

*Que
sais-je?*

LES MARCHÉS PUBLICS EN FRANCE

**JEAN DUPOUX
ET BERNARD GROSGEORGE**



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

QUE SAIS-JE ?

*Les marchés publics
en France*

JEAN DUPOUX

BERNARD GROSGEORGE

puf

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES UTILISÉS

AFNOR	Association française de Normalisation.
APASP	Association pour le Perfectionnement des Approvisionnements dans les Services publics.
art.	article.
<i>BOAMP</i>	<i>Bulletin officiel des Annonces des Marchés publics.</i>
BTP	Bâtiment et Travaux publics.
CCAG	Cahier des Clauses administratives générales.
CCM	Commission Centrale des Marchés.
CE	Conseil d'Etat.
CEE	Communauté Economique Européenne.
CMP	Code des Marchés publics.
CPC	Cahier des Prescriptions communes.
CPS	Cahier des Prescriptions spéciales.
CSM	Commissions spécialisées des Marchés.
EP	Entreprises publiques.
GICEPR	Groupe interministériel de Coordination des Enquêtes de Prix de Revient.
GPEM	Groupe permanent d'Etudes des Marchés.
<i>J.O.</i>	<i>Journal officiel.</i>
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement économique.
ord.	ordonnance.
SGCCM	Secrétariat général de la Commission centrale des Marchés.
UGAP	Union des Groupements d'Achats publics.

Dépôt légal. — 1^{re} édition : 1^{er} trimestre 1977

© 1977, Presses Universitaires de France

Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous pays

INTRODUCTION

Depuis la fin du ^{xix}^e siècle, l'Etat a pris une importance toute particulière dans la vie économique de la nation. En France, l'augmentation des dépenses des administrations publiques revêt un caractère nouveau à partir de 1945 du fait d'une transformation fondamentale des structures économiques. La nationalisation de secteurs clés, l'aménagement du territoire et l'orientation de l'économie dans le cadre d'une planification indicative sont le reflet d'une participation active de la puissance publique au fonctionnement du marché.

Parmi les dépenses susceptibles d'orienter au mieux son intervention, l'Etat a pu disposer d'un moyen d'action privilégié : les investissements publics. Si leur affectation relève d'une grande diversité : construction de routes, d'hôpitaux, achat de mobilier scolaire, équipement téléphonique..., la nature juridique de ces dépenses se trouve caractérisée par le marché public.

Pour résoudre les difficultés soulevées par l'action de la collectivité publique en tant qu'acheteuse de biens produits par le secteur privé, il fallait définir un cadre législatif suffisamment souple pour s'adapter à l'économie de marché. Certes, le marché public n'est pas un phénomène récent car déjà au ^{xvii}^e siècle la royauté engageait par des procédures spécifiques sa responsabilité dans des travaux d'intérêt

national. Mais le cadre réglementaire qui allait définir le marché public date du XIX^e siècle. Dans son élaboration, l'aspect institutionnel du contrat allait être renforcé, sauvegardant la primauté de l'intérêt public sur l'intérêt privé. Parallèlement, son originalité s'accroissait au fur et à mesure de l'extension de l'économie libérale et des modifications successives que l'Etat faisait subir à sa politique d'achat. Ainsi, après plus d'un siècle d'effort de codification, le marché public apparaît aujourd'hui comme un contrat hybride échappant parfois aux règles du droit administratif traditionnel sans toutefois se soumettre aux principes du droit commercial.

L'objectif de cet ouvrage est de présenter tout d'abord le marché public dans ses aspects juridiques et de préciser l'organisation et l'activité des instances administratives qui le définissent, suivent son évolution et exercent leur contrôle. Par ailleurs, les caractères financiers du contrat seront décrits dans leur fonctionnement et le rôle économique de l'intervention de l'Etat par les marchés publics sera examiné à partir des résultats recensés et en tant qu'élément influent d'une politique industrielle nationale.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

CHAPITRE PREMIER

LES SOURCES

L'article 1 du Code des Marchés publics définit les marchés publics comme des « contrats passés dans les conditions prévues au présent Code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services ».

Le contrat « marché public » a ainsi comme caractéristiques :

- d'être passé par des collectivités publiques ;
- d'avoir comme but la réalisation de trois types de prestations : travaux, fournitures et services ;
- d'être régi par un Code spécial.

Synthétiquement, le marché public peut être considéré, selon Romeuf, comme un « contrat par lequel une personne privée (particulier ou société, entrepreneur industriel ou commerçant) s'engage envers une personne publique (Etat, département, commune ou établissement public) à réaliser, pour le compte et sous la surveillance de celle-ci, un ouvrage public ou à lui fournir des objets ou un service utile au fonctionnement d'un service public moyennant

un prix déterminé sur les bases prévues au contrat ».

