du **paiement direct**, telle que l'interprète la juridiction administrative.

Le régime juridique de la sous-traitance des marchés publics de travaux résulte de la loi du 31 décembre 1975 (modifiée et complétée à neuf reprises depuis, et en dernier lieu par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises [Doc. C 73v3]) qui vise l'ensemble des contrats de sous-traitance (y compris les contrats de sous-traitance industrielle) du secteur public et du secteur privé. L'objectif essentiel de ce régime est d'instaurer des relations saines entre les sous-traitants et les titulaires de marchés, et de prémunir les sous-traitants contre la défaillance éventuelle de leurs donneurs d'ordre.

À côté de dispositions générales (titre I), la loi de 1975 prévoit deux séries de règles différentes, les premières (titre II) applicables à l'hypothèse des marchés passés par les personnes publiques et les entreprises publiques à la condition que le montant du contrat de sous-traitance dépasse 600 € (seuil non relevé depuis 1975), les secondes (titre III) applicables dans toutes les autres hypothèses (essentiellement les marchés de travaux privés). Le régime de la sous-traitance de marchés publics a été précisé à la fois dans le code des marchés publics (art. 112 à 117) et dans le CCAG (notamment art. 2.4, 13.5 et 13.6).

Les contrats de sous-traitance passés pour l'exécution des marchés publics de travaux vont donc se trouver soumis à deux régimes distincts.

3.4.1 Entrepreneur sous-traitant soumis au titre II de la loi du 31 décembre 1975

Les contrats dont le montant est **supérieur au seuil de 600 €** visé à l'article 6 de la loi de 1975 modifiée sont soumis aux dispositions des titres I et II de cette loi, complétées par les textes d'application ci-avant mentionnés. Aux termes de ces dispositions, le titulaire du marché est libre de sous-traiter. Toutefois, il doit réaliser lui-même une partie au moins des prestations du marché (art. 112 du CMP) ; mais le titulaire du marché demeure personnellement responsable de l'exécution des prestations sous-traitées.

S'il décide de sous-traiter, le titulaire n'est pas entièrement libre de son choix. Il est soumis à la règle générale découlant de l'article 3 de la loi de 1975 aux termes duquel le maître de l'ouvrage doit accepter chaque sous-traitant et agréer ses conditions de paiement. En outre, les dispositions du titre II de la loi, ainsi que les textes d'application concernant les marchés publics, ont défini des règles spéciales pour l'exercice du contrôle opéré par le maître de l'ouvrage.

Tout d'abord, l'entrepreneur général doit informer le maître de l'ouvrage de son intention de sous-traiter, puisque la loi (art. 5 modifié par la loi « Murcef ») l'oblige à indiquer, dès le dépôt de sa soumission, la nature et le montant des prestations qu'il envisage de ne pas exécuter lui-même, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel. Mais « *en cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage* » ; en ce cas, la désignation du sous-traitant est opérée par un **acte spécial** (§ 5.2.3). Cette deuxième procédure est également applicable dans l'hypothèse de la défaillance du sous-traitant en cours d'exécution du marché ; en ce cas, en effet, le nouveau sous-traitant ne peut être choisi que par l'intermédiaire d'un acte spécial ou mieux encore d'un **avenant** (§ 5.2.3) ; dans cette hypothèse, le nouvel acte doit avoir pour seul objet la désignation du nouveau sous-traitant et ne peut normalement comporter l'octroi d'un supplément de prix (les conséquences de la défaillance sont réputées couvertes par le prix du marché), ni prévoir une prolongation du délai d'exécution.

Lorsque la **demande d'acceptation et d'agrément du sous-traitant** est présentée après la conclusion du marché, l'obtention de l'acceptation et de l'agrément peut être tacite à l'expiration d'un délai de vingt-et-un jours à compter de la réception de la déclaration du titulaire accompagnée des documents justificatifs ; en ce cas, le silence du pouvoir adjudicateur « *vaut acceptation du sous-*

traitant et agrément des conditions de paiement » (art. 114-4^o du CMP et art. 2.42 du CCAG). Le sous-traitant désigné dans ces conditions se voit reconnaître deux avantages substantiels :

- Le premier est le bénéfice du **paiement direct**. En d'autres termes, le maître de l'ouvrage devra régler directement entre les mains du sous-traitant le prix de ses prestations, sous réserve que l'entrepreneur général donne son accord dans un délai de quinze jours à compter de la réception des pièces justificatives. Les modalités de ce règlement doivent être définies par les clauses contractuelles. En pratique, deux solutions sont possibles. Dans le cas de prestations individualisables, le sous-traitant est payé comme un cotraitant par application des clauses correspondantes du marché (sous-traitance transparente) ; dans cette hypothèse et pour la même raison, un décompte spécial doit être établi pour le contrat de sous-traitance. Dans les autres cas (sous-traitance opaque), le sous-traitant est payé sur la base des stipulations du contrat de sous-traitance ; le montant de la prestation, qui constitue le maximum de ce qui peut lui être versé (butoir), ne peut faire l'objet d'une révision ni d'une actualisation ; aucun décompte n'est établi par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur général se bornant à indiquer dans une attestation jointe à son propre décompte les sommes dues au sous-traitant.

- Le second avantage accordé au sous-traitant payé directement réside dans la possibilité qui lui est offerte de **nantir sa part du marché principal**. Il a été précisé que, en tout état de cause, l'entrepreneur général doit indiquer dans son offre le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter. Si le sous-traitant est désigné avant la conclusion du marché, aucune difficulté particulière ne doit se poser pour le nantissement (§ 2.4.1 de [C 72]). Par contre, si tel n'est pas le cas, il faut s'assurer au préalable que l'entrepreneur général a eu recours au nantissement uniquement pour la part du marché qu'il doit exécuter personnellement ; c'est pourquoi, dans l'hypothèse où le sous-traitant est désigné après la conclusion du marché, l'acte spécial ne peut être signé qu'au vu d'une attestation du comptable assignataire certifiant que le nantissement du marché par l'entrepreneur général ne fait pas obstacle au paiement direct. Un contrôle similaire est opéré lorsqu'un nouveau sous-traitant est désigné à la suite d'une défaillance du premier (restitution de l'exemplaire unique, préalablement à la signature de l'acte spécial ; § 2.4.1 de [C 72]).

3.4.2 Entrepreneur sous-traitant soumis au titre III de la loi du 31 décembre 1975

Les contrats de sous-traitance dont le montant est **inférieur au seuil de 600 €** fixé à l'article 6 de la loi de 1975 sont, pour ce qui les concerne, soumis aux dispositions du titre III de la loi de 1975 et, bien entendu, aux dispositions communes du titre I, applicables en tout état de cause.

Ce seuil de l'article 6 est très faible et n'a jamais été relevé depuis 1975 ; les dispositions du titre III ne devraient donc avoir à s'appliquer que très rarement à l'exécution d'ouvrages ou de travaux publics.

Quoi qu'il en soit, dans cette hypothèse, le sous-traitant de l'administration bénéficierait de tous les avantages prévus pour la sous-traitance dans les marchés de travaux privés : action directe, caution ou délégation, etc. (dossier [C 74] des Techniques de l'Ingénieur, référence [3] de la fiche documentaire [Doc. C 73v3]).

