

droit

Le mémento des **marchés** *publics* **de travaux**

**Intervenants,
passation & exécution**

Patricia Grelier Wyckoff

Cinquième édition
mise à jour du Code et
de la jurisprudence
**À jour du décret
du 25 août 2011**

EYROLLES

Patricia Grelier Wyckoff

Mémento des marchés publics de travaux

Cinquième édition 2012

EYROLLES



ÉDITIONS EYROLLES
61, bd Saint-Germain
75240 Paris Cedex 05
www.editions-eyrolles.com

Également aux éditions Eyrolles (extrait du catalogue)

Bernard BADAUT & Jean-Pierre GOUSSET, *Mémento pratique de l'offre de prix dans le bâtiment* (à paraître en 2012)

Guillaume BLANC-JOUVAN, *Mémento du droit de l'architecte* (à paraître en 2012)

Bertrand COUETTE, *Mémento du CCAG Travaux*, 128 p.

– *Guide pratique de la loi MOP*, 2^e éd., 560 p.

Agnès CURAT, *Mémento des concours d'architecture dans les collectivités territoriales* (sous presse)

Patricia GRELIER WYCKOFF, *Mémento des marchés privés de travaux*, 3^e éd., 320 p.

– *Pratique du droit de la construction. Marchés publics et privés*, 6^e éd., 640 p.

Patrick GERARD, *Pratique du droit de l'urbanisme. Urbanisme réglementaire, individuel et opérationnel*, 296 p.

Marc MORO, Marcel CHOURAQUI et Mireille DEDIEU, *Guide pratique de la gestion des bâtiments.*

De la comptabilité au benchmarking, 152 p.

Bernard de POLIGNAC, Jean-Pierre MONCEAU et Xavier de CUSSAC, *Expertise immobilière. Guide pratique*, 5^e éd., 524 p.

Bernard QUIGNARD, *Ascenseur et sécurité. Guide pratique*, 2^e éd., 208 p.

Nadia SAHMI & Pierre FABRE, *Construire pour tous : accessibilité en architecture (coédition ministère de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement)*, 256 p.

Aldo SEVINO, *Mémento du référé précontractuel*, 160 p.

... et des dizaines d'autres livres de BTP, de génie civil, de construction et d'architecture sur
www.editions-eyrolles.com

En application de la loi du 11 mars 1957, il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage, sur quelque support que ce soit, sans autorisation de l'Éditeur ou du Centre Français d'Exploitation du Droit de Copie, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris.

© Éditions Eyrolles, 2002, 2007, 2012

ISBN : 978-2-212-13245-8

TABLE DES MATIÈRES

1. Maîtres d'ouvrage 1

1.1. La maîtrise d'ouvrage 1

- 1.1.1. Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage : *1. Les maîtres d'ouvrage publics soumis au Code des marchés publics* 2 – *2. Les maîtres d'ouvrage réglementés* 4 – *3. Les maîtres d'ouvrage privés* 6
- 1.1.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage : *1. Les fonctions des maîtres d'ouvrage publics et des maîtres d'ouvrage réglementés (soumis à la loi MOP)* 6 – *2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage privés non réglementés (non soumis à la loi MOP)* 7
- 1.1.3. Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA) 8

1.2. La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD) 10

- 1.2.1. La mission du maître d'ouvrage délégué (mandataire) 10
- 1.2.2. Les personnes pouvant être maîtres d'ouvrage délégués (mandataires) 12
- 1.2.3. Les conditions d'exercice du mandat 12
- 1.2.4. Les conséquences juridiques du mandat MOP 13
- 1.2.5. Les conventions de mandat peuvent être passées en procédure adaptée (Mapa) quel que soit leur montant 14
- 1.2.6. Les marchés passés par les maîtres d'ouvrage délégués (mandataires) sont soumis aux règles applicables aux maîtres d'ouvrage 14

1.3. Conducteur d'opération et AMO en marchés publics ou réglementés 15

- 1.3.1. Le conducteur d'opération : *1. Une mission d'assistance générale* 15 – *2. Les personnes pouvant être conducteurs d'opération* 16
- 1.3.2. L'AMO (assistant à maîtrise d'ouvrage) 16

