



Fiche 48

Notions clés sur les marchés publics



Après une présentation générale (I), les marchés publics seront abordés au travers de leurs trois phases successives : préparation (II), passation (III) et exécution (IV). Enfin, les opérations de réalisation d'ouvrage seront abordées à part (V).

Cette fiche traite des principales notions sur les marchés publics des collectivités territoriales. La commande publique en général fait l'objet de la fiche n° 47, et les délégations de service public sont abordées dans la fiche n° 14. Cette fiche se fonde sur les règles législatives et réglementaires applicables lors de sa rédaction (juillet 2014), sans anticiper sur les mesures annoncées de transposition des directives européennes de février 2014 (cf. fiche n° 47).

I – Présentation générale des marchés publics des collectivités territoriales

Des principes communs régissent l'ensemble des marchés publics (1.1). Leur élaboration et leur mise en œuvre font intervenir différents acteurs internes de la collectivité (1.2).

La définition de la notion de marché public et la présentation des contrats exclus du champ d'application du code des marchés publics sont abordés dans la fiche n° 47.

1.1 - Les principes et notions de base

Les marchés publics respectent les principes :

- de liberté d'accès à la commande publique ;
- d'égalité de traitement des candidats ;
- de transparence des procédures.

Ces principes permettent d'assurer :

- l'efficacité de la commande publique ;
- la bonne utilisation des deniers publics.

Ils sont mis en œuvre non seulement par le respect des procédures de publicité et de mise en concurrence du code des marchés publics, mais aussi, y compris sous les seuils de procédure formalisée, par une expression des besoins, sincère et précise, un choix des modalités de publicité et des délais appropriés, une stricte application des interdictions de soumissionner, une information loyale de l'ensemble des candidats, une absence de discrimination fondée sur la nationalité des candidats, une négociation (lorsqu'elle est autorisée) transparente, etc. Ces principes irriguent donc l'intégralité des processus de marchés publics.

Un marché public sera toujours un marché :

- de travaux : réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil ;
- ou de fourniture : achat, prise en crédit-bail, location ou location-vente de produits ou matériels ;
- ou de services : réalisation de prestations de services.

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures.

Références : articles 1^{er}, 5 et 43 code des marchés publics.

1.2 - Les acteurs

La personne publique (appelée « pouvoir adjudicateur » dans les textes) est la personne morale de droit public qui passe le marché public. Plusieurs entités en son sein interviennent au long du processus d'achat : l'assemblée délibérante (1.2.1), la commission d'appel d'offres (1.2.2), l'autorité territoriale (1.2.3) et les services de l'administration (1.2.4).

a) L'assemblée délibérante

L'assemblée délibérante (conseil municipal, conseil communautaire, etc.) détient l'autorité supérieure en matière d'achat public : elle décide des crédits budgétaires nécessaires (cf. fiche n° 41), autorise le lancement des procédures, approuve les projets de contrats et autorise leur signature.

L'autorisation de signer les marchés donnée par l'assemblée délibérante peut se faire selon trois modalités :

- **autorisation a posteriori** : l'autorité territoriale lance la procédure, la conduit à son terme et propose à l'assemblée d'approuver le marché avec le candidat retenu et aux conditions et au prix résultant de la procédure de passation ; l'assemblée approuve (ou non) cette proposition et autorise (ou non) la signature du marché en question ;



Dans ce cas, l'assemblée doit se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir : l'objet précis de celui-ci, tel qu'il ressort des pièces constitutives du marché, son montant exact et l'identité de son attributaire.

- **autorisation a priori** : l'assemblée délibérante charge le maire de souscrire un marché déterminé avant l'engagement de la procédure de passation de ce marché par une délibération comportant obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché ;
- **délégation** (cf. fiche n° 9) : l'assemblée délibérante peut déléguer à l'autorité territoriale, pendant la durée de son mandat, la compétence pour prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget ; l'assemblée peut librement moduler le champ de cette délégation (par exemple, en en excluant certains type de marchés).

Références : articles L. 2122-21 (6°), L. 2122-21-1 et L. 2122-22 (4°) CGCT ; CE, 4 avril 1997, *Commune d'Orcéf*, n° 151275 ; CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, n° 254007.

b) La commission d'appel d'offres

La commission d'appel d'offres émane de l'assemblée délibérante. Elle est composée :

- **pour toutes les collectivités territoriales** : de l'autorité territoriale ou son représentant, président, et de cinq membres de l'assemblée (trois pour les communes de moins de 3 500 habitants) élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- **pour les établissements publics de coopération intercommunale** : du président de cet établissement ou son représentant, président, et d'un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé, élus, en son sein, par l'assemblée délibérante de l'établissement ; toutefois, si ce nombre ne peut être atteint, la commission est composée au minimum d'un président et de deux membres élus par l'assemblée délibérante de l'établissement.

La commission d'appel d'offres attribue les marchés à procédure formalisée et les marchés de services à procédure adaptée dont le montant est supérieur à 207.000 € (cf. ci-dessous 2.3).

