



Fiche 47

Notions clés sur les grands principes de la commande publique



La notion de contrats de la commande publique regroupe plusieurs contrats publics, et nécessite d'être définie (I), puis d'être distinguée d'autres contrats (II). Les différents contrats la composant seront ensuite étudiés (III), ainsi que leur combinaison (IV), avant d'examiner leur régime contentieux (V).

I – Ce qu'est la commande publique

Au sens large, la « commande publique » est une notion qui regroupe l'ensemble des contrats que les pouvoirs publics passent pour répondre à leurs besoins. La commande publique désigne donc tous les contrats d'achat. Au sens strict, elle concerne plus particulièrement les contrats d'achat soumis à des obligations plus ou moins poussées de mise en concurrence. C'est cette dernière définition qui est abordée ici.

Il découle de cette définition que la commande publique concerne d'abord des contrats (1.1.). Les obligations de mise en concurrence qui s'appliquent à eux découlent de règles constitutionnelles (1.2.) et européennes (1.3.)

1.1 La commande publique et la notion de contrat

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.

Les mots « contrat » et « convention » sont en général synonymes, mais le mot « convention » est parfois utilisé pour désigner tout accord de volontés, le mot « contrat » désignant les conventions ayant pour objet de créer des droits et des obligations (c'est-à-dire les contrats synallagmatiques du code civil).

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. C'est la notion de « force obligatoire » du contrat.

Les contrats relevant de la commande publique sont donc des contrats synallagmatiques bilatéraux.

Références : articles 1101, 1102, 1104 et 1134 code civil

1.2 Les principes constitutionnels de la commande publique

La commande publique n'est pas directement citée dans la Constitution, mais le Conseil constitutionnel a déduit de plusieurs des dispositions de cette dernière des principes qui la régissent :

■ **Principe de la liberté contractuelle** : ce principe s'applique aux collectivités territoriales comme aux personnes privées. Le Conseil constitutionnel veille à ce que les limitations qu'y apporte la loi soient justifiées par des fins d'intérêt général. La liberté contractuelle se manifeste de manières différentes selon les catégories de contrat et les phases de leur élaboration, de leur passation et de leur exécution

■ **Principes de l'égalité devant la commande publique, de la protection des propriétés publiques et du bon usage des deniers publics** : le Conseil constitutionnel accepte

qu'une loi puisse prévoir qu'un même contrat confie à une seule personne la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, à condition de réserver une telle dérogation au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé. La même condition est imposée à la disposition permettant qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global

Références : Conseil constit., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC ; Conseil constit., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC ; Conseil constit., 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC.

1.3 Les règles européennes de la commande publique

Compte tenu de ses enjeux économiques, l'Union européenne s'est très tôt intéressée à la commande publique, et a édicté plusieurs directives dans l'objectif de faire des pays européens un espace où les biens et les services pouvaient circuler et être proposés aux collectivités publiques sans barrières injustifiées. Cette intervention du droit européen a eu de profondes répercussions sur les règles nationales :

■ **Des définitions à mettre en cohésion** : la logique européenne ne se superpose pas parfaitement avec les logiques nationales. Par exemple, les associations n'étaient pas soumises au code des marchés publics, alors que, pour le droit européen, même des personnes privées comme les associations peuvent être considérées comme des acheteurs publics (des « pouvoirs adjudicateurs ») si elles sont contrôlées et financées par des pouvoirs publics. Il a donc fallu que les textes nationaux évoluent pour prendre en compte ces situations (cf. ci-dessous 3.2).

■ **Une jurisprudence européenne à prendre en compte** : la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a une grande importance pour déterminer l'interprétation à donner à des directives parfois laconiques. Or cette interprétation de la CJUE n'est pas toujours la même que celle des juridictions nationales, et il faut parfois plusieurs années avant que les jurisprudences soient pleinement convergentes.

■ **2014-2016, période de transposition** : de nouvelles directives en matière de commande publique ont été publiées le 28 mars 2014. Comme toutes les directives, elles ne s'appliquent pas directement en droit national, mais seulement après transposition par des textes internes. Le délai de transposition étant de deux ans à compter de leur publication, les directives s'appliqueront directement même sans transposition le 18 avril 2016.