1.3.3.	Comment distinguer l'AMO du conducteur d'opération ?.....	16
1.3.4.	Articulation avec les autres intervenants	17
1.3.5.	Choisir son conducteur d'opération ou son AMO : Mapa ou procédure adaptée	18
1.3.6.	Conduite d'opération ou mandat ?.....	18

2. La maîtrise d'œuvre

19

2.1. Généralités 19

2.1.1.	La fonction de maîtrise d'œuvre	19
2.1.2.	L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle	19
2.1.3.	Le dispositif réglementaire	20
2.1.4.	Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP.....	21
2.1.5.	Les ouvrages concernés par la loi MOP	21
2.1.6.	Les contrats concernés par la loi MOP	21

2.2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre (loi MOP)..... 22

2.2.1.	Phase de conception : 1. <i>Les études d'esquisse (ESQ)</i> 22 – 2. <i>Les études de diagnostic (DIA)</i> 22 – 3. <i>Les études préliminaires (EP)</i> 22 – 4. <i>Les études d'avant-projet (AVP)</i> 22 – 5. <i>Les études de projet (PRO)</i> 23 – 6. <i>L'assistance au maître d'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux (ACT)</i> 23	
2.2.2.	Phase de réalisation : 1. <i>Les études d'exécution (EXE)</i> 23 – 2. <i>La direction de l'exécution des contrats de travaux (DET)</i> 24 – 3. <i>Ordonnancement, pilotage et coordination (OPC)</i> 25 – 4. <i>Assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement (AOR)</i> 25 – 5. <i>Missions complémentaires</i> 25	

2.3. La mission de base (loi MOP) 25

2.4. Le contrat de maîtrise d'œuvre (loi MOP) 26

2.4.1.	Généralités	26
2.4.2.	Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre	27
2.4.3.	L'engagement de la maîtrise d'œuvre.....	27

2.5. Le contrat passé avec un maître d'œuvre public (non soumis à la loi MOP) 28

2.6. La responsabilité du maître d'œuvre 28

2.6.1.	La conception : les fautes de conception.....	28
2.6.2.	Le conseil : le défaut de conseil	29
2.6.3.	Le contrôle et la surveillance : le défaut de surveillance	30
2.6.4.	L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur	31
2.6.5.	La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur	32
2.6.6.	Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale	34

2.7. La passation d'un marché public de maîtrise d'œuvre (CMP) 35

2.7.1.	Définition des contrats de maîtrise d'œuvre dans le CMP.....	35
2.7.2.	Schéma général des procédures de passation.....	35
2.7.3.	La procédure adaptée : 1. Définition 36 – 2. Quand utiliser la procédure adaptée ? 36 – 3. Contenu de la procédure adaptée 36	
2.7.4.	Le concours de maîtrise d'œuvre : 1. Définition 37 – 2. Quand utiliser un concours de maîtrise d'œuvre ? 37	
2.7.5.	La procédure négociée spécifique : 1. Définition 37 – 2. Quand utiliser une procédure négociée spécifique ? 38	
2.7.6.	L'appel d'offres : 1. Définition 38 – 2. L'appel d'offres n'est pas approprié pour les marchés de maîtrise d'œuvre avec conception 38	
2.7.7.	Règles de procédure depuis décembre 2008 et le décret du 25 août 2011 : 1. Absence d'obligation de pondérer les critères d'évaluation des projets 39 – 2. Commission d'appel d'offres et composition du jury 39	
2.7.8.	Le dialogue compétitif	40
2.7.9.	En résumé.....	40

3. Le coordonnateur sécurité et protection de la santé 43

3.1. Généralités 43

3.1.1.	Espace clos et indépendant.....	43
3.1.2.	Risques de coactivité.....	44
3.1.3.	Le dispositif légal et réglementaire : 1. La loi 44 – 2. Les décrets 45 – 3. Les arrêtés 45 – 4. Le Code du travail 45	