Références : articles 22,30-II (3°), 59-II, 64-II, 66-VI, 67-VIII et 70-VIII code des marchés publics.

c) L'autorité territoriale

L'autorité territoriale prend toutes les décisions relatives à la préparation et à l'exécution des marchés publics. Elle exécute les délibérations de l'assemblée délibérante et peut en recevoir délégation en matière de passation et d'attribution. Elle préside la commission d'appel d'offres. Elle peut déléguer sa signature à certains autres élus ou à des agents de l'administration.

Références : articles L. 2122-21 (6°), L. 2122-21-1 et L. 2122-22 (4°) CGCT ; article 22 code des marchés publics.

d) Les services

Sous l'autorité de l'exécutif, les services de la personne publique préparent et exécutent les décisions des organes dirigeants. La commission d'appel d'offres peut faire appel au concours d'agents de la personne publique compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.

Référence : article 22 code des marchés publics.

II – Préparation des marchés publics des collectivités territoriales

La préparation est, à bien des égards, la phase-clé d'une procédure réussie. En effet, une bonne part des difficultés survenant lors des phases ultérieures trouvent leur origine dans une préparation déficiente. Cette préparation comprend la définition du besoin (2.1), les choix sur la forme du marché (2.2) et l'élaboration du marché (2.3). Se pose également alors la question de constituer ou de recourir à un groupement d'acheteurs publics (2.4).

2.1 - La définition du besoin

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant toute procédure en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le marché conclu ultérieurement aura pour objet exclusif de répondre à ces besoins. La définition des besoins s'appuie sur :

■ des objectifs préalables et hiérarchisés

Ils sont fixés par les personnes compétentes, déclinés en projets précis confiés aux services de la collectivité et assortis de plannings et de prévision de charges (humaines, financières, en moyens matériels et techniques, etc.) ;

■ une connaissance précise du secteur économique concerné

Les entreprises susceptibles de répondre au besoin, leur structure de coûts, les solutions techniques possibles, l'état économique du secteur, les réglementations et normes applicables, etc. ;

■ une prise en compte des capacités de la collectivité

Les compétences mobilisables en interne pour préparer, passer et exécuter le marché, les retours d'expérience de marchés similaires passés par la collectivité ou par d'autres, les crédits budgétaires prévus, etc.



La prise en compte du développement durable (dans sa triple dimension environnementale, sociale et économique) peut se faire notamment :

- par l'intégration dans les conditions d'exécution du marché (donc dans le cahier des charges) d'exigences en la matière (qui ne pourront avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels) ;
- par l'insertion dans les critères d'attribution (cf. ci-dessous 3.2.a) de critères fondés sur des éléments environnementaux.

Ces deux modalités (qui peuvent se cumuler) n'ont pas le même effet : la première impose à tous les candidats de proposer une réponse respectant les exigences du développement durable définies par la personne publique, la deuxième les informe que les performances des

différentes offres en la matière seront prises en compte dans l'évaluation comparée de la qualité de leurs réponses.

Si la personne publique a des difficultés pour établir précisément son besoin, elle peut recourir à l'une de ces solutions :

- intégrer cette incertitude dans ses choix procéduraux, en ayant recours à une forme de marché le lui permettant, comme les accords-cadres, les marchés à bons de commande ou le dialogue compétitif (cf. ci-dessous 2.2) ;
- recourir à un marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence pour les marchés de services, notamment certains marchés de services financiers ou d'assurances, et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;
- se grouper avec d'autres collectivités publiques ayant le même besoin (cf. ci-dessous 2.4) ;
- pour les cas les plus complexes, recourir à un marché préalable d'études pour l'assister dans la définition du besoin.

Références : articles 5, 14, 35-I (2°) et 53 code des marchés publics.

2.2 - Les choix sur la forme du marché

Si le code des marchés publics dicte en partie la procédure de passation applicable à un marché donné (notamment en fonction de l'estimation de son coût, cf. ci-dessous a), il revient à la personne publique de trancher de nombreux éléments de forme du marché laissés à son appréciation :

a) Le bon niveau d'estimation du montant du besoin

La personne publique détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du code des marchés publics. La personne publique ne peut pas se soustraire à l'application des règles du code des marchés publics en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés autres que celles prévues par le code.

Le montant estimé du besoin est déterminé dans les conditions suivantes, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est fait appel et quel que soit le nombre de marchés à passer :

- en ce qui concerne les travaux, 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 la personne publique met à disposition des opérateurs. Il y a opération de travaux lorsque la personne publique 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 ;
- en ce qui concerne les fournitures et les services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du code. Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année.

Références : articles 5 et 27 code des marchés publics.

b) La durée du marché

La durée d'un marché (et sa date prévisionnelle de mise en exécution) ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions (cf. ci-dessous 4.4), sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Certains marchés ont une durée maximale imposée (accords-cadres, marchés à bons de commande, marchés complémentaires passés en procédure négociée, marchés relatifs à des opérations de communication).

Référence : article 16 code des marchés publics.

c) La forme du prix du marché

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production.

En outre le prix d'un marché peut être :

- définitif et ferme (dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations) ; il pourra alors éventuellement être actualisable (l'actualisation est notamment obligatoire pour les marchés de travaux, ou pour les marchés de fournitures et services non courants, ou pour les marchés à tranches conditionnelles) ;
- définitif et révisable ; il peut alors être modifié pour tenir compte des variations économiques ; le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre ;
- provisoire à titre exceptionnel (notamment lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible) ou pour les marchés de maîtrise d'œuvre (cf. ci-dessous V).