Actuellement, les marchés publics sont des contrats en forme administrative et la réglementation est devenue de plus en plus contraignante et élaborée. A plusieurs reprises, le juge a considéré que la référence à un cahier des charges de l'administration suffisait à attribuer au contrat un caractère administratif ; toutefois cette jurisprudence a été parfois nuancée par la notion d'« effet utile » d'une telle référence. Une tendance récente du juge semblait privilégier le critère formel et conduire à la conclusion que tous les marchés en forme sont automatiquement des contrats de droit public pour lesquels ne se pose plus la question du choix d'un mode de gestion public ou privé. Néanmoins, le Conseil d'Etat a parfois estimé ces dernières années que la référence à un cahier des charges n'était plus suffisante pour imposer à un contrat le caractère administratif (Conseil d'Etat 10-11-1972 Société des grands travaux alpins et Tribunal des conflits 10-5-1971 Société des laboratoires Derveaux).

Ces problèmes ne se posent que pour les marchés de fournitures et de transports ; en effet, les marchés de travaux publics sont administratifs par détermination de la loi (1).

Ainsi, on peut considérer en général un marché public comme un marché de collectivité publique soumis à l'application de la réglementation des marchés publics et plus particulièrement du Code des Marchés ; il est néanmoins possible que dans certains cas la référence à ces documents coexiste avec la nature de gestion privée du contrat et avec la compétence judiciaire et il est toujours vrai que, même en cas de compétence administrative, actuel-

(1) Loi du 28 pluviôse an VIII.

lement en expansion, il peut être appliqué à titre complémentaire ou subsidiaire, des dispositions d'ordre privé découlant du Code civil (1).

I. — Les dispositions législatives et réglementaires

Ces dispositions figurent dans un document spécial, le Code des Marchés publics, institué par le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, complété par les décrets n° 66-887 du 28 novembre 1966 créant un livre 3 et n° 66-888 consacrant un livre 4.

Cette codification a un double objectif :

- éviter que les acheteurs publics méconnaissent les principes fondamentaux touchant à l'égalité des citoyens, à la liberté de commercer et au droit des contrats ; ainsi en est-il dans le domaine de la passation des marchés où il est indispensable d'assurer la concurrence et l'égalité des chances de toutes les entreprises, la protection de la main-d'œuvre et la surveillance des conditions de travail ;
- observer les principes de bonne gestion et notamment celles qui proviennent des règles de la comptabilité publique, en particulier, par exemple, des dispositions sur le contrôle et sur les modalités de règlement des marchés.

Le Code se compose de quatre livres :

- le livre 1 (art. 1 à 39) traite des dispositions générales applicables aux marchés publics, c'est-à-dire essentiellement de l'organisation administrative des marchés (Com-

(1) Notamment articles 1102, 1108, 1117, 1710 et 1787 à 1789.

mission centrale des Marchés, Groupes permanents d'Etudes des Marchés, coordination économique et recensement des marchés).

- le livre 2 (art. 39 à 249) est consacré aux marchés de l'Etat ; des rubriques successives concernent la passation, les garanties exigées des titulaires de marchés, le règlement et le financement (avances, acomptes), le contrôle et le règlement des litiges.

Ces deux premiers livres font l'objet d'une instruction unique d'application du Code de décembre 1972.

- le livre 3 (art. 249 à 362) est réservé aux marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics. On peut noter que le champ d'application est plus vaste que pour l'Etat puisqu'il comporte tous les établissements publics des collectivités locales.

La structure de ce livre est calquée sur la précédente.

- le livre 4 (art. 362 à 377) a trait à la coordination des commandes sur le plan local et à la procédure de consultation collective.

II. — Les dispositions contractuelles

Les marchés demeurent actuellement régis par un ensemble de documents contractuels. Du plus général au plus particulier, on trouvait les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), les cahiers des prescriptions communes (CPC) et les cahiers des prescriptions spéciales (CPS). Une nouvelle terminologie est maintenant en vigueur. Elle distingue les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), les cahiers des clauses techniques générales (CCTG), les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP), et les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP). Cette réforme a entraîné un éclatement des CPS et surtout des CPC existants.

1. Documents généraux : les cahiers des clauses administratives générales (CCAG). — Les cahiers des

clauses administratives générales fixent les dispositions administratives applicables à tous les marchés d'une certaine catégorie définie matériellement.