- 3.1.4. Les trois niveaux d'opération : 1. *Les opérations de catégorie III* 45 – 2. *Les opérations de catégorie II* 46 – 3. *Les opérations de catégorie I* 46
- 3.1.5. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil 47

3.2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de SPS..... 47

- 3.2.1. Le coordonnateur SPS : 1. *Le cadre d'intervention du coordonnateur SPS* 48 – 2. *Contenu de la mission du coordonnateur* 48 – 3. *Les pouvoirs du coordonnateur* 49
- 3.2.2. Les obligations du maître d'ouvrage : 1. *Les obligations de faire* 49 – 2. *Les obligations de « faire faire »* 51
- 3.2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants : 1. *Élaborer le PPSPS lorsqu'il est requis* 51 – 2. *Respecter les mesures générales de prévention applicables à la profession du bâtiment* 52 – 3. *Informers les sous-traitants sur les obligations liées à la coordination SPS* 52

3.3. Les documents 53

- 3.3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC) : 1. *Quand établir un PGC ?* 53 – 2. *La forme du PGC* 53 – 3. *Le contenu du PGC* 53
- 3.3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé : 1. *Chantiers de catégorie I ou II : différentes rubriques du PPSPS* 54 – 2. *Chantiers de catégorie III : cas particulier du PPSPS « simplifié » pour les travaux présentant des risques particuliers* 54
- 3.3.3. Le registre journal 55
- 3.3.4. Le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) : 1. *Le contenu du DIUO* 55 – 2. *La diffusion du DIUO* 56

3.4. Le collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail 56

4. La dévolution des marchés : les entrepreneurs 57

4.1. Les marchés en lots séparés : l'allotissement.. 57

4.2. Le marché unique et les contrats globaux..... 59

- 4.2.1. Généralités 59
- 4.2.2. Les dérogations de l'article 10..... 59
- 4.2.3. Les contrats globaux sur performance 61

4.3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance..... 62

- 4.3.1. Généralités : 1. Définition d'un GME 62 – 2. Avantages des GME 62 – 3. La cotraitance est différente de la sous-traitance 63
- 4.3.2. Les deux formes de groupement : conjoint ou solidaire : 1. Caractéristiques communes aux deux groupements 63 – 2. Le groupement conjoint 63 – 3. Le groupement solidaire 64 – 4. Un groupement ne peut pas être conjoint et solidaire 65 – 5. Les deux types de groupement peuvent être combinés 66
- 4.3.3. Le fonctionnement des GME : 1. Le mandataire 66 – 2. Les cotraitants 68 – 3. La convention de groupement 69 – 4. Les précautions à prendre pour constituer et faire fonctionner un GME 70 – 5. Les assurances 70 – 6. La défaillance 72 – 7. Les qualifications d'entreprises dans un groupement : une solidarité purement financière 72 – 8. Respect des règles de concurrence en marchés publics soumis au CMP 73

4.4. La sous-traitance 74

- 4.4.1. Généralités : 1. Définition de la sous-traitance 74 – 2. Acceptation des sous-traitants et agrément de leurs conditions de paiement par le maître d'ouvrage 75 – 3. Il n'est pas nécessaire d'intervenir sur le chantier pour être sous-traitant 76 – 4. La sous-traitance de pose est néanmoins possible 77 – 5. La sous-traitance en chaîne (ou sous-traitance indirecte) 77 – 6. Sanctions en cas de sous-traitance irrégulière (ou occulte) 77
- 4.4.2. La sous-traitance dans les marchés publics : 1. Les maîtres d'ouvrage concernés 78 – 2. Interdiction de sous-traitance totale 78 – 3. Obligation d'indiquer dans l'offre la sous-traitance envisagée 78
- 4.4.3. Le paiement direct du sous-traitant de rang un (sous-traitant direct) : 1. La mise en place du paiement direct des sous-traitants de rang un 79 – 2. Les modalités du paiement direct par le maître d'ouvrage public 81
- 4.4.4. La garantie de paiement due aux sous-traitants de rang supérieur à un (sous-traitant indirect) : une caution ou une délégation de paiement : 1. La caution de sous-traitance 84 – 2. La délégation de paiement 85
- 4.4.5. La responsabilité du maître d'ouvrage public vis-à-vis du sous-traitant impayé : l'action indemnitaire..... 85
- 4.4.6. Requalifications par le juge du contrat de sous-traitance..... 87
- 4.4.7. Responsabilité décennale du sous-traitant..... 89

