



## La notion de marché public

Le Code des marchés publics de 2006 distingue, en les intégrant dans son champ d'application :

- **Les marchés publics à proprement parler**, qui sont les contrats **conclus à titre onéreux** entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques, privés ou publics, pour répondre à leur besoin en matière de **travaux**, de **fournitures** ou de **services** ;
- **Les accords-cadres** qui sont les contrats conclus entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques privés ou publics, 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.

### 1.1. Les marchés publics

Selon l'article 1 du Code des marchés publics (CMP), un marché public est un contrat, conclu à titre onéreux, passé avec des personnes publiques ou privées, pour répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures de services et de travaux. Il ne s'agit donc pas de subventions, de délégations de service public ou de contrats de partenariat public/privé.

Cette définition amène plusieurs observations.

#### 1.1.1. Le caractère contractuel

Un marché public ne peut donc résulter d'un acte unilatéral. Ce caractère contractuel implique l'accord de volonté entre deux contractants dotés de la personnalité juridique.

#### 1.1.2. Le caractère onéreux

Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur. Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent. Néanmoins, en l'absence d'un tel versement, le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché.

Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter les panneaux publicitaires installés sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires afférentes, ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage. En revanche, les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent jamais être qualifiées de marchés publics.

#### 1.1.3. Les marchés publics de travaux, fournitures et services

La directive européenne n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 distingue ainsi deux types de marchés publics.

##### 1.1.3.1. Les marchés publics de travaux

Les marchés publics de travaux sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou la réalisation d'un **ouvrage**, par quelque moyen que ce soit, dès lors qu'il répond aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. 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. Ces contrats doivent donc porter sur des biens immobiliers (par nature ou par destination).



## Les dispositions générales

### 5. LES DOCUMENTS CONSTITUTIFS DU MARCHÉ

Le nouveau Code des marchés publics a abaissé de façon très importante le seuil à partir duquel un marché (ou un accord-cadre) doit être finalisé, constaté obligatoirement par un écrit.

**Art. 11 du CMP** – *Les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 4 000 € HT sont passés sous forme écrite.*

Le texte précise en outre que, 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.

Il rappelle enfin que 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 le pouvoir adjudicateur.

La lecture de l'article 11 s'articule cependant avec celle de l'article 12. Deux types d'écrits coexistent en marché public. On distingue :

- Le marché écrit très formalisé, lorsque le marché est supérieur au seuil des marchés à publicité adaptée (MAPA) ;
- Le marché écrit, mais ne comportant pas d'obligations ni de mentions particulières, en deçà du seuil des MAPA.

Pour les MAPA, l'article 11 sera donc respecté (nécessité d'un contrat écrit) dès lors qu'il aura été établi :

- Une lettre de commande, signée par les deux parties ;
- Un devis signé par les deux parties ;
- Un marché simplifié sans CCAP ou CCTP ;
- Un marché formalisé avec un acte d'engagement, un CCAP.

Si les MAPA supérieurs à 4 000 € sont soumis à l'obligation de l'écrit, cet écrit n'est pas encadré par le CMP. Les pouvoirs adjudicateurs sont extrêmement libres dans la rédaction de leurs contrats conclus aux termes d'une procédure adaptée.

En revanche, dès que le seuil des MAPA est dépassé, le marché public écrit doit obligatoirement comprendre un acte d'engagement, dans lequel l'entreprise présente son offre et, par renvoi, adhère aux clauses du cahier des charges (CCAP, CCTP, CCAG, etc.).

L'article 11 oblige à l'énumération des pièces constitutives du marché dans l'acte d'engagement. Or, la pratique veut le plus souvent que cette énumération se trouve dans le CCAP, ce qui ne répond pas au vœu du texte. Il est recommandé d'énumérer ces pièces dans l'acte d'engagement.



## La passation des marchés publics

### **2.1. Les règles générales de passation**

#### **2.1.1. La publicité**

##### **2.1.1.1. Principes généraux**

La publicité est un principe fondamental de la commande publique. La publicité a une double utilité :

- Le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés ;
- Elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence.