L'assimilation n'est cependant pas totale car le sous-traitant de l'administration dispose, par rapport à son homologue des marchés privés, de l'avantage résultant du **privilège de pluviose** sur les sommes encore dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur général. Chose curieuse, le bénéfice de cette garantie de paiement ne résulte pas du décret du 28 pluviôse an II (aujourd'hui repris à l'article L. 3253-22 du nouveau code du travail promulgué en mars 2007), dont le texte ne visait que les fournisseurs et les ouvriers de l'entrepreneur général. C'est la jurisprudence qui, pour l'application du texte, devait assimiler le sous-traitant au fournis-

seur et cette interprétation ne fut entérinée par un texte qu'avec l'article 8 modifié du décret-loi du 30 octobre 1935 relatif au financement des marchés de l'État et des collectivités locales. Cette disposition n'ayant pas été abrogée depuis lors, il faut admettre que le sous-traitant est toujours en mesure d'invoquer ce droit de paiement préférentiel sur des sommes restant dues à l'entrepreneur général, non pas certes concurremment avec les autres garanties découlant du titre III de la loi de 1975 (le privilège de pluviose ne présentant alors plus guère d'intérêt), mais à titre résiduel en quelque sorte (dans l'hypothèse, par exemple, où aucun des avantages résultant de la loi de 1975 ne pourrait jouer pour une cause ou une autre).

Le **privilège de pluviose** ne s'exerce que dans le cadre de l'exécution des marchés publics de travaux. Sa mise en œuvre est d'abord subordonnée à un agrément exprès, donné par l'autorité compétente, aux travaux faisant l'objet de la convention de sous-traitance, et porté sur un **registre des agréments** (formalité qui n'est quasiment jamais respectée, moins par le fait des intéressés, qu'en raison de ce que les textes d'application n'ont pas encore vu le jour...). En outre, la jurisprudence exige que le sous-traitant ait notifié au maître de l'ouvrage sa volonté d'être payé.

Le droit de **paiement préférentiel**, alors accordé au sous-traitant, ne porte que sur les sommes dues à l'entrepreneur général et encore disponibles entre les mains du maître de l'ouvrage. Il permet en théorie au bénéficiaire de primer tous les autres créanciers, à l'exception de ceux qui peuvent invoquer le privilège des frais de justice et des salariés. Il est notamment opposable aux organes de procédure d'apurement collectif du passif en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'entrepreneur principal. L'entrepreneur sous-traitant devrait donc être payé avant le créancier nanti (banquier). Toutefois, comme la condition d'inscription du privilège sur le registre des agréments n'est que très rarement remplie, c'est en pratique la solution inverse qui prévaut. C'est d'ailleurs la constatation du mauvais fonctionnement de ce mécanisme qui est, en partie au moins, à l'origine du vote de la loi de 1975.

3.5 Fabricant ou fournisseur

Il faut mentionner la présence d'un dernier participant à la réalisation de l'ouvrage ou du travail public : le fabricant ou fournisseur. Ce dernier se distingue du sous-traitant en ce qu'il n'assure pas directement la réalisation des travaux, mais se borne à l'exécution d'une prestation mobilière (vente de matériaux ou de matériel, mise en œuvre de procédés, etc.). La chose est également vraie pour le fournisseur de services, comme par exemple le transporteur ; encore la doctrine administrative considère-t-elle que, pour l'application de la loi de 1975 sur la sous-traitance aux marchés publics de travaux, les contrats passés par l'entrepreneur général pour le transport des déblais sont des contrats d'entreprise.

Le prestataire de fournitures ou de services n'est pas, en général, partie au marché public de travaux. En effet, dans la plupart des cas, il n'a de lien contractuel qu'avec l'entrepreneur général. Vis-à-vis du maître de l'ouvrage, c'est donc ce dernier qui répond de la bonne exécution des fournitures ou des services exécutés par les tiers, dans les mêmes conditions que pour les sous-traitants. Une analogie supplémentaire découle de ce que le fournisseur peut lui aussi invoquer le bénéfice du droit de paiement préférentiel résultant du privilège de pluviose (art. L. 3253-22 du code du travail) et s'exerce dans les mêmes conditions que pour le sous-traitant (§ 3.4.2.). En revanche, le fournisseur n'a pas droit au paiement direct par l'administration, celui-ci étant réservé aux seuls sous-traitants.

Certes, il peut arriver que les prestations soient directement commandées par le maître de l'ouvrage au fournisseur ou au fabricant. C'est le cas, par exemple, pour la fourniture de certains matériaux de carrières. Cela signifie seulement que, à côté du marché de travaux principal, l'administration a passé directement avec un

tiers un **marché de fournitures**, qui pourra être de nature publique ou privée en application des critères généraux du contrat administratif (§ 1.1.2).

3.6 Concession de travaux publics

Cet ensemble de relations entre le maître de l'ouvrage, le maître d'œuvre et l'entrepreneur, et éventuellement le sous-traitant et le fournisseur, est transposable à la **concession de travaux publics**, sous réserve bien entendu des adaptations nécessaires. En effet, la concession a d'abord pour objet la réalisation d'un travail ou d'un ouvrage, et il est logique que la répartition des tâches, au moins à ce stade, s'effectue de la même manière que dans le marché public de travaux.

Le concédant exerce donc toutes les attributions du maître de l'ouvrage, avec l'assistance du maître d'œuvre, dans les mêmes conditions que celles qui viennent d'être définies. De même, le concessionnaire assure de son côté les tâches de l'entrepreneur, soit directement, soit en ayant recours à des tiers entrepreneurs ou fournisseurs avec lesquels il passe en principe des marchés privés. Toutefois, c'est à l'occasion de la sous-traitance de travaux routiers ou d'aménagement urbain par le concessionnaire privé que la jurisprudence a admis la nature administrative des contrats passés entre l'entrepreneur et le sous-traitant, par dérogation aux critères généraux du contrat administratif. Quant au fournisseur, son statut est le même que dans le marché public de travaux.

Dans la concession de travaux publics, les rapports entre le concédant et le concessionnaire ne cessent pas une fois achevée la réalisation du travail ou de l'ouvrage. Ils se perpétuent dans le cadre de l'exploitation de la concession, qui fait d'ailleurs intervenir de nouveaux participants (usagers, éventuellement tiers). Mais il s'agit là de problèmes différents, relatifs au fonctionnement du service public, qui sortent du cadre de ce dossier et ne seront donc pas examinés ici.

4. Procédures de passation

Marché et concession de travaux publics se différencient en ce qui concerne les modes de passation du contrat. Pour ce qui est de la concession, la liberté de négociation des collectivités publiques est plus étendue et le choix du concessionnaire par le concédant moins encadré. Un certain nombre de règles de procédure est toutefois prévu (§ 4.4).

En revanche, la passation des marchés publics de travaux fait l'objet d'une véritable **procédure**. De ce point de vue, la situation est très différente de celle qui vaut pour les marchés privés de travaux [3]. La directive-guide de la Commission centrale des marchés CCM a même entrepris de codifier la terminologie utilisée en la matière : une entreprise ayant manifesté le désir de participer à une consultation est qualifiée de **candidat**, et celle qui est officiellement consultée est **concurrent**. Si la soumission de cette entreprise, ou son offre, est jugée la plus intéressante, elle devient alors l'**entreprise retenue** (appel d'offres) ou le **lauréat** (appel d'offres avec concours). Elle est enfin l'**attributaire** quand le pouvoir adjudicateur a pris la décision de conclure l'affaire avec elle et le **titulaire** quand elle reçoit la notification.

L'essentiel des développements qui suivent sera donc consacré à l'examen des procédures de passation des marchés publics de travaux. Les dispositions, moins nombreuses, applicables aux concessions seront examinées en dernier lieu.

4.1 Règles communes à toutes les procédures de passation des marchés publics de travaux

Le code des marchés publics (CMP) définit un certain nombre de règles applicables quelle que soit la procédure de passation utilisée (procédure adaptée, appel d'offres, dialogue compétitif ou marché négocié). Ces règles sont d'ailleurs valables pour l'ensemble des marchés publics.