Références : articles 17 à 19 code des marchés publics.

d) Le fractionnement du marché

Un marché peut être fractionné selon diverses modalités :

■ l'allotissement

Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, la personne publique doit passer chaque marché en lots séparés. Le nombre et la nature des lots sont choisis en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. La personne publique peut décider, afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat, dès lors que ce nombre est indiqué dans les documents de la consultation.

Pour l'estimation du montant prévisionnel du marché (cf. ci-dessus a), est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots. La personne publique peut 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, dès lors, en cas de dépassement des seuils des procédures formalisées, que toutes les procédures choisies sont formalisées. Cependant, il est possible de recourir à une procédure adaptée pour les lots d'un faible montant.

La personne publique peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, si elle estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans ce cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse, l'exécution des prestations ou encore qu'elle n'est pas en mesure d'assurer par elle-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;

■ le marché à tranches conditionnelles

Il comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Il 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 de la personne publique, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, 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.

■ le marché à bons de commande

Lorsque la personne publique justifie que le montant et le rythme des besoins à satisfaire ne peuvent être déterminés à l'avance, elle peut passer un marché à bons de commande, conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques, et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. Lorsqu'un marché à bons de commande est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres. Dans ce marché, la personne publique a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou prévoir que le marché est conclu sans minimum ni maximum (si l'incertitude quant aux besoins le justifie). L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché. La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans ;

■ l'accord-cadre

C'est un contrat conclu entre une personne publique et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Références : articles 1^{er}-I, 10, 27-III, 72, 76 et 77 code des marchés publics ; CE 10 mai 2006, *Société Schiocchet*, n° 288435 ; CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656.

2.3 - L'élaboration du marché

Avant d'entrer dans la rédaction proprement dites des pièces de son marché (d), la personne publique doit au préalable déterminer la procédure applicable (a), éventuellement choisir entre plusieurs possibles (et trancher quelques questions procédurales préalables (c).

a) Procédure adaptée ou formalisée ?

Les procédures de marché public étant énumérées au code des marchés publics, il importe de savoir laquelle correspond au besoin concerné. Ces procédures se répartissent en deux grandes catégories :

- les procédures adaptées, largement déterminées par chaque personne publique ;
- les procédures formalisées, plus strictement encadrées.

Les procédures adaptées sont possibles :

- pour les marchés de fournitures et de services inférieurs à 207 000 € HT ;
- pour les marchés de travaux inférieurs à 5 186 000 € HT ;
- pour certains marchés de services (services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelles, services récréatifs, culturels et sportifs, services sociaux et sanitaires, services juridiques, etc.), quel qu'en soit le montant (lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services dispensées des procédures formalisées et des prestations de services qui y sont soumises, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé) ;
- pour certains lots de faible montant.



Pour comparer le montant du besoin estimé aux seuils de procédure :

- on tient compte du montant total du besoin, en y incluant toutes les reconductions, tous les lots, le montant maximum des bons de commande, et toutes les tranches ;
- on additionne tous les marchés correspondant au niveau pertinent de besoin, quel que soit leur nombre (cf. ci-dessus 2.2.a). Par exemple, si le besoin en fournitures de bureau correspond à un besoin homogène pour la personne publique, elle devra estimer la valeur de ce besoin pour une année (ou plus si elle le souhaite), puis comparer ce montant estimé au seuil. Elle n'est pas tenue ensuite de lancer une seule procédure d'achat pour ce besoin, dès lors que chaque procédure respecte les règles applicables au besoin dans sa globalité.

Les procédures formalisées sont obligatoires pour les besoins égaux ou supérieurs aux seuils mentionnés ci-dessus (sauf si la procédure adaptée est autorisée pour une catégorie précise quel qu'en soit le montant). La personne publique peut toujours appliquer volontairement une procédure formalisée, mais, si elle s'y réfère expressément, elle est tenue de l'appliquer dans son intégralité.

Références : articles 26-II et III, 27-III, 28-I et 30 code des marchés publics.

b) Présentation des procédures

■ La procédure adaptée

Les modalités de la procédure adaptée sont librement fixées par la personne publique 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.

Lorsque leur montant est égal ou supérieur à 207 000 € HT, ces marchés doivent obligatoirement, pour leur passation, fixer préalablement des spécifications techniques et faire l'objet d'un avis d'attribution.

La personne publique peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.

Pour la détermination de ces modalités, la personne publique peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. Quel que soit son choix, la personne publique ne peut exiger des opérateurs économiques plus de

renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées.

Tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 15 000 € HT est précédé d'une publicité.

La personne publique peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les mêmes situations que celles prévues pour les procédures formalisées ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.

La personne publique peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'elle fait usage de cette faculté, elle veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

Lorsque leur montant est égal ou supérieur à 207 000 euros HT, les marchés à procédure adaptée sont attribués par la commission d'appel d'offres.

Références : article 19-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; articles 28 et 40 code des marchés publics.

■ Appel d'offres

L'appel d'offres est la procédure la plus courante, celle par laquelle la personne publique choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. Il peut être ouvert ou restreint (cf. ci-dessous c).

Références : articles 26-I et 33 code des marchés publics.