On doit considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes, au regard de l'exigence de transparence, si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et ont abouti à une diversité d'offres suffisante pour garantir une vraie mise en concurrence.

Il appartient donc à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité les plus pertinentes au regard de l'objet et du montant du marché en cause. Toutefois, il est précisé que la publicité ne signifie pas systématiquement publication, notamment pour les plus petits marchés.

En la matière, le Code laisse une grande marge de manœuvre aux acheteurs ; c'est à ce stade que leur professionnalisme et leur responsabilisation prennent tout leur sens.

L'insuffisance d'un avis de publicité, le non-respect d'une procédure de publicité telle que fixée par le CMP entraînerait inmanquablement l'annulation du marché, pour violation des principes fondamentaux que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures de passation.

##### **2.1.1.2. L'incidence des seuils**

Tout marché public, par application de l'article 40-1 du CMP doit faire l'objet d'une publicité dès lors qu'il excède le seuil de 4 000 €. À ce principe, seule une exception peut être relevée : celle relative aux marchés négociés (cf. art. 35, analysé page 47) pouvant être passés sans publicité préalable.

La publicité prévue aux articles 39 et 40 du CMP varie en fonction du montant des marchés.

Il convient de distinguer trois seuils de publicité.

###### **2.1.1.2.1. Les marchés inférieurs à 4 000 € HT**

En dessous du seuil de 4 000 € HT, les marchés peuvent être passés sans publicité. En effet, s'agissant d'achats d'un très faible montant, une publicité peut devenir un élément d'alourdissement et de dépense inutile.

###### **2.1.1.2.2. Les marchés entre 4 000 € et 90 000 €**

**Art. 40 II du CMP** – *Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 4 000 € HT et 90 000 € HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 4 000 € HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.*



## La conclusion du marché

L'acheteur public doit, une fois son choix effectué parmi les candidatures reçues, et ce dans le strict respect des règles précédemment évoquées à propos de chacun des modes de passation de marchés, procéder à un certain nombre de formalités conséquentes.

Ces formalités, telles qu'édictées par le CMP, peuvent se regrouper génériquement en trois catégories :

- Les formalités de publicité (§ 1.1, page 145 et § 1.5, page 150) ;
- La signature du marché (§ 1.2, page 146 et § 1.3, page 148) ;
- Les formalités de contrôle (§ 1.4, page 149).

### **1.1. L'information des candidats non retenus**

Cette information est prévue à l'article 80 du CMP. Ainsi, pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet.

Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre.

L'acheteur public est dispensé de cette formalité dans les cas d'urgence qui ne lui permettent pas de respecter ce délai de dix jours. Il est alors réduit dans des proportions adaptées à la situation.

Ce délai n'est en revanche pas exigé non plus :

- Dans les situations d'urgence impérieuse justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul soumissionnaire ;
- Dans le cas des appels d'offres, des marchés négociés ou des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre qui répond aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

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

Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;
- Serait contraire à l'intérêt public ;
- Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.



## Le contrat de partenariat public/privé

### 4.1.2. Définition et objet du contrat de partenariat

#### 4.1.2.1. Définition

L'ordonnance du 17 juin 2004<sup>(41)</sup> distingue les contrats de partenariats intéressant l'État et ses établissements publics de ceux intéressant les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Leur définition est unique :

**Art. 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004** – I.- *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public.*

*Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.*

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

*Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.*

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

#### 4.1.2.2. Objet

Les débats et la doctrine ont signalé l'intérêt de ces contrats en ce qu'ils permettaient de faire financer par le secteur privé des équipements ou des services publics.

L'ordonnance n'est pas prolixe quant à la désignation du cocontractant de l'administration, qu'elle désigne seulement par « tiers ».

On peut aisément imaginer cependant que les établissements financiers et les établissements bancaires ne puissent être totalement étrangers à telle ou telle opération projetée puisque c'est à eux qu'en revient le plus souvent la faisabilité économique.

41. Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.