5. L'effet attractif de la notion de travaux publics 91

5.1. Notion de travaux publics	91
5.1.1. La notion de travaux publics résultant de la loi	91
5.1.2. La notion de travaux publics résultant de la jurisprudence : <i>1. Un critère obligatoire</i> 91 – <i>2. Deux critères alternatifs</i> 92	
5.2. Régime juridique des travaux publics	92
5.2.1. L'effet attractif de la notion de travaux publics : <i>1. Dans le domaine contractuel</i> 93 – <i>2. Dans le domaine extra-contractuel (responsabilité délictuelle)</i> 94	
5.2.2. Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable	95

6. La passation des marchés 97

6.1. Généralités.....	97
6.1.1. L'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006 et de ses modifications : <i>1. Les marchés notifiés avant le 1er septembre 2006</i> 97 – <i>2. Les marchés pour lesquels une consultation est engagée depuis le 1er septembre 2006</i> 97	
6.1.2. Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres : <i>1. Les marchés simples</i> 100 – <i>2. Les marchés à bons de commande</i> 100 – <i>3. Les marchés à tranches conditionnelles</i> 101 – <i>4. es accords-cadres</i> 102	
6.1.3. Le prix : <i>1. Marché à prix forfaitaire ou marché à prix unitaire</i> 102 – <i>2. Marché actualisable et/ou révisable (article 18 du Code des marchés publics)</i> 103	
6.1.4. Les pièces constitutives des marchés publics : <i>1. L'acte d'engagement</i> 105 – <i>2. Les autres pièces constitutives des marchés</i> 105 – <i>3. Le marché indique l'ordre de priorité des pièces contractuelles</i> 106	
6.2. Le respect des principes.....	106
6.2.1. Le principe d'égalité des candidats.....	106
6.2.2. La liberté d'accès à la commande publique.....	107
6.2.3. Le principe de transparence	107
6.2.4. Les sanctions encourues pour le non-respect de ces principes .	109

6.3. La publicité 109

- 6.3.1. En dessous du seuil de 4 000 € HT : publicité non obligatoire..... 109
- 6.3.2. Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée..... 110
- 6.3.3. Entre le seuil de 90 000 € HT et celui de 4 845 000 € : une publicité formalisée HT..... 111
- 6.3.4. Au-dessus du seuil communautaire de 4 845 000 € : une publicité européenne HT 112
- 6.3.5. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27 du CMP)..... 112

6.4. La sélection des candidats 113

- 6.4.1. Interdictions de soumissionner (art. 43 du CMP) 113
- 6.4.2. Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures) (art. 44 et 45 du CMP) 114
- 6.4.3. Pièces absentes ou incomplètes (art. 52 du CMP) 116
- 6.4.4. Documents à produire par le seul attributaire (art. 46 et 47 du CMP)..... 117

6.5. La sélection des offres 117

- 6.5.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 53 du CMP) : *1. Une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché* 117 – *2. Un seul critère : le prix* 119
- 6.5.2. La pondération des critères (art. 53 du CMP et point 12.1 de la circulaire)..... 120
- 6.5.3. Les offres anormalement basses..... 121
- 6.5.4. Variantes et options (art. 50 du CMP)..... 123

6.6. Les procédures de passation des marchés publics 125

- 6.6.1. Les marchés à procédure adaptée : *1. Généralités* 126 – *2. Principes à respecter* 127 – *3. Démarche* 128 – *4. Cas particuliers des petits lots (article 27-III du CMP)* 129
- 6.6.2. Définition et déroulement de l'appel d'offres dans le CMP (art. 33, 57 et 60) : *1. Définition de l'appel d'offres* 129 – *2. Déroulement de l'appel d'offres ouvert (art. 57 et suiv.)* 130 – *3. Déroulement d'un appel d'offres restreint dans le CMP (art. 60 et suivants)* 136
- 6.6.3. Procédure de marchés négociés (art. 34, 35, 65 et 66) : *1. Définition d'une procédure négociée* 138 – *2. Cas possibles de recours aux marchés négociés dans le CMP* 139 – *3. Déroulement d'une procédure de marchés négociés* 141