■ Procédure négociée

La procédure négociée est une procédure dans laquelle la personne publique négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Elle n'est possible que dans certains cas. Selon son cas d'ouverture, elle pourra être faite après publicité préalable et mise en concurrence, ou sans publicité préalable ni mise en concurrence (cf. ci-dessous 3.1).

Références : articles 26-I, 34 et 35 code des marchés publics.

■ Procédure de dialogue compétitif

La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle la personne publique conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- la personne publique n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- la personne publique n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Références : articles 26-I et 36 code des marchés publics.

■ Procédure de conception-réalisation

Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet à la personne publique de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Une collectivité territoriale ou un établissement public local ne peut recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Références : article 18-I de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ; articles 26-I et 37 code des marchés publics.

■ Procédure de concours

Le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer un marché à l'un des lauréats du concours.

Le concours peut être ouvert ou restreint (cf. ci-dessous c).

Les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues par le règlement du concours.

Références : articles 26-I et 38 code des marchés publics.

■ Système d'acquisition dynamique

Un système d'acquisition dynamique est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures et services courants, par lequel la personne publique attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative.

Références : articles 26-I et 78 code des marchés publics.

c) Les choix procéduraux

■ Procédure ouverte ou restreinte ?

Pour distinguer entre procédure ouverte et restreinte, il est nécessaire au préalable de définir les notions de candidature et d'offre.

La candidature d'un opérateur comprend les renseignements ou documents permettant d'évaluer son expérience, ses capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que les documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à l'engager et la déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner aux marchés publics, et, éventuellement, la copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire.

L'offre d'un opérateur constitue sa réponse au besoin exprimé par la personne publique, présentée dans les procédures formalisées sous la forme d'un acte d'engagement, et pouvant prendre une forme plus simple (devis) dans les procédures adaptées.

Une procédure est dite « ouverte » lorsque tout opérateur économique peut remettre simultanément sa candidature et son offre.

Une procédure est dite « restreinte » lorsque seuls les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection de leur candidature peuvent remettre des offres.



Le choix entre les formes ouverte ou restreinte est possible pour les procédures adaptées, l'appel d'offres et les procédures négociées. Ce choix est libre, mais il est irréversible et doit être porté à la connaissance des opérateurs dans les documents de la consultation.

La procédure ouverte est plus courte et peut amener la personne publique à devoir examiner un grand nombre d'offres. La procédure restreinte permet de pallier ce risque, mais au prix d'une procédure plus longue (pour le déroulement de ces procédures, cf. ci-dessous 3.2.).

Références : articles 11 et 33 code des marchés publics.

■ Les variantes et les prestations supplémentaires éventuelles (« options »)

Lorsque la personne publique se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, elle peut autoriser, dans les documents de consultation, les candidats à présenter des variantes. 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. À défaut d'indication dans les documents de consultation :

- dans les marchés à procédure formalisée, les variantes ne sont pas admises ;
- dans les marchés à procédure adaptée, les variantes sont admises.

La variante se distingue de la prestation supplémentaire éventuelle (anciennement appelée « option »), que la personne publique peut demander aux candidats de proposer dans leur offre, se réservant ou non le droit de les commander. S'il n'impose pas aux candidats de répondre à cette prestation, il ne peut se fonder sur elle pour classer les offres. Dans tous les cas, la décision de commander ou non la prestation supplémentaire est prise avant la signature du marché.

Référence : article 50 code des marchés publics ; CE, 15 juin 2007, *Ministre de la défense c/Société Electronic Data Systems*, n° 299391.

d) La rédaction des documents de la consultation et des pièces du marché

■ Les documents de la consultation

Ils sont rédigés unilatéralement par la personne publique, précisent les conditions et le déroulement de la consultation et de la mise en concurrence : délais de réponse des candidats, pièces à fournir, critères de sélection des offres, etc. Une fois la consultation terminée et le marché notifié, ils n'ont plus de rôle à jouer.

Les marchés et accords-cadres passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation qui est un des documents de la consultation. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

Référence : article 42 code des marchés publics.

■ Les pièces du marché

Elle forment le contrat lui-même, et sont composées de la description par la personne publique de son besoin et de la réponse de son cocontractant à ce besoin.

Les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 15 000 € HT sont passés sous forme écrite. Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives.

L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique.

Les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement certaines mentions (identification des parties contractantes, définition de l'objet du marché, énumération et ordre de priorité des pièces du marché, prix, durée d'exécution, conditions de règlement, conditions de résiliation, etc.).

Les cahiers des charges des marchés passés selon une procédure formalisée déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux sont :

- les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés ; il en existe cinq :
 - le CCAG Travaux,
 - le CCAG Fournitures courantes et services (FCS),
 - le CCAG Prestations intellectuelles (PI),
 - le CCAG Techniques de l'information et de la communication (TIC),
 - le CCAG Marchés industriels (MI) ;
- les cahiers des clauses techniques générales (CCTG) qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

La référence à ces documents n'est pas obligatoire.

Les documents particuliers sont :

- les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ;
- les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP) qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché.

Si la personne publique décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.



Lorsque l'urgence impérieuse (résultant de circonstances imprévisibles pour la personne publique et n'étant pas de son fait) rend possible la passation d'un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, et qu'elle est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché concerné, la passation de ce marché est confirmée par un échange de lettres.