4.1.1 Exclusion des marchés

Une première série de règles détermine les cas d'exclusion des marchés publics, c'est-à-dire les hypothèses où certaines entreprises ne sont pas admises à déposer une soumission ou une offre. Ces dispositions valent d'ailleurs pour l'ensemble des marchés publics, de travaux ou autres. Le code pénal prévoit, en effet, des peines d'exclusion des marchés publics pour les personnes physiques ou morales reconnues coupables d'infractions contre les personnes ou les biens. La liste de ces infractions est importante ; citons : l'abus de confiance, les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité, les fraudes informatiques, le trafic d'influence, etc. L'exclusion de l'attribution des marchés publics apparaît ainsi comme une sanction supplémentaire à la suite de la condamnation en justice, particulièrement lourde au demeurant pour les entreprises dont l'activité est orientée vers le secteur public (travaux routiers notamment).

Ne sont en tout cas pas admises à concourir aux marchés publics, en premier lieu, les **personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire** et les personnes physiques dont la **faillite personnelle** a été prononcée (art. 8 et 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, auxquels renvoie l'article 43 du CMP). Les personnes physiques ou morales admises au redressement judiciaire peuvent soumissionner, mais elles doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Tel est encore le cas pour les entreprises dont les **dirigeants ou exploitants** ont fait l'objet d'une **condamnation** pour travail clandestin (infraction qualifiée par le **code du travail** de « travail dissimulé ») [art. L. 8224-3 du nouveau code du travail promulgué en mars 2007].

Ces possibilités d'exclusion ont été élargies à l'hypothèse des **candidats en situation irrégulière au regard de leurs obligations fiscales ou parafiscales**, et ceci en dehors de toute condamnation (art. 8 et 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, auxquels renvoie l'article 43 du CMP).

4.1.2 Attribution préférentielle des marchés

En sens inverse, une deuxième série de règles définit ce qu'il est convenu d'appeler un « **droit de préférence** » attribué à certaines catégories d'entreprises. Le code des marchés publics considère que, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, l'affaire doit alors être conclue avec des candidats estimés particulièrement dignes d'intérêt. Tel est le cas, par exemple, pour les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP) (art. 53-IV du CMP). À égalité de prix ou à équivalence d'offres, la préférence doit être accordée à la soumission ou à l'offre présentée par une telle entreprise. De même, et dans les conditions précisées par le code des marchés publics, le maître de l'ouvrage est tenu de lui réserver un ou plusieurs lots préalablement mis en concurrence, etc. Des dispositions semblables sont également prévues pour les artisans et pour les sociétés coopératives d'artisans.

4.1.3 Renseignements exigés des candidats et sanctions

Pour faciliter le respect de ces dispositions, le code des marchés publics prévoit que les candidats sont tenus de produire un certain

nombre de renseignements au moment du dépôt de leur soumission ou de leur offre : déclaration sur l'honneur du candidat certifiant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales, qu'il n'a pas fait l'objet d'une interdiction de concourir, ni d'une condamnation pour travail dissimulé, notamment ; renseignements divers relatifs à la nature ou aux conditions générales d'exploitation de l'entreprise, références techniques et économiques, y compris de ses sous-traitants éventuels (art. 45 du CMP) ; les certificats attestant de la souscription des déclarations et du paiement des impôts, taxes et cotisations sociales dues par le candidat ne sont en revanche demandés qu'au candidat « auquel il est envisagé d'attribuer le marché » (art. 46 du CMP), le marché ne pouvant lui être attribué que s'il les produit dans un délai imparti par le pouvoir adjudicateur, sinon son offre est rejetée et c'est le candidat suivant dans le classement des offres qui est retenu (art. 46-III du CMP).

Le non-respect de l'ensemble de ces règles peut être sanctionné par l'exclusion, prononcée par l'autorité administrative, des marchés passés pour les besoins du service. Si la fraude est révélée après l'attribution du marché, l'administration contractante peut procéder à la mise en œuvre des sanctions prévues au stade de l'exécution du marché : mise en régie, résiliation avec passation d'un nouveau marché aux frais et risques, etc. (§ 1.4.2 de [C 72], référence [4] de la fiche documentaire [Doc. C 73v3]).

4.1.4 Dématérialisation des procédures de passation

La **dématérialisation** consiste à remplacer les écrits mentionnés dans le code des marchés publics, au stade de la passation comme à celui de l'exécution, par un support ou un échange électronique (art. 56 du CMP).

La dématérialisation n'est pour l'instant qu'une faculté ouverte au pouvoir adjudicateur qui doit respecter les principes suivants :

- la garantie de la sécurité du réseau informatique ;
- l'accès au réseau informatique par tous les candidats de façon non discriminatoire ;
- la confidentialité des informations transmises jusqu'au moment de l'ouverture des candidatures et des offres ;
- le recours à la signature électronique.

Depuis le 1^{er} janvier 2005, aucun avis ne peut comporter d'interdiction pour les entreprises de communiquer leur candidature et leurs offres au pouvoir adjudicateur sous forme électronique. Mais c'est seulement à compter du 1^{er} janvier 2010 que le pouvoir adjudicateur pourra exiger la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

Le pouvoir adjudicateur est donc libre de mettre sur un réseau informatique le règlement de la consultation, le cahier des charges et tous renseignements et documents complémentaires. Les modalités d'accès doivent être précisées dans l'avis de publicité.

Le candidat qui répond à une consultation électronique doit faire appel à un prestataire dénommé, dans le langage courant, « tiers certificateur », qui lui délivre une signature électronique certifiée (arrêté du 28 août 2006, art. 5 à 7).

La signature électronique certifiée est constituée d'une clé privée munie d'un code informatique pour chiffrer les documents à envoyer. Le chiffrage est un procédé permettant de transformer un message ou un document en un fichier ni interprétable ni lisible par une autre personne que son destinataire.

La signature électronique est également constituée d'une clé publique qui permet de déchiffrer les documents envoyés.

Enfin, elle comporte un certificat électronique qui contient toutes les informations relatives à l'habilitation de la personne qui signe. Ce fichier est agréé par le tiers certificateur.

4.2 Règles spéciales aux différentes procédures de passation des marchés publics de travaux

Depuis 2006, le code des marchés publics pose comme principe, dans son article 26-IV, que les marchés de travaux, jusqu'à un montant estimé de 5 270 000 € HT, peuvent être passés soit sur **appel d'offres** (§ 4.2.2), soit sous forme de **marché négocié** (§ 4.2.3), soit selon la procédure du **dialogue compétitif** (§ 4.2.4), certains cas étant réservés à la procédure de **conception-réalisation** (§ 4.2.5). Mais, avant tout, il faut examiner le cas, qui a pris beaucoup d'importance en pratique avec le relèvement des seuils opéré par le code des marchés publics depuis 2004, des marchés qui, en dessous de 210 000 € HT, « *peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée* » (§ 4.2.1).

Le code des marchés publics prévoit cependant une **exception**, essentiellement pour des raisons pratiques : elle concerne les **marchés négociés à prix provisoires**, dont la possibilité est admise dans certains cas exceptionnels (art. 19 du CMP). La situation visée est celle dans laquelle une prestation complexe ou nouvelle doit être réalisée sans que la technique en soit encore maîtrisée et où, cependant, une exécution immédiate est nécessaire. Il est alors possible de traiter sur une base provisoire avec les entrepreneurs qui acceptent de se soumettre à un contrôle particulier de l'administration, et ce dans l'attente d'une solution définitive. La formule, qui peut effectivement se révéler nécessaire dans certains cas, présente des inconvénients sérieux du point de vue financier pour l'administration. Aussi le code des marchés publics exige-t-il que le marché à prix provisoire stipule les modalités du contrôle exercé sur le titulaire ainsi que le calendrier d'adoption de la solution définitive.

Hormis cette hypothèse, le **droit commun** reste le choix de l'entrepreneur selon l'une des cinq procédures évoquées ci-dessus : procédure adaptée, appel d'offres, marché négocié, dialogue compétitif ou conception-réalisation.