6.6.4.	Procédure de dialogue compétitif (art. 36 et 67 du CMP)	143
6.7.	La négociation	143
6.7.1.	Les sujets de négociation	143
6.7.2.	Les thèmes non négociables.....	144
6.7.3.	Les procédures qui autorisent la négociation.....	144
6.7.4.	Les principes à respecter lors de la négociation.....	144
6.7.5.	Les différences entre une procédure adaptée et une procédure négociée.....	145
6.8	La dématérialisation	145
6.8.1.	Où trouver l'information et deux dates à retenir : <i>1. Ou trouver l'information ?</i> 145 – <i>2. Deux dates à retenir</i> 146	
6.8.2.	Quid des Mapa ?	147
6.8.3.	Les articles du Code et l'arrêté du 14 décembre 2009.....	147
6.8.4.	Que savoir sur les plates-formes de dématérialisation ?	151
6.8.5.	Les problématiques des secteurs du bâtiment et des travaux publics.....	151
6.8.6.	Quelles sont les pistes d'amélioration ?.....	152
6.8.7.	La signature électronique : <i>1. Qu'est-ce qu'une signature électronique ?</i> 152 – <i>2. Que comprend-elle ?</i> 152 – <i>3. Qui peut l'obtenir ?</i> 152	
6.8.8.	Le certificat de signature électronique : <i>1. Quel certificat de signature électronique choisir ?</i> 153 – <i>2. Quel support choisir pour le certificat ?</i> 153 – <i>3. Quelles sont les étapes à suivre pour obtenir un certificat ?</i> 153 – <i>4. L'obtention d'un certificat a-t-elle un coût ?</i> 154	
6.8.9	Quels sont les documents à signer électroniquement ? : <i>1. Au stade de la candidature</i> 154 – <i>2. Au stade de l'offre</i> 154	
6.8.10	Que savoir sur la copie de sauvegarde ?	154
6.9.	La passation des marchés réglementés	155
6.9.1.	Les procédures de passation des marchés des SEM et des SA d'HLM agissant en qualité de mandataire.....	155
6.9.2.	Les procédures de passation des marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP : <i>1. Les textes</i> 156 – <i>2. Les maîtres d'ouvrage concernés</i> 156 – <i>3. Les principales dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005</i> 157 – <i>4. Les principaux articles du décret du 30 décembre 2005</i> 158 – <i>5. Les organismes HLM</i> 159	

7. Les garanties : la retenue de garantie et son remplacement par une caution ou par une garantie à première demande 161

7.1. La retenue de garantie dans les marchés soumis au CMP 161

- 7.1.1. Définition 161
- 7.1.2. Remplacement 162
- 7.1.3. Objet de la retenue de garantie 162
- 7.1.4. Son remboursement 163

7.2. La caution personnelle et solidaire 165

- 7.2.1. Définition et nature juridique de la caution 165
- 7.2.2. Forme de l'engagement de la caution 165
- 7.2.3. Délai imparti pour constituer la caution : la durée du marché .. 166
- 7.2.4. Libération de la caution (art. 101) 166

7.3. La garantie à première demande 167

- 7.3.1. Caractéristiques 167
- 7.3.2. Forme de l'engagement à première demande 167
- 7.3.3. Délai imparti pour constituer la garantie à première demande : la durée du marché 168
- 7.3.4. Libération de la garantie à première demande 168

7.4. La retenue de garantie dans un contrat de sous-traitance 169

7.5. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger en contrepartie d'une avance 170

8. L'exécution du marché 171

8.1. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux 171

- 8.1.1. Exécution des ordres de service (OS) : 1. *L'entreprise doit exécuter les ordres de service* 171 – 2. *Les trois cas permettant le refus d'exécuter un OS* 172
- 8.1.2. Obligation de bonne exécution : 1. *Le respect des règles de l'art* 173 – 2. *Le devoir général de renseignement et de*

conseil 173 – 3. *Les modalités du devoir de conseil : l'expression de réserves* 174