Références : articles 11 à 13 et 35-II (1°) code des marchés publics.

2.4 - Les groupements d'acheteurs publics et les centrales d'achat

Les acheteurs publics ont la libre faculté de pouvoir se grouper entre eux pour passer ensemble des marchés. Ces groupements présentent deux types d'avantages :

- mutualiser les coûts de passation (par exemple en bénéficiant de l'expertise acquise par l'un de ces acheteurs dans un domaine de haute technicité) ;
- obtenir des prix plus intéressants, par l'effet de masse obtenu.

Outre la coordination interne à chaque personne publique entre ses propres services, les groupements d'acheteurs publics peuvent prendre la forme soit du groupement de commandes (a), soit de la centrale d'achat (b).

a) Les groupements de commandes

Des groupements de commandes peuvent comprendre notamment des collectivités territoriales, des établissements publics locaux, des services de l'État, des établissements publics de l'État non industriels et commerciaux, voire une ou plusieurs personnes morales de droit privé, ou un ou plusieurs établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, groupements d'intérêt public, groupements de coopération sociale ou médico-sociale ou groupements de coopération sanitaire, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par le code des marchés publics.

Une convention constitutive définissant les modalités de fonctionnement du groupement est signée par ses membres. Elle désigne un coordonnateur parmi les membres du groupement, ayant la qualité de pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics (ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics). Ce coordonnateur est chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le code des marchés publics, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants. Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés.

Référence : article 8 code des marchés publics.

b) Les centrales d'achat

Une centrale d'achat (par exemple l'Union des groupements d'achats publics, UGAP) est un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics (ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics) qui :

- acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ;
- ou passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

La personne publique qui recourt à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou pour l'acquisition de fournitures ou de services est considérée comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour autant que la centrale d'achat est soumise, pour la totalité de ses achats, aux dispositions du code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée.

Références : articles 9 et 31 code des marchés publics ; article 1^{er} du décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 modifié relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP).

III – Passation des marchés publics des collectivités territoriales

La passation d'un marché public consiste en trois étapes successives : la publicité (3.1), le recueil des candidatures et des offres et l'attribution du marché (3.2) et l'achèvement de la procédure (3.3).

3.1 - La publicité

Tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 15 000 € HT est précédé d'une publicité, dans les conditions définies par le code des marchés publics, à l'exception des procédures pouvant être passées sans publicité préalable et sans mise en concurrence (marchés passés pour faire face à une urgence impérieuse, marchés de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche ou d'expérimentation, marchés passés après une procédure infructueuse, marchés complémentaires, marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, etc.).

Le support de la publicité et son contenu sont choisis librement par la personne publique pour les procédures de faible montant (entre 15 000 et 90 000 € HT par exemple pour les marchés de services « ordinaires » et de fournitures), en fonction des caractéristiques du marché. Plus le montant augmente, plus les supports (site internet, journal d'annonces légales, journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné, Bulletin officiel d'annonces des marchés publics, Journal officiel de l'Union européenne) et contenus de la publicité sont précis et exigeants.

Les délais entre l'envoi à la parution de la publicité et la date limite de réception des candidatures et des offres sont également de plus en plus longs selon le montant et le degré de formalisme requis (au maximum 52 jours pour un appel d'offres ouvert, et 77 jours pour un appel d'offres restreint, en cumulant les délais de transmission des candidatures, puis des offres).



Les délais de publication sont toujours des délais *minima*, que l'acheteur a la faculté d'augmenter. Comme tous les délais mentionnés dans le code, il s'agit de délais calendaires incluant les jours chômés et fériés. Le délai de réception des plis est un délai non franc : il expire le dernier jour du délai.

Toute personne ainsi informée par la publicité peut demander à recevoir gratuitement communication des pièces du marché (la personne publique peut cependant décider que ces documents sont remis contre paiement des frais de reprographie). Pour les achats d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les documents de la consultation sont publiés sur un profil d'acheteur (site Internet).

Références : articles 40, 41, 57-II et 62-II code des marchés publics ; § 10.2.2 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

3.2 - Le recueil des candidatures et des offres et l'attribution du marché

Sur la différence entre candidature et offre, et entre procédures ouvertes et fermées, cf. ci-dessus 2.3.c.

a) Dans les procédures ouvertes

Chaque candidat remet simultanément sa candidature et son offre. La personne publique examine d'abord l'ensemble des candidatures et élimine éventuellement celles qui sont incomplètes (après avoir, le cas échéant, mis l'ensemble des candidats en mesure de compléter leur dossier), ou celles pour lesquelles le candidat n'a pas le droit de soumissionner. Puis elle examine les candidatures restantes au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières requis, et écarte celles qui ne la satisfont pas.

Toutes les candidatures restantes sont admises, et la personne publique passe alors à l'étape suivante, celle de l'examen des offres. Les offres inappropriées (offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin de la personne publique et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre), irrégulières (offre qui, tout en apportant une réponse au besoin, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation) ou inacceptables (offre dont les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas à la personne publique de la financer) sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.