4.2.1 Procédure adaptée

4.2.1.1 Principes applicables

Les principes sont ceux qui sont applicables à tous les types de procédures prévues par le code des marchés publics et qui sont rappelés à l'article 1^{er}-II de ce code : « *Les marchés publics (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.* » Mais, dans la procédure adaptée, les modalités de publicité et de mise en concurrence sont déterminées par le pouvoir adjudicateur « *en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* » (art. 28 du CMP).

Pour les marchés de travaux, le seuil estimé de valeur du marché en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 210 000 € HT (art. 26-II du CMP). Mais « *sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ainsi que la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à disposition des opérateurs.* »

« *Il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique.* » (art. 27-II du CMP)

4.2.1.2 Modalités particulières

Il s'agit de l'hypothèse où le marché comporte des lots différents, comme c'est souvent le cas dans les marchés de travaux de bâtiment ou de génie civil. L'article 27-III du code des marchés

publics, reproduit dans l'encadré, prévoit alors la possibilité du recours à une procédure adaptée pour certains lots quand certaines conditions sont réunies.

Extrait de l'article 27 du code des marchés publics

« III. – Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils prévus au II de l'article 26, la ou les procédures à mettre en œuvre sont les procédures formalisées mentionnées au I du même article.

« Toutefois, même si la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils des marchés formalisés, il est possible de recourir à une procédure adaptée :

1° Pour les lots inférieurs à 80 000 € HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et dans le cas de marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 € HT ;

2° Pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT dans le cas des marchés de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 5 270 000 € HT,

à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots. Dans le cas où un minimum et un maximum sont fixés, les 20 % s'appliquent au montant minimum du marché.

« Cette dérogation peut également s'appliquer à des lots déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure ainsi qu'à des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial lorsque ces lots satisfont aux conditions fixées par les trois alinéas précédents. »

Le code des marchés publics ne définit pas en quoi consiste la « procédure adaptée ». Il appartient à chaque personne publique d'en définir les modalités respectant les principes fondamentaux rappelés à l'article 1^{er}-II du code.

4.2.2 Appel d'offres

L'**appel d'offres** est la procédure de droit commun de passation des marchés publics, de travaux ou autres. Il repose fondamentalement sur l'appel à la concurrence pour le choix de l'entrepreneur, mais la décision du maître de l'ouvrage ne repose pas seulement sur le prix de la prestation : la personne publique peut également prendre en considération d'autres critères (valeur technique de l'offre, caractère innovant de la proposition, performances en matière de protection de l'environnement, etc.). Et ce n'est pas tout : ce pouvoir élargi peut s'exercer dès le stade de la consultation des entreprises, par la possibilité reconnue au maître de l'ouvrage de sélectionner les entreprises admises à déposer une offre (**appel d'offres restreint**).

4.2.2.1 Objet de la consultation

En lançant une consultation, le maître de l'ouvrage peut avoir en vue non seulement d'obtenir une offre de prix correspondant à une prestation déterminée, mais aussi de rechercher les variantes possibles à la solution technique adoptée au départ. Le choix entre l'une ou l'autre dépend de la nature de l'ouvrage, mais également de l'intention du maître de l'ouvrage (caractère plus ou moins répétitif de la construction, désir de recourir à l'innovation, etc.).

■ Appel d'offres sans variante

Depuis 2006, l'appel d'offres **sans variante** est à nouveau la formule de droit commun : à défaut d'autorisation expresse dans l'avis de marché ou les documents de la consultation, elles ne sont plus admises (art. 50 du CMP).

C'est la procédure dans laquelle il est demandé aux concurrents d'établir une offre sur la base directe de la solution technique proposée par le maître de l'ouvrage, appelée « solution technique de base ». En dehors du prix et des modalités d'exécution proprement dites, les offres des concurrents peuvent cependant différer par les procédés techniques de réalisation, tous éléments que le maître de l'ouvrage prendra en considération au moment du jugement des offres. Le recours à cette procédure suppose que les études préalables de définition et de conception ont été suffisamment poussées par le maître de l'ouvrage avant le lancement de la consultation.

Cette formule est utilisée soit lorsqu'il s'agit d'opérations simples et courantes ou pour lesquelles la technique est bien définie et stable, soit encore quand le maître de l'ouvrage a délibérément choisi de recourir à une solution technique déterminée (à titre d'essai, pour des raisons de politique industrielle, du fait de l'existence d'un projet type, etc.).

■ Appel d'offres avec variantes

En revanche, depuis 2006, l'appel d'offres **avec variantes** doit être expressément prévu, dès le lancement de la consultation, dans l'avis d'appel public à la concurrence.

En ce cas, « *les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération* » (art. 50 du CMP).

Cette procédure qui permet d'éventuelles modifications des caractéristiques techniques de l'ouvrage, dites « variantes », est destinée à permettre aux entreprises candidates d'améliorer le projet élaboré par l'administration par des innovations techniques. Autrement dit, chaque concurrent doit respecter la conception technique de base, mais peut présenter des solutions techniques différentes sur des points particuliers.

4.2.2.2 Étendue de la consultation

Une fois précisé ce qu'il attend de la consultation, le maître de l'ouvrage peut déterminer les personnes à consulter. Ici encore, le CMP met plusieurs procédures à sa disposition : l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint (art. 33 du CMP).

■ Appel d'offres ouvert

Dans l'appel d'offres ouvert, **tout candidat peut remettre une offre**.

La procédure débute par un **avis d'appel public à la concurrence**, inséré dans une publication habilitée à recevoir les annonces légales (art. 57 et 40 du CMP). Cet avis doit comporter un certain nombre de mentions utiles : objet du marché, lieu où l'on peut prendre connaissance des documents contractuels, critères du jugement des offres, etc. ; l'avis invite les entrepreneurs à remettre leurs références et leurs offres et précise la date limite de réception (délai non inférieur à 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à la publication, mais qui peut être ramené à 22 jours minimum pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 € HT). Les offres doivent être expédiées par pli recommandé sous une enveloppe cachetée, contenant deux enveloppes également cachetées : la première enveloppe intérieure contenant les justifications des qualités et capacités du candidat, la seconde enveloppe intérieure contenant l'offre proprement dite (art. 58 du CMP).

Cette procédure ne permet pas de limiter le nombre des concurrents ; elle ne peut être utilisée que pour des ouvrages ou travaux courants ou lorsque le nombre des candidats risque d'être très faible en raison de la nature particulière des prestations demandées.

■ Appel d'offres restreint

C'est la procédure dans laquelle **seuls les candidats retenus par le maître de l'ouvrage** peuvent remettre une offre. Cette formule présente le double avantage d'alléger à tous égards le jugement des offres et en même temps de permettre une comparaison entre des propositions sélectionnées et donc réellement concurrentielles.

La procédure débute par un appel public de candidatures par le maître de l'ouvrage (art. 60 du CMP). L'avis d'appel de candidatures fait l'objet de la même publicité que l'avis d'appel d'offres dans la procédure ouverte ; il doit comporter un certain nombre de mentions utiles et indiquer le délai limite de réception des candidatures (délai minimal de 37 jours à compter de l'envoi de l'avis à la publication, mais qui peut être ramené à 22 jours minimum pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 € HT). À la date prévue, la liste des concurrents est dressée après avis de la commission d'appel d'offres (pour les marchés de l'État) ou par la commission d'appel d'offres elle-même (pour les marchés des collectivités territoriales). Dans les deux cas, l'autorité compétente dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour éliminer les candidats jugés non capables, mais ce pouvoir est soumis au contrôle, par le juge administratif, de l'**erreur manifeste d'appréciation** qui a pu être commise.