Il y a actuellement trois cahiers des clauses administratives générales : les cahiers des clauses administratives générales travaux, fournitures courantes et marchés industriels ; un quatrième est en élaboration en ce qui concerne les prestations intellectuelles qui ne pouvaient être entièrement traitées par le document sur les marchés industriels.

Les cahiers des clauses administratives générales sont soumis aux règles suivantes définies par le Code :

- ils sont établis par la Section administrative de la Commission centrale des Marchés ;
- ils sont définis comme des documents fixant « les dispositions administratives applicables à tous les marchés de travaux ou à tous les marchés de services, ou encore à tous les marchés passés par le département ministériel ou le service intéressé » ;
- ils doivent obligatoirement contenir certaines dispositions sur les conditions de travail (conditions d'embauchage, paiement, respect des conventions collectives, obligations de l'entrepreneur vis-à-vis de l'administration).

La refonte de ces documents a pour but non seulement de les rendre plus adaptés à la réalité mais aussi d'en exclure les dispositions d'ordre réglementaire ne devant figurer que dans le Code des Marchés qui doit être, quant à lui, allégé de toutes les références d'ordre contractuel qui peuvent s'y trouver.

a) Le nouveau cahier des clauses administratives générales travaux, entrant en vigueur en 1976 (1), a été inspiré par un souci d'harmonisation et d'unification des textes exis-

(1) Décret 76-87 du 21 janvier 1976.

tants ; il groupe en un seul document des dispositions qui se trouvaient dans les anciens cahiers des clauses administratives générales élaborés par chaque ministère, ainsi que dans le fascicule 1 du cahier des prescriptions communes applicable aux marchés de travaux publics et dans les fascicules 0 1 et 0 2 du cahier des prescriptions communes applicables aux marchés du bâtiment. Les réformes les plus importantes concernent les mesures prises pour lutter contre les dépassements de devis (1) et pour accélérer le règlement des marchés (2) ; il n'y aura plus également désormais qu'une seule réception des travaux assortie toutefois d'un délai de garantie.

b) Les travaux sont très avancés dans le domaine de la refonte du cahier des clauses administratives générales fournitures courantes. Les grandes orientations suivies visent à harmoniser le texte avec celui du cahier des clauses administratives générales travaux (plan suivi notamment), à le simplifier et à le compléter. La simplification vise essentiellement à exclure du texte de nombreuses dispositions inutiles se rapportant notamment aux conditions de travail (dispositions réglementaires) ou à des contrôles trop minutieux pour être raisonnablement applicables à des fournitures réellement courantes (surveillance en usine) (3).

c) Le cahier des clauses administratives générales marchés industriels sera prochainement remis en chantier mais seulement après l'achèvement des travaux sur le cahier des clauses administratives générales fournitures courantes et sur le cahier des clauses administratives générales prestations intellectuelles. Ce dernier cahier des clauses administratives générales doit remplir un vide car les trois documents administratifs généraux ne peuvent être appliqués que partiellement aux marchés comprenant une partie importante de « matière grise ». Ce texte mettra l'accent sur les obligations, de résultats plutôt que de moyens, faites aux titulaires, sur la nécessité impé-

(1) Obligation pour l'entrepreneur d'interrompre les travaux quand la masse de travaux initialement prévue est atteinte dans l'attente d'un ordre de service soumis au contrôle institué en matière de dépenses de l'Etat.

(2) Droit pour l'entrepreneur d'interrompre les travaux en cas de retard de mandatement de trois acomptes mensuels successifs. Si l'ordre de poursuivre les travaux est donné par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur doit obéir mais les intérêts qui lui sont dus sont majorés de 50 % et il a la possibilité de réclamer des indemnités compensatoires. S'il n'y a pas d'ordre du maître d'ouvrage, la reprise des travaux doit intervenir après mandatement des deux premiers acomptes en retard.

(3) Ces contrôles deviendraient au moins facultatifs.

rieuse pour l'Etat de suivre de près l'exécution du marché, et aussi sur l'importance des dispositions relatives à la propriété intellectuelle et industrielle.

Ainsi, le corps des textes contractuels généraux est en profonde mutation pour le rendre en même temps plus conforme au Droit, plus adapté aux réalités et surtout plus opérationnel et plus utile pour les praticiens et mieux interprétable par la doctrine, par la jurisprudence et par l'administration elle-même.