Pour classer les offres, la personne publique se fonde :

- soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ;
- soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours, et lorsque plusieurs critères sont prévus, la personne publique précise leur pondération. Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié. La personne publique qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance. Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

b) Dans les procédures restreintes

Les candidatures, transmises seules, sont examinées selon les mêmes modalités que pour la procédure ouverte. Puis, avant de passer à l'examen des offres, la personne publique procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans les documents de la consultation.

Après avoir informé les candidats non retenus, la personne publique transmet aux candidats retenus les éléments nécessaires pour leur permettre d'élaborer et de déposer une offre. L'examen des offres suit alors le même processus que dans la procédure ouverte.



Une expérimentation en cours (menée en 2014 par le secrétariat général pour la modernisation de l'action publique), « Marché Public Simplifié » vise à faciliter le processus de candidature pour les entreprises, qui n'ont qu'à valider le n° de SIRET ; un formulaire pré-rempli grâce à l'interconnexion des bases de données administratives (INSEE, direction générale des finances publiques, greffes des tribunaux de commerce, etc.) lui est alors transmis, qu'elle n'a plus qu'à compléter par quelques informations (effectifs, pourcentage de chiffre d'affaires en rapport avec le marché, ...).

Références : articles 35-I (1°) et II (3°), 43, 44, 45-I, 48, 52, 53, et 57 à 66 code des marchés publics.

3.3 - L'achèvement de la procédure

a) Information des candidats évincés

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée (autre que la procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence), la personne publique, dès qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre, aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. Un délai, précisé dans cette notification (11 ou 16 jours minimum selon les cas), est respecté entre la date d'envoi de cette notification et la date de conclusion du marché.

Lorsque la personne publique décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, elle informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision.

Référence : article 80 code des marchés publics.

b) Rédaction d'un rapport de présentation

Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, la personne publique établit un rapport de présentation de la procédure de passation comportant notamment l'objet et la valeur du marché, le nom des candidats retenus et le motif de ce choix, le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature, et le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue.

Référence : article 89 code des marchés publics.

c) Transmission au contrôle de légalité

Pour les marchés supérieurs à 207.000 € HT, la personne publique transmet au représentant de l'État des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle (cf. fiche n° 8) :

- copie des pièces constitutives du marché, à l'exception des plans ;
- délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché ;
- copie de l'avis d'appel public à la concurrence ainsi que, s'il y a lieu, de la lettre de consultation ;
- règlement de la consultation, lorsque l'établissement d'un tel document est obligatoire ;
- procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres, de la commission de la procédure de dialogue compétitif et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation ;
- renseignements, attestations et déclarations fournis à l'appui des candidatures.

Références : articles L. 2131-2, R. 2131-5 et D. 2131-5-1 CGCT ; article 82 code des marchés publics.

d) Notification du marché au candidat retenu

Les marchés supérieurs à 15 000 € HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en un envoi d'une copie du marché signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire. Le marché prend effet à cette date.

Référence : article 81 code des marchés publics.

e) Publication d'un avis d'attribution

Pour les marchés donnant lieu à l'une des procédures formalisées et pour les marchés de services pour lesquels la procédure adaptée est possible quel que soit leur montant (cf. ci-dessus 2.3.a) d'un montant égal ou supérieur à 207 000 € HT, la personne publique envoie pour publication, dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché, un avis d'attribution. L'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence.

Références : article 85 code des marchés publics.

IV – Exécution des marchés publics des collectivités territoriales

Au titre de l'exécution des marchés publics seront successivement examinés le régime des paiements (4.1), la sous-traitance (4.2), les avenants et décisions de poursuivre (4.3), la reconduction (4.4) et la résiliation (4.5).

4.1 - Paiements, avances et acomptes



Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées dans un délai fixé par le contrat, qui ne peut excéder 30 jours. Les marchés donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde.

Références : articles 37 à 44 loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens ; articles 86, 96 et 98 code des marchés publics ; décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

a) Avances : une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois (elle est facultative dans les autres cas). Le titulaire peut en refuser le versement. Son montant minimal est fixé à 5 % du montant initial TTC du marché (pour les marchés de plus d'un an, l'avance minimale est de 5 % du montant pour un an *pro rata temporis*). L'avance ne peut excéder 30 % (ou 60 % si le titulaire constitue une garantie à première demande). Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché, et ne peuvent être modifiés par avenant (cf. ci-dessous 4.3).

Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde. Il doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant du marché.

Références : articles 86 à 90 code des marchés publics.

b) Acomptes : les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise, une société coopérative ouvrière de production, un groupement de producteurs agricoles, un artisan, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés de travaux. Pour les marchés de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire.

Référence : article 91 code des marchés publics.

c) Règlement partiel définitif. Constitue un règlement partiel définitif un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde. Les marchés de travaux ne donnent pas lieu à des règlements partiels définitifs. Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements non susceptibles d'être remis en cause.

Référence : article 92 code des marchés publics.

4.2 - Sous-traitance

Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel (marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins de l'acheteur public) peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la personne publique l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.



La sous-traitance ne peut être totale.

Le choix de sous-traiter peut être opéré par l'opérateur économique au moment de sa candidature ou en cours d'exécution du marché.

Il n'y a pas de relation contractuelle entre la personne publique et le sous-traitant. Seul le titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle : il est responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par les sous-traitants.