Compte tenu de ce que la concurrence doit être réelle, l'article 60 du code des marchés publics prévoit que l'avis d'appel de candidatures peut fixer un nombre minimum admis à présenter une offre : ce nombre ne peut être inférieur à cinq. Il peut également fixer un nombre maximum. La directive-guide CCM estime en général suffisant de recevoir, pour chaque lot ou ensemble de lots, trois à huit offres présentées par des entreprises (ou groupements d'entreprises) compétentes, capables, dignes de confiance et suffisamment indépendantes les unes par rapport aux autres. Cela fait, il est alors procédé à la consultation des concurrents ; à cet effet, il leur est envoyé **une lettre de consultation** qui comprend les mêmes mentions utiles que l'avis d'appel d'offres dans la procédure ouverte et indique le délai limite de réception des offres (délai minimal de 40 jours à compter de l'envoi de la lettre, mais qui peut être ramené à 22 jours minimum pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 € HT). Les concurrents envoient leurs offres dans les conditions prévues par la procédure ouverte.

4.2.2.3 Attribution du marché

Les offres ainsi adressées sont ouvertes à la date prévue et les propositions des concurrents sont enregistrées au cours d'une séance non publique (art. 58 et 63 du CMP).

La décision est prise après avis de la commission d'appel d'offres (pour les marchés de l'État) ou par la commission d'appel d'offres elle-même (pour les marchés des collectivités territoriales). C'est l'**offre économiquement la plus avantageuse**, en application des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, qui est choisie (art. 59-II et 64-II du CMP).

L'autorité compétente procède d'abord au **jugement des offres**. L'article 53-I du code des marchés publics donne les **critères de base** permettant de choisir le **mieux-disant** en insistant sur leur caractère nécessairement « *non discriminatoire* » ; citons notamment :

- prix des prestations ;
- coût d'utilisation de l'ouvrage (coût global de la réalisation augmenté des frais de fonctionnement, de son amortissement éventuel, de la faculté de rénovation, de transformation) ;
- valeur technique de l'offre (dispositions techniques de l'ouvrage, incluant la sécurité des personnes et des structures pendant l'exécution des travaux, pérennité des prestations) ;
- caractère innovant de l'offre ;

- performances de l'offre en matière de protection de l'environnement ;
- délai d'exécution des travaux (si sa détermination est laissée à l'appréciation des concurrents).

Le même article admet que d'autres **critères** dits « **additionnels** » puissent être pris en considération, « *s'ils sont justifiés par l'objet du marché* ». Tous les critères de choix des offres doivent de toute façon faire l'objet d'une **pondération** ; ce n'est que dans le cas où « *du fait de la complexité du marché* » la pondération ne serait pas possible que le pouvoir adjudicateur est autorisé à **hiérarchiser** les critères « *par ordre décroissant d'importance* » (art. 53-II du CMP).

Après élimination des offres reçues hors délai, l'autorité compétente effectue ensuite une étude comparative des différentes offres, compte tenu des critères de jugement retenus. Après avoir, le cas échéant, demandé aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre, elle procède à la confrontation des propositions comparables et à leur classement d'ensemble, ce qui lui permet de déterminer l'offre la plus intéressante en fonction du prix et de tous autres éléments techniques et économiques. Dans l'appel d'offres, « *il ne peut y avoir de négociation avec les candidats* » (art. 59-I et 64-I du CMP), c'est-à-dire que le maître de l'ouvrage ne peut en aucun cas se livrer à un « marchandage » sur les prix, ni accepter une offre de « marchandage » d'un concurrent sous peine de fausser le jeu de la concurrence.

L'autorité compétente a la possibilité de déclarer l'appel d'offres **sans suite** ou **infructueux** si elle n'a obtenu que des offres **inappropriées** (c'est-à-dire apportant une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur), **irrégulières** (offres incomplètes ou ne respectant pas les exigences du règlement de la consultation) ou **inacceptables** (offres méconnaissant la législation en vigueur ou excédant les crédits budgétaires alloués au marché). Si l'appel d'offres est déclaré infructueux, il est possible de procéder à un nouvel appel d'offres ou à la conclusion d'un marché négocié (art. 59-III et 64-III du CMP).

Si tel n'est pas le cas, l'autorité compétente avise les concurrents de son choix. Mais à ce stade, elle dispose encore d'un certain pouvoir d'appréciation pour la **mise au point du marché**. Les articles 59-II et 64-II du CMP disposent en effet que « *il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres* ». L'idée affirmée par la doctrine administrative est que, dans une optique économique, il est évidemment souhaitable que l'offre retenue puisse recevoir, sans qu'il soit nécessaire de faire au préalable une déclaration d'appel d'offres infructueux, certains aménagements afin d'en améliorer la valeur technique, d'y redresser les anomalies qu'elle pourrait contenir sans toutefois revenir sur le niveau général de ces prix, de réduire la dépense à prévoir, etc.

Il reste alors à procéder à la **conclusion définitive du marché**. Jusque-là, l'entreprise retenue ne bénéficie que d'une présomption d'en devenir titulaire, le maître de l'ouvrage ayant toujours la possibilité discrétionnaire de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

4.2.3 Marché négocié

La procédure du **marché négocié** est celle dans laquelle le pouvoir adjudicateur « *négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques* » (art. 34 du CMP).

Compte tenu de la liberté ainsi reconnue à l'autorité administrative, l'emploi de cette procédure n'est, en droit, autorisé que dans certaines conditions. Le code des marchés publics prévoit à cet égard **différentes hypothèses de recours au marché négocié** (art. 35 du CMP).

En premier lieu, peuvent, essentiellement, être négociés **après publicité préalable et mise en concurrence** (art. 35-I du CMP) :

- les marchés qui ont fait l'objet d'un **appel d'offres infructueux** ;
- les marchés de travaux dont le montant est compris **entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT**.

En second lieu, peuvent, spécialement, être négociés **sans publicité préalable et sans mise en concurrence** (art. 35-II du CMP) :

– « Les marchés [...] conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle [...] ;

– « Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage : a) lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique ; b) lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

« Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal ».

4.2.4 Dialogue compétitif

En principe, la procédure de **dialogue compétitif** n'est possible que lorsque la personne publique n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, mais ces conditions ne sont pas exigées pour les marchés de travaux dont le montant est compris **entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT** (art. 36 du CMP).

La personne publique doit seulement définir un programme fonctionnel comportant des résultats vérifiables à atteindre ou précisant les besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre.

La procédure à suivre est détaillée par l'article 67 du code des marchés publics, reproduit en annexe (§ 9, [Doc. C 73v3]).

4.2.5 Conception-réalisation

Cette procédure est applicable aux marchés qui, quel que soit leur montant, portent à la fois sur la définition du projet (**conception**) et sur l'exécution des travaux (**réalisation**), à condition toutefois que « des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre, ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques » (art. 37 du CMP). Quant aux ouvrages concernés, ce sont ceux visés à l'article 1^{er} de la loi MOP (voir encadré).

Article 1^{er} de la loi MOP

« Les dispositions de la présente loi sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont :

1^o) L'État et ses établissements publics ;

2^o) Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L. 166-1 du code des communes [devenu l'article L. 5721-2 du code général des collectivités territoriales] ;

3^o) Les organismes privés mentionnés à l'article L. 64 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;

4^o) Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés.

« Toutefois, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables :

– aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation. Un décret en Conseil d'État détermine les catégories d'ouvrages mentionnés au présent alinéa ;

– aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du titre premier du livre III du code de l'urbanisme ;

– aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation par un contrat d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil.