2. Documents spéciaux.

A) *Les cahiers des prescriptions communes* (CPC). — Le Code donne certaines indications sur la nature et les caractéristiques des cahiers des prescriptions communes :

- ils sont établis par la Section technique de la Commission centrale des Marchés par le truchement des groupes permanents d'étude des marchés qui lui sont rattachés ;
- les groupes permanents d'étude des marchés ont la faculté de présenter à la Section technique de la Commission centrale des Marchés toute proposition tendant à la rationalisation des dispositions techniques des cahiers des prescriptions communes ;
- ils sont définis comme « fixant essentiellement les dispositions techniques applicables à tous les marchés portant sur une même nature de travaux, de fournitures ou de services, ou encore à tous les marchés passés par le département ministériel ou le service intéressé » ;
- ils peuvent contenir des dispositions particulières sans toutefois déroger aux cahiers des clauses administratives générales, notamment en ce qui concerne les modalités de révision de prix et d'attribution, de calcul et de versement d'avances et d'acomptes ainsi que du règlement du prix du marché ;
- ils sont rendus obligatoires par décret.

Il faut surtout noter que les cahiers des prescriptions communes ne doivent pas déroger aux cahiers des clauses administratives générales en ce qui concerne les dispositions communes autres que techniques, mais seulement préciser et compléter, en tenant compte de la nature particulière des

travaux, fournitures et services, les clauses d'ordre général contenues dans les cahiers des clauses administratives générales.

B) *Les cahiers des prescriptions spéciales* (CPS). — Le Code fournit les renseignements suivants à leur sujet :

- ils font partie des documents envoyés le cas échéant par les services acheteurs au ministère des Finances dans le cadre des échanges d'information entre services acheteurs ;
- ils doivent normalement comporter une référence aux normes touchant directement les prestations faisant l'objet du marché ; en cas de dérogation, il est fait mention de la décision l'autorisant (1) ;
- ils sont définis comme fixant les clauses propres à chaque marché et caractérisés comme « comportant obligatoirement l'indication des articles des cahiers des clauses administratives générales et des cahiers des prescriptions communes auxquels il est éventuellement dérogé ».

On doit signaler qu'il existe, au plan pratique, un cadre type de cahiers de prescriptions spéciales pour les travaux de bâtiment et également deux modèles de cahiers de prescriptions spéciales simplifiés applicables aux marchés de fournitures courantes et aux marchés de nettoyage figurant au recueil de formulaires normalisés établis pour les marchés de l'Etat.

Le cahier des prescriptions spéciales, distinct de l'acte d'engagement, constitue à proprement parler l'environnement immédiat du marché.

Les efforts actuellement en cours ont pour objet une rationalisation du cadre normatif des marchés publics avec délimitation d'une vraie hiérarchie entre documents et l'exclusion des doubles emplois, notamment entre les domaines réglementaire et contractuel.

III. — La jurisprudence

Le droit des marchés publics résulte avant tout de textes mais il faut mentionner en outre le pouvoir interprétatif du juge.

(1) Circulaire du 15-1-1971 sur les spécifications techniques.

La jurisprudence sur les marchés publics présente deux caractéristiques :

- elle est presque exclusivement une jurisprudence administrative : l'évolution des critères de compétence renforce cette tendance ;
- elle est partagée au fond entre des principes de droit administratif et de droit civil ; fréquemment le juge administratif utilise le droit privé comme, par exemple, les articles 1792 et 2270 du Code civil pour la responsabilité décennale en matière d'ouvrages publics.

Le juge administratif peut être saisi à plusieurs titres :

- comme juge du contrat ou sur la base d'une action contre des dispositions réglementaires (1) ;
- comme juge du plein contentieux ou comme juge de l'excès de pouvoir (2) ;
- comme juge de l'action ou juge de l'exception (3).

Il existe ainsi un corps de doctrine du juge administratif qui, au fil des arrêts, continue à dégager des évolutions sur un grand nombre de sujets intéressant les marchés publics et prolonge l'interprétation des documents réglementaires et contractuels.

IV. — Les textes d'intérêt général

Les documents réglementaires et contractuels sont complétés par un certain nombre de textes de nature diverse qui concourent à compléter le droit des marchés publics.

(1) CE, 4-8-1905 Martin.

(2) CE, Lafage 8-3-1912.

(3) Tribunal des conflits 16-6-1923 Septfonds et 5-7-1951 Avranches et Desmarests.

On peut relever dans un ordre d'importance décroissante :

1. **Les instructions d'application.** — Elles complètent étroitement le dispositif du Code lui-même pour en dissiper les obscurités. Il s'agit notamment de l'instruction du 29 décembre 1972 appliquée aux livres 1 et 2 du Code.

Les travaux sont terminés en ce qui concerne l'application du livre 3 (collectivités locales).