Le projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, déposé le 25 juin 2014 à l'Assemblée Nationale, prévoit d'habiliter le Gouvernement pour prendre par ordonnance les mesures de transposition. Dans l'exposé des motifs de ce projet, le Gouvernement annonce son intention de simplifier l'architecture de la commande publique en unifiant les règles applicables aux différents acheteurs au sein d'un corpus juridique unique qui aurait vocation à régir tous les contrats qui constituent des marchés publics au sens des directives européennes.

Références : directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ; directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

II – Les frontières avec d'autres contrats

Certains contrats sont proches de ceux relevant de la commande publique, mais sans être soumis à ses procédures. Il importe de bien en saisir les contours, afin d'éviter toute confusion. Certains de ces contrats proches ne sont pas des contrats d'achat (2.1), d'autres portent sur des achats en matière immobilières (2.2).

2.1 Commande publique et contrats voisins

Dans un certain nombre d'hypothèses, la personne publique, bien que versant une somme d'argent, n'est pas considérée comme acheteuse.

a) Commande publique et subventions : une subvention est une somme d'argent, attribuée par une collectivité publique à un bénéficiaire public ou privé, afin de soutenir une activité, dont elle n'a pas pris l'initiative, mais qui doit entrer dans une compétence lui appartenant ou dans un intérêt local. Elle se distingue de la notion de prix versé à un opérateur économique, en contrepartie d'une prestation. Deux critères permettent de distinguer la subvention du marché public : l'initiative du projet (qui doit venir du demandeur de la subvention) et l'absence de contrepartie directe pour la personne publique.

Référence : CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520.

b) Commande publique et offre de concours : une offre de concours consiste en une offre d'une personne – publique ou privée – d'apporter une contribution matérielle ou financière (volontaire et gratuite) à des travaux publics, parce qu'elle trouve un intérêt à leur réalisation. L'absence totale de contrepartie (autre que la réalisation des travaux concernés) permet d'éviter la requalification en commande publique. En revanche, une offre de concours consistant en la réalisation de travaux ou de prestations annexes et donnant lieu à contrepartie (même indirecte) pourra être requalifiée de marché public.

Références : CJCE, 12 juill. 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano et Lodi*, aff. C-399/98 ; CAA Versailles, 4 oct. 2012, *Cne Corbeil-Essonnes*, n° 10VE02568.

c) Commande publique et mécénat ou parrainage : le parrainage consiste en un soutien matériel apporté à une manifestation, à une personne, à un produit ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct ; les opérations de parrainage sont destinées à promouvoir l'image du parrain et comportent l'indication de son nom ou de sa marque le mécénat. Le mécénat désigne le soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général. En ce sens, le parrainage s'assimile à un marché public, et le mécénat à une subvention.

Référence : arrêté interministériel NOR: ECOZ8800041A du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière

d) Commande publique et contrats de recrutement : les contrats de travail et les décisions de recrutement ne sont pas des achats, et ne relève donc pas de la commande publique. Il convient cependant d'être vigilant pour les cas limite, lorsque la personne publique recrute une personne pour un acte déterminé, ponctuel et isolé (un « vacataire »). La limite avec le marché peut parfois être tenue.

e) Contrats de prestations intégrées (« In house ») et contrats de collaboration public-public : dans deux hypothèses, les contrats d'achats ne seront soumis à aucune obligation de mise en concurrence :

- lorsque la personne publique exerce (seule ou conjointement avec d'autres personnes morales) sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (c'est-à-dire s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée), que plus de 80 % des activités de la personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par la personne publique qui la contrôle, et que la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés ;

- lorsque ce marché est conclu exclusivement entre deux personnes publiques ou plus, qu'il établit ou met en œuvre une coopération entre ces personnes dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public, et que ces personnes publiques réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération

Références : article 17 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 ; article 12 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 ; CJCE, 19 avr. 2007, *Asemfo*, aff. C-295/05 ; CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/République fédérale d'Allemagne (ville de Hambourg)*, aff. C-480/06.