« Lorsqu'ils sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'autres régimes juridiques, les ouvrages édifiés par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation peuvent être dispensés de tout ou partie de l'application de la présente loi. Cette dispense est accordée par décision du représentant de l'État dans le département. »

Cette procédure est recommandée pour les ouvrages qui, en raison de certaines de leurs caractéristiques propres (telles que la dimension exceptionnelle de l'ouvrage, la réalisation de travaux dans des sites difficiles, etc.) présentent des **difficultés techniques particulières**. Dans ce cadre, peuvent, par exemple, relever de ces motifs :

– certains ouvrages à grand volume impliquant une structure complexe ;

– certains ouvrages en souterrain exceptionnels ;

– certains ouvrages dont la fonction essentielle est constituée par un processus de production d'exploitation qui conditionne sa conception et sa réalisation comme par exemple les cuisines, les blanchisseries ou les procédés de production de chaleur, lorsque ces ouvrages constituent l'essentiel de l'opération ;

– la réhabilitation lourde de certains ouvrages existants impliquant des techniques particulières de construction comme des reprises en sous-œuvre, l'intervention sur des structures remettant en cause les descentes de charge.

La procédure à suivre est détaillée par l'article 69 du code des marchés publics, reproduit dans l'encadré.

Article 69 du code des marchés publics

« Pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés au deuxième alinéa de l'article 37, les marchés de conception-réalisation sont des marchés de travaux passés selon la procédure de l'appel d'offres restreint, dont la commission d'appel d'offres est composée en jury tel que défini ci-dessous, et sous réserve des dispositions qui suivent :

« Un jury est composé des membres de la commission d'appel d'offres auxquels s'ajoutent des maîtres d'œuvre désignés par le pouvoir adjudicateur. Ces maîtres d'œuvre sont indépendants des candidats et du pouvoir adjudicateur et sont compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception. Ils représentent au moins un tiers du jury.

« Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Le pouvoir adjudicateur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation.

« Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir auditionnés. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

« Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

« Le pouvoir adjudicateur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Cependant, ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

« Le marché est attribué au vu de l'avis du jury. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché.

« Le règlement de la consultation prévoit le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont le jury a estimé que les offres remises avant l'audition étaient incomplètes ou ne répondaient pas au règlement de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue. »

Les conditions de recours à cette procédure sont strictement définies : « Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :

« a) Montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;

« b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct. » (ord. art. 2).

Pour la passation des contrats de partenariat, les principes fondamentaux de la commande publique doivent être respectés (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats, objectivité des procédures). Le contrat est attribué, après sélection de candidatures, au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères d'attribution préalablement définis. La procédure est soit celle du dialogue compétitif, soit celle de l'appel d'offres. « Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. » (ord. art. 8).

S'agissant enfin du contenu du contrat de partenariat, les textes prévoient impérativement que soient notamment précisés (ord. art. 11) :

- les objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;

- les conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour le calcul de la rémunération du titulaire du contrat, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;

- les modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

4.3 Règles spéciales applicables aux contrats de partenariat

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et son décret d'application (décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004) ont donné un cadre juridique aux contrats de partenariat [Doc. C 73v3], lesquels sont définis comme des « *contrats administratifs par lesquels la personne publique 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 relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.* » (ord. art. 1).

4.4 Règles applicables à la concession de travaux publics

Ainsi qu'il a déjà été indiqué au début du paragraphe 4, les procédures de passation prévues pour les marchés publics de travaux ne sont pas applicables aux concessions. La concession est une forme de délégation à une société privée. Celle-ci est alors appelée le « concessionnaire ». Elle est investie de la gestion de l'ensemble du service. Elle finance ainsi les investissements nécessaires à sa mission, assure les frais de fonctionnement et se rémunère en vendant sa prestation aux usagers.

La collectivité concédante n'est cependant pas totalement libre de conclure une concession de travaux publics avec la personne de son choix. Le code général des collectivités territoriales (CGCT), suivant en cela la directive européenne 2004/18/CE « Marchés publics » du 31 mars 2004 (dont les articles 56 à 65 traitent des concessions de travaux publics), soumet les contrats conclus dans le cadre de la concession de travaux publics à un régime de mise en concurrence allégé comportant la publication d'un avis et le respect d'un délai minimal pour la présentation des candidatures et des offres, et réglemente de façon détaillée la procédure à respecter. Les extraits (législatif et réglementaire) de ce code, relatifs aux délégations de service public, sont reproduits en annexe [Doc. C 73v3].

Dans l'ensemble cependant, la procédure même de conclusion du contrat est moins contraignante que celles prévues par le code des marchés publics. Le représentant légal de la collectivité est chargé d'exécuter, sous le contrôle de légalité du représentant de l'État dans le département, les décisions de l'assemblée délibérante et en particulier de souscrire les conventions de délégation de service public dans les formes établies par les lois et règlements. En matière de délégation de service public, au sein de la commission d'ouverture des plis, il participe à l'élaboration de l'avis de la commission sur les candidatures et sur les propositions des candidats admis à le faire. Conformément à l'article L. 1411-5 du CGCT, il engage librement, en sa qualité « d'autorité habilitée à signer la convention », toute discussion avec une ou des entreprises ayant présenté une offre et il saisit l'assemblée délibérante du choix auquel il a procédé, la détermination finale du titulaire de la délégation relevant de cette dernière (art. L. 1411-7 du CGCT).

5. Contenu du marché et de la concession de travaux publics

5.1 Objet du marché public de travaux

Le code des marchés publics pose un certain nombre de principes qui doivent guider les acheteurs publics dans la détermination de l'objet de leur commande. Ainsi, l'article 5 dispose que : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins ». Cette tâche, qui passe par une évaluation préalable des besoins à satisfaire, est l'une des plus importantes parmi celles incombant au maître de l'ouvrage (§ 3.1).

La **détermination précise des prestations** a des conséquences importantes au stade de l'exécution du marché. De son côté, l'entrepreneur n'est tenu qu'à la réalisation des travaux ainsi définis ; il faut toutefois réserver l'hypothèse des travaux supplémentaires et des possibilités d'augmentation de la masse des travaux ou de changement dans l'importance des diverses natures d'ouvrages (§ 1.3 de [C 72]). Inversement, le maître de l'ouvrage n'est obligé qu'au paiement du prix dans les conditions définies par le marché.

Les opérations non comprises dans l'objet du marché, qui sont qualifiées d'**ouvrages nouveaux**, n'ont donc pas à être exécutées par le titulaire, quand bien même le maître de l'ouvrage y trouverait avantage (présence d'installation de chantiers) ; ces travaux doivent faire l'objet d'une nouvelle procédure de dévolution. Il en va de même, en principe, pour les **opérations complémentaires** qui sont définies comme les ouvrages n'entrant pas dans l'objet du

marché mais liés aux prestations initiales sur un plan fonctionnel ou technique ; toutefois, en ce cas, le maître de l'ouvrage a la possibilité de passer un marché négocié avec le titulaire (§ 4.2.3).

À côté de ces règles générales, les textes formulent des règles particulières applicables à certains types de marchés.

5.1.1 Marchés à bons de commande

Dans certaines hypothèses, il est difficile sinon impossible de déterminer d'une manière précise, sur une période de temps donnée, les besoins exacts à satisfaire et les prestations à exécuter en conséquence. Le code des marchés publics (art. 77) autorise pour cette raison le recours à des **marchés à objet variable**, mais dans des conditions beaucoup moins strictes depuis 2006. Ces marchés, appelés « **marchés à bons de commande** », sont susceptibles d'être passés aussi bien par l'État que par les collectivités territoriales et peuvent désormais être conclus sans minimum ni maximum et avec plusieurs titulaires pour des prestations susceptibles d'être commandées par le client public au cours d'une période déterminée. Le montant effectif des prestations est précisé au fur et à mesure des commandes. La durée d'exécution du marché est au plus égale à celle d'utilisation des crédits, sans toutefois que la durée globale d'exécution puisse dépasser quatre ans.