Ces instructions d'application suivent de très près l'articulation du Code. Elles ont pour but d'en faciliter l'application en indiquant « l'objet et la portée des dispositions du Code », en en précisant l'interprétation et en affinant les modalités d'application. L'instruction d'application, instrument d'élection des acheteurs et des fournisseurs, a la même nature juridique que les circulaires ; elle peut servir comme élément d'interprétation de certains textes.

2. **Les circulaires (ministérielles et interministérielles).** — Elles sont très nombreuses dans le domaine des marchés publics et couvrent tous les aspects principaux du problème.

Ces textes sont essentiels pour le comportement des acheteurs et, dans la mesure où ils précisent des dispositions du Code ou des cahiers des clauses administratives générales, ils font partie de l'ensemble des éléments que doit connaître le juge dans certaines affaires.

3. **Les guides d'application.** — Ce sont des guides des acheteurs ou des fournisseurs (1).

Actuellement est en cours l'élaboration d'un guide de l'entretien des bâtiments et est envisagée la confection d'un guide pour les fournitures courantes qui concernent généralement les acheteurs les plus modestes et souvent les moins informés.

Ces documents peuvent également permettre dans certains cas d'affiner l'interprétation de quelques dispositions.

4. **Documents divers.** — Ce sont essentiellement différents types de *notes* internes à l'administration, des *réponses* aux questions des parlementaires, des *lettres* envoyées à des fournisseurs par l'administration ou encore divers *rapports* de personnalités ou de groupes d'études sur des sujets intéressant partiellement ou totalement les marchés publics.

Ces documents ne sont naturellement pris en considération qu'en cas de difficultés particulières, dans la mesure où ils contribuent à dissiper des obscurités tenaces.

(1) Par exemple, guide des fournisseurs des administrations civiles de l'Etat ou guide pour les maîtres d'ouvrage.

CHAPITRE II

LE MARCHÉ

Le marché constitue l'expression de l'accord contractuel entre les parties. Il est l'élément central du droit des marchés publics. Les marchés sont définis dans l'article 39 du Code comme des « contrats écrits dont les cahiers des charges sont des éléments constitutifs ». L'instruction d'application, en notant le caractère d'acte synallagmatique du contrat constate que les cahiers des charges deviennent contractuels du fait de la référence qui y est faite et forment avec les dispositions contenues dans l'acte d'engagement l'ensemble du contrat.

Mais il n'y a marché qu'au-dessus d'un certain seuil. Au-dessous, le règlement peut avoir lieu sur simple mémoire ou facture ; cette situation existe dans les cas suivants :

- pour les travaux ou services dont la valeur présumée n'excède pas 100 000 F ;
- pour les fournitures livrables à brève échéance lorsque les besoins annuels prévisibles du service ne justifient pas l'achat d'une quantité dont la valeur excède 100 000 F ;
- pour les denrées alimentaires achetées par les services en gestion directe des administrations militaires, jusqu'à concurrence pour chaque service, de 100 000 F par denrée et par an.

Des dispositions analogues s'appliquent aux collectivités locales avec un seuil de 100 000 F pour les départements et de 60 000 F ou de 100 000 F pour les communes, selon que la population est inférieure ou supérieure à 20 000 habitants.

Dans tous ces cas prévus par le Code, l'accord des parties n'est soumis à aucune formalité réglementaire et, en dehors des achats directs, effectués sur place, il est le plus souvent réalisé par un échange de lettres.

Il faut distinguer la notion de marché de celle de convention. Cette dernière se réfère exclusivement à un accord visant à fixer les modalités de détermination des prix d'une catégorie de prestations.

I. — Les parties contractantes

1. Les collectivités contractantes. — Ce sont :

- l'Etat ;
- les collectivités locales et leurs établissements publics ;
- les entreprises publiques et les établissements publics soumis au Code des Marchés publics.

Il en est ainsi pour la plus grande part des établissements publics administratifs par des dispositions de leur statut et pour les établissements publics scientifiques et culturels du fait du texte constitutif (1). Certains cas nécessitent une analyse plus subtile comme les marchés des villes nouvelles quoique la plupart d'entre eux semblent devoir respecter les clauses du Code des Marchés publics (2).

(1) Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

(2) Le Code des Marchés publics ne s'applique directement qu'aux établissements publics relevant des collectivités locales (cf. libellé du titre du livre 3). Mais la plupart des entreprises publiques (établissements publics industriels et commerciaux comme sociétés d'économie mixte) sont soumises aux principales dispositions du Code ou du moins à leur esprit et leurs marchés sont contrôlés par des commissions de contrôle.