2.2 Commande publique et contrats immobiliers

Les contrats à objet immobilier ont en commun de porter sur un bien immobilier soit existant, soit à construire. Ils relèveront de la commande publique à chaque fois qu'ils auront pour effet de permettre à la personne publique de disposer d'un bien immobilier conçu en réponse à ses besoins.

a) Commande publique et autorisations d'occupation du domaine public ou baux emphytéotiques administratifs

Afin d'atteindre des objectifs limitativement énumérés, les personnes publiques peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaires (AOT) ou des baux emphytéotiques administratifs (BEA), permettant d'accorder à des tiers des droits réels, afin que ces derniers construisent un ouvrage qu'ils exploitent ou qu'ils louent à la collectivité (cf. fiche n° 46). Ces opérations ne seront pas considérées comme des marchés de travaux relevant de la commande publique si, dans l'opération de construction ainsi entreprise, la personne publique n'assume pas la direction technique des actions de construction, ne devient propriétaire des ouvrages qu'au terme de l'autorisation d'occupation, et ne joue ainsi ni pendant la réalisation des ouvrages concernés ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage, même si une partie des ouvrages répond à ses besoins. Par ailleurs, l'opération ne devra pas non plus consister en la gestion d'un service public avec une rémunération du cocontractant de la personne publique substantiellement liée aux résultats de l'exploitation de ce service public. Si toutes ces conditions sont strictement respectées, l'opération en vue de laquelle a été autorisée l'occupation du domaine ne présente le caractère ni d'une opération de travaux publics, ni d'une délégation de service public, ces deux contrats relevant de la commande publique (cf. ci-dessous 3.1).



La requalification d'un BEA en marché ou en concession au sens du droit européen est une éventualité toujours présente, dès lors que l'ouvrage est construit pour répondre aux besoins de la personne publique. Si aucune obligation de publicité ni de mise en concurrence n'est encore prévu en droit national pour la passation des BEA des collectivités territoriales (faute de parution du décret nécessaire), il peut donc être opportun pour une collectivité de s'y plier volontairement (et, dans ce cas, de la respecter intégralement).

Références : article L. 1311-2 et suivants CGCT ; article L. 6148-2 à L. 6148-5-3 code de la santé publique ; CE, 25 février 1994, *SOFAP Marignan Immobilier*, n° 144641 et 145406.

b) Commande publique et vente en l'état futur d'achèvement

La vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.

Si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de recourir à la VEFA, elles ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres. La VEFA n'est donc possible que pour acquérir une partie d'un immeuble, et que ce bien n'est pas spécifiquement conçu en fonctions des besoins exclusifs de la collectivité.

Références : article 1601-3 code civil ; CE, 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, n° 57679.

III – Les contrats relevant de la commande publique

Les contrats relevant de la commande publique peuvent être classés en plusieurs catégories (3.1), qui ne sont pas toujours en parfaite correspondance avec les catégories du droit européen (3.2).

3.1 Les différents contrats de la commande publique

Les contrats suivants sont précédés de procédures de mise en concurrence et de publicité :

■ **Les marchés publics** : contrat administratif conclu à titre onéreux entre une collectivité territoriale ou un établissement public local et un opérateur économique public ou privé, pour répondre à ses besoins en matière de travaux (exécution, ou, conjointement, conception et exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil, la personne publique en exerçant la maîtrise d'ouvrage), de fournitures (achat, prise en crédit-bail, location ou location-vente de produits ou matériels) ou de services (réalisation de prestations de services).

Certains contrats d'achat sont exclus de la catégorie des marchés publics (outre les contrats de prestations intégrées et les contrats de collaboration public-public, cf. ci-dessus 2.1.e.) : contrats d'achat immobilier, contrats portant sur certains services financiers, contrats d'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection, contrats portant des services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation, contrats de travail (cf. ci-dessus 2.1.d), etc.

Les marchés publics peuvent être passés selon diverses procédures en fonction de leur montant et de leur objet (procédure adaptée, appel d'offres, procédure négociée, concours, etc.).

Voir la fiche n° 48 pour plus d'informations.