- 8.1.3. Obligation de respecter les délais 175
- 8.1.4. Obligation de supporter les risques..... 177

8.2. La modification dans la masse des travaux .. 179

- 8.2.1. La prolongation du délai d'exécution 180
- 8.2.2. Le droit à indemnisation : 1. *L'hypothèse de la diminution des travaux (article 16 des CCAG Travaux 1976 ou 2009)* 180 – 2. *L'hypothèse de l'augmentation des travaux (article 15 des CCAG Travaux de 1976 et de 2009)* 182 – 3. *Les autres changements (article 17 des CCAG 76 ou 2009)* 183
- 8.2.3. Le refus d'exécuter les travaux supplémentaires 183

8.3. Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire .. 184

- 8.3.1. Les conditions classiques d'existence du marché à forfait : 1. *Le marché doit être conclu avec le propriétaire du sol* 184 – 2. *La notion large de construction et celle, plus restrictive, de bâtiment* 185 – 3. *Une description suffisamment précise et sérieuse des ouvrages « selon un plan arrêté et convenu »* 185 – 4. *Le prix du marché* 187
- 8.3.2. Les conséquences de la qualification de marché forfaitaire : 1. *Le principe : non-paiement des travaux supplémentaires en l'absence d'autorisation écrite et de prix convenu avec le « propriétaire »* 188 – 2. *Les spécificités des marchés publics : travaux indispensables et travaux utiles* 189 – 3. *Les exceptions au principe* 191
- 8.3.3. La rémunération d'un maître d'œuvre est également forfaitaire..... 192
- 8.3.4. Possibilité de résiliation du marché forfaitaire 193

8.4. Avenants et décisions de poursuivre..... 194

- 8.4.1. Les conditions de passation d'un avenant : 1. *Définition de l'avenant* 194 – 2. *Objet de l'avenant* 194 – 3. *L'avenant ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet* 195 – 4. *Le passage en CAO des avenants de plus de 5 %* 196 – 5. *L'exception des sujétions techniques imprévues* 196
- 8.4.2. Les avenants irréguliers : 1. *Annulation par les tribunaux des avenants irréguliers* 197 – 2. *Condamnation pour délit de favoritisme* 197 – 3. *Prestations supplémentaires exécutées sans avenant : absence de faute de la part du prestataire de nature à limiter son droit à indemnisation des dépenses utiles* 197

8.4.3.	Avenant ou marché complémentaire ?.....	198
8.4.4.	La décision de poursuivre : <i>1. Définition de la décision de poursuivre</i> 200 – <i>2. Objet de la décision de poursuivre</i> 200 – <i>3. La décision de poursuivre ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet</i> 200	
8.5.	L'interruption des travaux en cas de non-paiement	201
8.5.1.	Continuité du service public.....	201
8.5.2.	L'interruption est possible après plus de six mois d'impayés... 201	
8.6.	Le traitement des déchets	201
8.6.1.	Généralités.....	201
8.6.2.	Un tri sélectif des déchets doit être envisagé	202
8.6.3.	Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ?.....	203
8.6.4.	Faut-il intégrer le coût du traitement dans le compte prorata ?.	203
8.6.5.	La recommandation n° T2-2000 : <i>1. Le cas de la démolition : le diagnostic préalable</i> 204 – <i>2. Le cas de la construction neuve : l'estimation préalable</i> 204 – <i>3. Le cas des travaux sur existants</i> 204	
8.7.	La gestion du compte prorata.....	205
8.7.1.	Généralités.....	205
8.7.2.	Les dépenses communes de chantier : <i>1. Les dépenses communes d'investissement</i> 206 – <i>2. Les dépenses communes de consommation</i> 207	
9.	La réception des travaux	209
9.1.	Caractéristiques	209
9.2.	Effets juridiques et financiers en droit des marchés	211
9.2.1.	Les effets de la réception.....	211
9.2.2.	Effets du décompte général et définitif (DGD).....	212
9.3	Effets de la réception en responsabilité des constructeurs	213
9.3.1	L'absence de réception.....	213
9.3.2.	La réception assortie de réserves : <i>1. Coexistence de la garantie de parfait achèvement et de la responsabilité contractuelle pour les dommages réservés</i> 214 – <i>2. Possibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour les désordres réservés</i>	

s'aggravant par la suite 214 – 3. *Impossibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour la réparation des autres désordres réservés* 215