Le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct, si les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites et que le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC. Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite. Le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement au titulaire du marché ainsi qu'à la personne publique. Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours pour donner son accord ou notifier son refus au sous-traitant ainsi qu'à la personne publique. Cette dernière procède au paiement du sous-traitant, dans le même délai que pour le titulaire (cf. ci-dessus 4.1). Ce délai court à compter de la réception de l'accord du titulaire ou de l'expiration du délai de quinze jours précédemment mentionné, si le titulaire n'a notifié aucun accord ou refus à la personne publique.

Références : articles 7 et 15 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ; articles 112 à 117 code des marchés publics.

4.3 - Avenants et décisions de poursuivre

a) L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses. Il ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet (ni modifier le taux et les conditions de versement de l'avance, cf. ci-dessus 4.1), sauf en cas de sujétions techniques imprévues (obstacles constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles) ne résultant pas du fait des parties.

Tout projet d'avenant à un marché entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsqu'il concerne des marchés qui y ont eux-mêmes été soumis. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.

Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires (cf. ci-dessus 2.2.c), à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par la personne publique.

b) La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui a pour objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe. Comme l'avenant, elle ne doit pas bouleverser l'économie du marché, ni en affecter l'objet (sauf sujétions techniques imprévues). Il n'est donc pas possible de recourir à la décision de poursuivre pour introduire des prestations différentes de celles du marché ou de nouveaux prix. Elle ne peut donc être utilisée que pour modifier la quantité des prestations prévues au contrat initial. À la différence de l'avenant, acte contractuel, la décision de poursuivre est signée par la seule personne publique. Les conditions dans lesquelles l'acheteur peut utiliser la décision de poursuivre doivent être prévues dans le marché. Elle permet d'engager les travaux imprévus nécessaires à la réalisation de l'ouvrage dans des délais courts, sur la base des prix initialement prévus au marché.

Références : article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, relative aux marchés publics et délégations de service public ; articles 20 et 118 code des marchés publics.

4.4 - Reconduction

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions (cf. ci-dessus 2.2.b) à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

Référence : article 16 code des marchés publics.

4.5 - Résiliation

La résiliation consiste à mettre fin au contrat avant son terme prévu, soit par accord entre les parties (résiliation conventionnelle), soit à l'initiative de la seule personne publique (résiliation unilatérale).

La résiliation unilatérale peut être motivée par des fautes du cocontractant, ou, en l'absence de faute, pour un motif d'intérêt général. Dans ce dernier cas, elle ouvre droit à indemnisation du titulaire du marché, et l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le cocontractant, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé. Rien ne s'oppose en revanche à ce que ces stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration, voire écartent tout droit à indemnisation.

En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation sur le montant de l'indemnité, la personne publique verse au titulaire, qui en fait la demande, le montant qu'il a proposé.

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel. Si le solde est créditeur au profit du titulaire, la personne publique lui verse 80 % de ce montant. S'il est créditeur au profit de la personne publique, le titulaire lui reverse 80 % de ce montant.



Le titulaire du marché peut former devant le juge administratif un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. Ce recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il a été informé de la mesure de résiliation.

Références : articles 95 et 100 code des marchés publics ; CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers* (dit « *Béziers II* », n° 304806 ; CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280 ; CE, 19 décembre 2012, *Société AB Trans*, n° 350341.

V – Les opérations de réalisation d'ouvrages des collectivités territoriales

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Les marchés auxquels les collectivités territoriales et leurs établissements publics ont recours pour réaliser ces travaux font intervenir plusieurs opérateurs, dans un ensemble de contrats pouvant atteindre une grande complexité, qu'il importe donc de présenter brièvement (5.1), avant d'exposer les principales spécificités des plus importants de ces contrats, les marchés publics de maîtrise d'œuvre (5.2).

Référence : article 1^{er}-III code des marchés publics.

5.1 - Présentation des acteurs des opérations de réalisation d'ouvrages et de leurs rôles

Les trois principaux acteurs d'une opération de réalisation d'ouvrage sont le maître de l'ouvrage (a), le maître d'œuvre (b) et l'entrepreneur (c), mais d'autres opérateurs peuvent intervenir (d).

a) Le maître de l'ouvrage

Lorsqu'elle souhaite faire effectuer des travaux dans l'objectif de réaliser un ouvrage (un bâtiment, une infrastructure, un équipement, etc.), la personne publique assume le rôle de maître de l'ouvrage, ou de maîtrise d'ouvrage (MOA).

Le maître de l'ouvrage est la personne morale 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.

Référence : article 2-I de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

b) Le maître d'œuvre

Le maître d'œuvre a pour mission d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître de l'ouvrage. C'est un professionnel qualifié (obligatoirement un architecte pour les travaux soumis à une autorisation de construire). Sa mission, fixée par son contrat (le marché de maîtrise d'œuvre, cf. ci-dessous 5.2), peut être plus ou moins étendue. Pour les ouvrages de bâtiment, elle doit inclure une « mission de base » qui 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.



Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur (sauf exceptions, cf. ci-dessous 5.2.b).

Références : article 3 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture ; article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ; décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

c) L'entrepreneur

L'entrepreneur est lié au maître de l'ouvrage par un marché public de travaux. Sa mission consiste à exécuter l'ouvrage ou les travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le maître de l'ouvrage, assisté du maître d'œuvre.