5.1.2 Marchés à tranches conditionnelles

Des dispositions spéciales ont été mises au point pour la réalisation des opérations de grande importance s'étalant sur une longue période de temps. Dans ce cas, le maître de l'ouvrage a intérêt à conclure l'affaire en une seule fois car l'échelonnement des plans de production sur plusieurs années permet d'obtenir une diminution des coûts de production. Mais, d'un autre côté, cette solution n'est pas sans risque pour la concurrence ; en outre, il faut tenir compte des règles de la comptabilité publique (principe d'annualité budgétaire, nécessité du financement préalable, etc.).

C'est pour répondre à ces préoccupations qu'a été mise au point la formule des **marchés à tranches conditionnelles** (art. 72 du CMP).

Le recours à cette forme particulière de marchés suppose une opération susceptible d'être découpée en **tranches**, c'est-à-dire (et par opposition aux lots) en deux ou plusieurs ensembles cohérents dont chacun peut être mis en service d'une manière autonome. Le texte de l'article 72 du CMP définit ainsi la procédure applicable : « Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche. Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affirmée avec retard ou n'est pas affirmée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit ».

Les marchés à tranches conditionnelles peuvent être passés aussi bien par les services de l'État que par les collectivités territoriales. Toutefois, en ce qui concerne ces dernières, les risques supposés d'une mauvaise gestion financière conduisent à préconiser un régime plus strict : la formule de calcul du prix sur la base de la totalité des travaux avec indemnité éventuelle de dédit est déconseillée, le recours à une indemnité d'attente est dangereux, etc.

Sous cette réserve, le mécanisme des marchés à tranches conditionnelles est considéré comme bien adapté à la réalisation d'opérations longues et importantes.

5.2 Forme du marché public de travaux

Les marchés de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 4 000 € HT doivent être passés **sous forme écrite** (art. 11 du CMP). Pour les marchés passés selon les procédures formalisées (appel d'offres, procédures négociées, dialogue compétitif), l'acte d'engagement et les cahiers des charges en sont les pièces constitutives. Mais, même dans le cas de marchés passés selon la procédure adaptée (§ 4.2.1), le règlement des prestations ne peut s'effectuer que sur production d'un mémoire écrit par l'entrepreneur.

5.2.1 Documents-cadres et documents types

Les multiples intérêts qui s'attachent à la bonne réalisation de la politique des commandes publiques (contrôle de l'utilisation des fonds publics, rationalisation du choix de l'exécution des prestations) ont conduit les autorités responsables à rechercher une sorte de normalisation des documents contractuels. Les marchés publics, et spécialement ceux qui portent sur les travaux ou les ouvrages publics, constituent ainsi une illustration particulièrement nette du phénomène des **contrats types**, dans lesquels les stipulations contractuelles sont, pour une large part, rédigées à l'avance en dehors des parties, et simplement acceptées par elles dans chaque cas particulier, sous réserve des compléments ou des adaptations nécessaires.

Aux termes de l'article 13 du CMP, les **cahiers des charges** déterminent « les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés ». Dans un but de clarification, le code établit une double distinction entre documents généraux et particuliers d'une part, et, d'autre part, entre règles administratives et techniques. Il en résulte que les cahiers des charges englobent plusieurs séries de documents. D'abord, deux catégories de documents généraux : les **cahiers des clauses administratives générales** (CCAG) qui contiennent les règles générales d'ordre administratif applicables aux marchés d'une même catégorie, et les **cahiers des clauses techniques générales** (CCTG) qui précisent les règles générales d'ordre technique pour la réalisation des prestations d'une même nature. Il existe ensuite des documents particuliers : les **cahiers des clauses administratives particulières** (CCAP) fixant les stipulations administratives, propres à chaque marché et les **cahiers des clauses techniques particulières** (CCTP) à l'exécution des prestations du marché.

Dans la pratique, et s'agissant spécialement des marchés publics de travaux, un certain nombre de mesures complémentaires ont précisé ces règles générales. Au total, la forme que revêtent ces marchés est assez lourde.

Une première série de documents, qu'on pourrait qualifier de **documents-cadres**, comprend les très nombreux formulaires qui doivent être complétés par les intéressés : modèles de déclarations à fournir par les candidats, documents relatifs aux appels d'offres, etc. La deuxième catégorie est celle des **documents types**, qui définissent les clauses générales à prévoir pour les marchés d'une même catégorie.

Il existe ainsi un CCAG approuvé par le décret du 21 janvier 1976 modifié et deux CCTG (l'un applicable aux travaux de génie civil, l'autre aux travaux de bâtiment). Le CCAG a, en outre, été complété par un CCAP type et les deux CCTG par une série de fascicules correspondant chacun aux différentes natures de travaux (terrassements, fondations, couvertures de diverses catégories, etc.). Tous ces documents types ne s'appliquent qu'aux marchés qui s'y réfèrent ; ils ne sont pas rendus obligatoires par les décrets qui les approuvent, mais les circulaires qui les accompagnent recommandent de ne plus passer de marchés qui ne fassent référence à l'un ou l'autre de ces CCAG. Sans être formellement obligatoire, la référence aux CCAG et CCTG se retrouve dans un grand nombre de marchés de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Ces différents documents ne sont pas, de plein droit, applicables aux marchés passés par les établissements publics industriels et commerciaux de l'État (et *a fortiori* par les sociétés nationales ou les sociétés d'économie mixte), ni même à ceux passés par les collectivités territoriales. Mais, et sous réserve de différence de détails, des dispositions plus ou moins similaires se retrouvent dans les documents types établis par ces entités.

Les documents-cadres et les documents types doivent de toute façon être conformes aux dispositions législatives (par exemple : loi MOP ou loi sur la sous-traitance) et réglementaires (CMP notamment) applicables aux marchés publics. Ces dernières ont, en effet, de manière générale, toujours vocation à s'appliquer par priorité.

Une place à part doit être faite aux normes et spécifications techniques ; depuis 2006 en effet, l'article 6 du CMP et son arrêté d'application du 28 août 2006 (cf. [Doc. C 73v3]) prévoient que les prestations faisant l'objet du marché sont définies par des **spécifications techniques** formulées soit par référence à des normes techniques, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Lorsqu'il est fait référence à des **normes**, celles-ci sont choisies « dans l'ordre de préférence suivant : les normes nationales transposant des normes européennes, les agréments techniques européens, les spécifications techniques communes, les normes internationales, les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, les normes nationales, les agréments techniques nationaux, ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits. Chaque référence est accompagnée de la mention "ou équivalent" » (art. 3 de l'arrêté du 28 août 2006).

5.2.2 Pièces constitutives du marché

Compte tenu de tous ces aspects, chaque marché public de travaux se présente d'abord, au stade précontractuel, sous la forme d'un **dossier de consultation des entreprises** (DCE). Ce dossier, qui n'a donc en lui-même aucune valeur contractuelle, contient l'ensemble des pièces dont la connaissance est nécessaire aux candidats pour déposer leurs propositions. Il s'agit donc non seulement des documents déterminant les conditions d'attribution et d'exécution des travaux, mais encore de toutes les pièces propres à faciliter aux candidats l'intelligence du dossier.