Références : articles 1^{er}-I et III, et 3 code des marchés publics.

■ **Les délégations de service public** : contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Si le contrat ne porte pas sur la gestion d'un service public, ou si la rémunération n'en est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service délégué, le contrat sera un marché public.

Voir la fiche n° 14 pour plus d'informations.

Références : article L. 1411-1 CGCT ; CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/Commune de Lambesc*, n° 168325 ; CE, 5 juin 2009, *Société Avenance-enseignement et santé*, n° 298641 ; CE, 6 novembre 2009, *Société Prest'action*, n° 297877.

■ **Les concessions de travaux publics** : contrat administratif passé par une collectivité territoriale ou un établissement public local dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, il est soumis au régime des concessions de travaux publics si son objet principal est de réaliser des travaux.

Références : articles L. 1415-1 et L. 1415-2 CGCT ; avis CE n° 383668, 16 mars 2010.

■ **Les contrats de partenariat (ou partenariats public-privé)** : contrat administratif par lequel 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.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages.

La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire du contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites prévues par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Références : articles L. 1414-1 et L. 1414-16 CGCT.

■ **Les concessions d'aménagement** : les collectivités territoriales et leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement foncier et urbain à toute personne y ayant vocation. Lorsqu'une opération d'aménagement est destinée à être réalisée dans une zone d'aménagement concerté, l'attribution de la concession d'aménagement peut intervenir avant la création de la zone, dès lors que la personne publique à l'initiative de la zone d'aménagement concerté a arrêté le bilan de la concertation et a délibéré sur les enjeux et l'objectif de l'opération, son périmètre d'intervention, son programme et son bilan financier prévisionnel.

Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

Référence : article L. 300-4 du code de l'urbanisme.

■ **La société d'économie mixte à opération unique (SEMOU)** : il ne s'agit pas à proprement parler d'un contrat, mais de la constitution d'une personne morale dédiée, la SEMOU, avec un opérateur économique sélectionné après une mise en concurrence. Dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut en effet créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence, une SEMOU. Celle-ci est constituée, pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales dont l'objet unique est :

1° Soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ;

2° Soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ;

3° Soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

La SEMOU est dissoute de plein droit au terme du contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré.

Références : articles L. 1541-1 et 1541-2 CGCT.

3.2 Découpages européens et français

La typologie des contrats de la commande publique en droit français (cf. ci-dessus 3.1) n'est pas toujours en pleine cohérence avec celle issue des directives européennes. Celles-ci, publiées le 28 mars 2014 (cf. ci-dessus 1.3), connaissent trois sortes de contrats :

- les marchés publics : contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (personnes publiques) et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ;
- les concessions de service : contrats conclus par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (personnes publiques) confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ;
- les concessions de travaux : contrats conclus par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (personnes publiques) confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.

Les concessions (de services ou de travaux) impliquent le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux.

Il découle de ces définitions que tout contrat permettant à une personne publique de confier la réalisation de travaux ou de prestations de services est susceptible d'être qualifié de marché public ou de concession au sens du droit européen. Or certains de ces contrats peuvent n'être considérés en droit français que comme de simples autorisations d'occupation du domaine, sans mise en concurrence préalable (cf. ci-dessus 2.2).

Le droit européen ne fait notamment pas usage de la notion de maîtrise d'ouvrage des travaux (cf. fiche n° 48), utilisée en droit français pour distinguer les marchés publics de travaux (où cette maîtrise d'ouvrage reste du ressort de la personne publique) d'autres contrats où elle revient au cocontractant de la personne publique.

Enfin, le droit européen ne se réfère pas à la notion de service public pour différencier les marchés publics des concessions, mais uniquement au mode de rémunération du cocontractant.

Références : article 5-1 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; article 1-1-5 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

IV- Les montages contractuels complexes

Après avoir défini ce que l'on entend par montages contractuels complexes (4.1), on en examinera les modes de passation (4.2).

4.1 Définition

Les montages contractuels complexes regroupent les contrats mixtes appartenant simultanément à plusieurs catégories de contrat, soit dans un seul et même contrat, soit à travers plusieurs contrats formant un ensemble cohérent.