Références : article 1^{er}-III code des marchés publics ; articles 9 et 15 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

d) Les autres intervenants

■ Le programmiste

C'est un prestataire auquel le maître de l'ouvrage confie la mission de réaliser les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle.

Référence : article 2-I de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

■ **Le mandataire du maître de l'ouvrage** (parfois improprement désigné comme « déléataire de maîtrise d'ouvrage »).

C'est un prestataire auquel le maître de l'ouvrage confie par mandat (donc par marché public) l'exercice, en son nom et pour son compte, d'une partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage dans la limite et à l'exception notamment du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés. 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. Ce mandat 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.

Références : articles 3 et 4 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

■ **Le conducteur d'opération**

C'est un prestataire auquel le maître de l'ouvrage peut recourir pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. La mission de conduite d'opération est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les mêmes ouvrages.

Référence : article 6 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

■ **Le contrôleur technique**

Il a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages. Il intervient à la demande du maître de l'ouvrage et donne son avis à ce dernier sur les problèmes d'ordre technique, dans le cadre du contrat qui le lie à celui-ci. Cet avis porte notamment sur les problèmes qui concernent la solidité de l'ouvrage et la sécurité des personnes. L'activité de contrôle technique, soumise à agrément, est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. Le contrôle technique peut être rendu obligatoire pour certaines constructions.

Références : articles L. 111-23 à L. 111-26 et R. 111-29 à R. 111-42 code de la construction et de l'habitation.

■ **Le coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé**

Il est désigné par le maître de l'ouvrage pour tout chantier de bâtiment ou de génie civil où sont appelés à intervenir plusieurs travailleurs indépendants ou entreprises, entreprises sous-traitantes incluses, afin de prévenir les risques résultant de leurs interventions simultanées ou successives et de prévoir, lorsqu'elle s'impose, l'utilisation des moyens communs tels que les infrastructures, les moyens logistiques et les protections collectives.

Références : articles L. 4532-2 à L. 4532-7 et R. 4532-4 à R. 4532-41 du code du travail.

■ **Autres intervenants possibles**

Bureaux d'études techniques, économistes de la construction, etc.

5.2 - Les spécificités des marchés publics de maîtrise d'œuvre

Les procédures de passation des marchés de maîtrise d'œuvre ont quelques spécificités par rapport aux procédures ordinaires (a). En outre, dans certains cas, le maître de l'ouvrage pourra recourir à des procédures « globales », associant des missions de maîtrise d'œuvre et des

missions de construction (b). Enfin, d'autres contrats peuvent avoir pour résultat la construction d'ouvrages (c).

a) Les procédures de marchés de maîtrise d'œuvre

Le marché de maîtrise d'œuvre désigne le marché public de services passé par un maître d'ouvrage public (ou son mandataire, cf. ci-dessus 5.1.d) avec un maître d'œuvre, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager.

Les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant égal ou supérieur à 207 000 € HT sont passés selon la procédure du concours restreint (cf. ci-dessus 2.3.). Ils peuvent être passés selon la procédure adaptée lorsque leur montant est inférieur à ces mêmes seuils.

Pour certains marchés de maîtrise d'œuvre (réutilisation ou réhabilitation d'ouvrages existants, ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation, absence de mission de conception, ouvrages d'infrastructures), la personne publique n'est pas tenue de recourir au concours restreint de maîtrise d'œuvre. Elle peut alors choisir :

- soit une procédure négociée (si ses conditions d'ouverture sont remplies) ;
- soit une procédure d'appel d'offres ;
- soit, pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager, une procédure de dialogue compétitif (si ses conditions d'ouverture sont remplies).

Dans les deux premiers cas, l'intervention d'un jury est obligatoire ; elle est facultative dans le troisième.

Références : articles 70 et 74 code des marchés publics.

b) Les procédures « globales »

En principe, la mission du maître d'œuvre est rigoureusement distincte de celle de l'entrepreneur (cf. ci-dessus 5.1.). Cependant, dans certains cas, il sera possible au maître de l'ouvrage de confier une mission « globale », regroupant la conception et la réalisation d'un ouvrage, à un seul cocontractant (ou à un même groupement de cocontractants) par un seul contrat.

■ Le marché de conception-réalisation

C'est un marché de travaux qui permet à la personne publique de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. Le recours à cette procédure, quel qu'en soit le montant, n'est possible que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique (liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage) rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Références : article 18 loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ; articles 37 et 69 code des marchés publics.

■ Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance

Ce sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ils comportent des engagements de performance mesurables. Lorsqu'il comprend la réalisation de travaux de réalisation d'un ouvrage, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique identiques à ceux justifiant le recours au marché de conception-réalisation.

Référence : article 73-II code des marchés publics.

c) Les autres contrats

Des contrats, relevant ou non de la commande publique, mais où la personne publique n'assure pas la maîtrise d'ouvrage, peuvent avoir pour objet ou pour effet la réalisation d'ouvrages qui pourront, à plus ou moins long terme, intégrer le patrimoine de la personne publique : délégations de service public, concessions de travaux publics, contrats de partenariat, concessions d'aménagement, conventions d'occupation du domaine public (cf. fiches 46 et 47).