Le marché une fois attribué, ces pièces n'acquièrent pas toutes valeurs contractuelles (un certain nombre d'entre elles sont dorénavant privées de toute utilité, d'autres n'ont été données qu'à titre indicatif, etc.). Seules ont ce caractère les pièces précisant les conditions d'attribution et d'exécution des prestations, qui sont qualifiées pour cette raison de **pièces constitutives du marché** (art. 12 du CMP). Ce sont :

- l'**acte d'engagement du marché**, c'est-à-dire l'offre ou la soumission présentée par le titulaire et signée par le maître de l'ouvrage (le pouvoir adjudicateur en la personne de son représentant légal). Ce document précise essentiellement, outre l'identité des contractants, les prix et délais de paiement ;
- le **cahier des clauses administratives particulières** (CCAP), rédigé sur la base du CCAP type, qui détermine les stipulations contractuelles d'ordre administratif propre au marché ;
- le **cahier des clauses techniques particulières** (CCTP), qui contient les stipulations contractuelles d'ordre techniques propres au marché, c'est-à-dire la description des travaux ou des ouvrages et leurs spécifications techniques ; les plans, notes de calculs, données géologiques ou géodésiques, etc., ne font normalement pas partie des pièces constitutives du marché ; il peut cependant en aller différemment si ces pièces sont mentionnées comme telles dans le CCAP ;
- sous réserve du cas où le marché prévoit un règlement de la totalité des prestations par un prix forfaitaire unique, l'**état des prix forfaitaires** (dans le cadre d'un marché à prix forfaitaires), ou le **bordereau des prix unitaires** (dans le cas d'un marché sur séries de prix) (§ 2.1.1) ;

– toujours sous la réserve ci-avant, le **détail estimatif**, qui détermine le nombre d'ouvrages ou de parties d'ouvrages auxquels s'applique chaque prix forfaitaire (dans le cadre d'un marché à prix forfaitaires) ou qui indique les quantités prévisionnelles de chaque nature de travaux auxquels s'applique chaque prix unitaire (dans le cadre d'un marché sur séries de prix) ;

– la **décomposition des prix forfaitaires** ou le **sous-détail des prix unitaires**, si ces pièces sont mentionnées comme ayant valeur contractuelle dans le CCAP ;

– le ou les **cahiers des clauses techniques générales** (CCTG) applicables à la nature des travaux faisant l'objet du marché, avec l'indication des fascicules correspondants ;

– le **cahier des clauses administratives générales** applicables aux marchés publics de travaux du maître de l'ouvrage.

Pour les raisons indiquées plus haut, les parties au marché ont la possibilité de déroger aux dispositions des CCTG et du CCAG. Les textes exigent toutefois que ces dérogations soient clairement définies et récapitulées dans l'article final du CCAP sous peine d'être réputées non écrites (art. 3.12 du CCAG).

La même raison explique que, en cas de contradiction ou de divergence entre les pièces constitutives du marché, les documents particuliers l'emportent sur les documents généraux. C'est au surplus un principe juridique bien établi que la règle spéciale déroge à la règle générale. C'est pourquoi il est recommandé que les pièces constitutives du marché soient présentées dans l'ordre exposé ci-avant, de manière que, en cas de difficulté, les dispositions à appliquer puissent être clairement déterminées par les parties.

5.2.3 Pièces contractuelles postérieures à la conclusion du marché

Les stipulations issues des pièces constitutives du marché sont les seules à pouvoir être invoquées dans les rapports entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur pendant l'exécution des travaux (sous réserve bien entendu de l'application des dispositions législatives ou réglementaires d'ordre public). Cependant, et pour diverses causes (dossier [C 72], référence [4] de la fiche documentaire [Doc. C 73v3]), il peut se révéler nécessaire de modifier les conditions initialement prévues pour la réalisation des prestations. Conformément à la théorie générale du contrat, ces modifications ne peuvent normalement résulter que de la volonté commune des parties, telle qu'elle se manifeste alors dans les **pièces contractuelles postérieures à la conclusion du marché**.

En principe, la modification du marché initial ne peut être opérée que par un acte additionnel appelé « **avenant** ». L'avenant a donc pour objet de modifier une ou plusieurs stipulations du marché initial, mais **sans pouvoir en bouleverser l'économie ni en changer fondamentalement l'objet** (art. 20 du CMP) ; ainsi, l'exécution de travaux nouveaux, ou ne se rattachant pas à l'exécution du marché, ne peut normalement être approuvée par un simple avenant. La loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public a accentué le contrôle, voulu par les pouvoirs publics, de ce type de procédure, en son article 8 dont le texte (modifié par la loi n° 96-142 du 21 février 1996) est reproduit dans l'encadré.

La passation de l'avenant, sans être évidemment aussi complexe que celle d'un marché à part entière, peut donc se révéler très lourde à certains égards. C'est pourquoi les textes prévoient des procédures contractuelles plus souples dans certains cas particuliers : **acte spécial** pour la désignation du sous-traitant bénéficiant du paiement direct, après la conclusion du marché (art. 2.43 du CCAG) ; **état supplémentaire de prix forfaitaires ou bordereau supplémentaire de prix unitaires** dans l'hypothèse d'une augmentation de la masse des travaux (art. 3.2 et 14 du CCAG ; § 1.3.1 et 2.2 du dossier [C 72], référence [4] de la fiche documentaire [Doc. C 73v3]) ; **décision de poursuivre** l'exécution du marché quand le montant des prestations exécutées atteint le montant initial des prestations (art. 15 du CCAG).

Article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995

« Tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 p. 100 est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis. »

5.3 Contenu de la concession de travaux publics

Les dispositions déterminant l'objet et la forme de la concession de travaux publics sont nettement moins complexes que celles qui viennent d'être examinées. Certes, il s'agit toujours de la réalisation d'un travail ou d'un ouvrage public, mais le caractère moins répétitif de l'opération, surtout s'il s'agit de travaux exceptionnels (construction d'autoroutes ou d'infrastructures de transport), ne permet pas une codification aussi poussée que celle observée pour les marchés publics de travaux. Il faut ajouter à cela la nécessité de tenir compte de la liberté de choix de l'autorité concédante, traditionnellement plus grande que celle du maître de l'ouvrage, et qui rend plus difficile l'intervention de l'administration centrale.

On rappellera que, en ce qui concerne son **objet**, la concession de travaux publics ne vise pas seulement la réalisation d'un travail ou d'un ouvrage public, mais aussi son exploitation par le concessionnaire. Cette exploitation, qui permet d'assurer le financement de l'exécution de l'ouvrage, a généralement le caractère d'un service public (§ 1.2.2). En ce qui concerne sa forme, la concession comprend généralement les documents suivants :

– la **convention de concession** proprement dite, qui précise les éléments essentiels de l'accord entre le concédant et le concessionnaire (travail ou ouvrage à réaliser, autorisation de percevoir les redevances et éventuellement modalités de l'aide financière du concédant, principaux droits et obligations des parties pendant l'exploitation, etc.) ;

– le **cahier des charges**, qui détermine les conditions d'exécution des travaux (clauses administratives et techniques concernant la construction en elle-même de l'ouvrage), est à rapprocher du document correspondant dans les marchés publics de travaux (cahier des clauses et conditions générales). En revanche, les **stipulations financières** et les **règles d'exploitation** proprement dites sont spécifiques à la concession.

Toutes ces clauses sont définies par les parties en fonction de l'objet propre de l'opération. Toutefois, et ici comme dans le cas des marchés publics de travaux, l'administration centrale est intervenue pour mettre au point des cahiers des charges types pour les concessions portant sur une même nature d'ouvrage (concessions d'électricité, de distribution d'eau, d'outillage public, etc.). Selon les hypothèses, ces documents types tantôt sont approuvés par l'autorité réglementaire (concessions d'électricité), tantôt ont le caractère de simples mesures d'ordre intérieur (concessions de plages).

Le cahier des charges de chaque concession, qualifié de « **cahier des charges particulier** », doit en principe être conforme au document type. Des dérogations sont toujours possibles, mais elles font l'objet d'une procédure spéciale quand le cahier des charges type a valeur réglementaire.

Le lecteur pourra également se reporter aux dossiers [C 75] et [C 76] des Techniques de l'Ingénieur qui s'intéressent aux marchés de travaux à l'échelle internationale [5] [6].