Ce type de montage est relativement fréquent. Par exemple, une délégation de service public portant sur la gestion d'un équipement public (par exemple une piscine) comprendra nécessairement et simultanément une autorisation d'occupation de la dépendance du domaine public constituée par l'équipement en question.

En revanche, un même contrat (ou un même ensemble contractuel) ne saurait être simultanément un marché public et une délégation de service public, car les critères d'identification de ces deux types de contrats s'excluent mutuellement : un contrat portant sur la gestion d'un service public et où la rémunération du cocontractant est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation dudit service sera nécessairement une délégation de service public. De même, une concession de travaux ne peut être un marché public.

Quant aux concessions d'aménagement et aux contrats de partenariat, leurs objets spécifiques et sectoriels (opérations d'aménagement pour les premières, contrats globaux de financement – construction – maintenance pour les seconds) en font plutôt des sous-ensembles des catégories principales que sont les marchés publics et les délégations de service public.

4.2 Passation

Le principe est que, dès lors qu'un montage complexe peut être identifié pour une part à un contrat de la commande publique, l'ensemble doit être passé dans le respect de la procédure applicable à ce contrat.

Ainsi, lorsqu'un bail emphytéotique administratif est accompagné d'une convention non détachable constituant un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou un contrat de concession de travaux publics, sa conclusion est précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce contrat.



Ce principe implique qu'il convient parfois d'analyser finement le contenu d'un contrat pour en déterminer le régime de passation. Par exemple, un contrat de mobilier urbain prévoyant la réalisation et la fourniture de prestations de service pour le compte de la collectivité locale, mais sans prise en charge d'un service public sera un marché public accompagné d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public. En l'absence de réalisation et de fourniture de prestations, ce sera une simple convention domaniale (donc sans obligation de mise en concurrence). En revanche, si en outre le cocontractant se voit confier le service public de l'information communale, et que sa rémunération est substantiellement liée aux résultats de ce service public, le contrat sera une délégation de service public.

Références : article R. 1311-2 CGCT ; CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633 ; CE, 21 juin 2000, *SARL Plage "Chez Joseph"*, n° 212100 et 212101 ; CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var*, n° 217639 ; CE, 4 novembre 2005, *Société J.C Decaux*, n° 247299 ; CE, 8 juin 2011, *Port autonome de Marseille*, n° 318010 ; CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593.

V – Le contentieux de la commande publique

Sans faire une étude complète du contentieux de la commande publique, on signalera ses spécificités par rapport au contentieux contractuel en général, tant en matière administrative (5.1) que pénale (5.2).

5.1 Le contentieux administratif de la commande publique : les référés précontractuels et contractuels

Le référé précontractuel est une procédure d'urgence spécifique permettant aux candidats de saisir le juge avant la signature du contrat, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les personnes publiques des contrats suivants :

- les marchés publics,
- les délégations de service public,
- les contrats de partenariat,
- les concessions de travaux publics,
- la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique.



Les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements de la personne publique à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; le juge va donc rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente..

Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.

Il est complété par une deuxième procédure d'urgence, le référé contractuel, qui permet de sanctionner rapidement les manquements aux règles de la mise en concurrence même après la signature du contrat. Ce référé contractuel est ouvert aux mêmes personnes que le référé précontractuel, ainsi qu'au préfet, pendant une courte période (six mois maximum), est destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves.

Références : articles L. 551-1 et suivants, et L. 551-13 et suivants, code de justice administrative ; CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420.

5.2 Le contentieux pénal de la commande publique : l'octroi d'avantage injustifié (« favoritisme »)

Outre la mise en jeu de la responsabilité pénale pour des infractions non spécifiques à la commande publique (cf. fiche 24), le code pénal contient un paragraphe spécialement destiné à sanctionner les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

Est ainsi puni au maximum de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.



L'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public suffit à caractériser l'élément intentionnel du délit d'octroi d'avantage injustifié.

Références : article 432-14 code pénal ; Cass. crim. 14 janvier 2004, n° 03-83396.