9.3.3.	La réception sans réserves	215
	1. À l'égard des désordres apparents	215
	2. À l'égard des désordres non apparents (cachés)	215

9.4. La réception dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux 76 216

9.4.1.	La procédure de réception : 1. <i>Les opérations préalables à la réception (OPR)</i> 216 – 2. <i>Les participants</i> 216 – 3. <i>L'objet des OPR</i> 216 – 4. <i>Le procès-verbal de réception</i> 217 – 5. <i>Le délai</i> 217 – 6. <i>La décision du maître d'ouvrage</i> 217	
9.4.2.	Cas particulier de la réception partielle	218
9.4.3.	Cas particulier de la mise à disposition.....	219

9.5. La réception dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux 2009 219

9.6. Le refus de réception et les réserves à la réception 220

9.6.1.	Le refus de réception.....	220
9.6.2.	Les réserves à la réception : 1. <i>Remédier aux réserves dans le délai contractuel</i> 221 – 2. <i>Comment remédier aux réserves ?</i> 222	

9.7. La réception tacite..... 222

9.7.1.	Problématique	222
9.7.2.	Conditions	223
9.7.3.	Date d'effet	223

9.8. La réception judiciaire 224

9.9. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement..... 224

10. Le paiement des marchés soumis au CMP et au CCAG Travaux 1976 ou CCAG travaux 2009 227

10.1. Séparation de l'ordonnateur et du comptable public 227

10.2. Le délai de paiement du CMP	228
10.2.1. Généralités.....	228
10.2.2. Le point de départ du délai de paiement	228
10.2.3. L'expiration du délai de paiement.....	229
10.2.4. Les intérêts moratoires	229
10.3. Le marché peut prévoir le versement d'une avance et d'acomptes.....	230
10.3.1. L'avance (art. 87 et 115 du CMP).....	230
10.3.2. Les acomptes (art. 91 du CMP).....	231
10.4. CCAG Travaux 1976 : Paiement du solde du marché. Établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général	233
10.4.1. Établissement du décompte général : <i>1. Délai de production du projet de décompte final 234 – 2. Contenu du projet de décompte final 234 – 3. Le décompte général 235 – 4. Signature du décompte général par le titulaire : DGD 237</i>	
10.4.2. Contestation du décompte général : <i>1. Faire des réserves 237 – 2. Le mémoire en réclamation est celui de l'article 50.22du CCAG Travaux 238 – 3. Suite à la réclamation, plusieurs situations peuvent se présenter 240 – 4. Le désaccord sur le montant du solde n'empêche pas le paiement de ce qui n'est pas contesté 242</i>	
10.4.3. Les effets du décompte général devenu définitif	242
10.4.4. Le caractère définitif du décompte accepté par les deux parties : le DGD	243
10.4.5. En résumé.....	245
10.5. CCAG Travaux 2009 : Paiement du solde. Établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général	245
10.5.1. Établissement du décompte général : <i>1. Délai de production du projet de décompte final 246 – 2. Contenu du projet de décompte final 246 – 3 Le décompte général 246 – 4. Signature du décompte général par le titulaire : DGD et point de départ du délai de paiement du solde 247</i>	
10.5.2. Contestation du décompte général : <i>1. Faire des réserves 248 – 2. Le mémoire en réclamation est celui de l'article 50 du CCAG Travaux 2009 248 – 3. La procédure contentieuse 249</i>	
10.5.3. En résumé.....	251

10.6. Le paiement d'une créance cédée ou nantie : l'exemplaire unique ou certificat de cessibilité	252
10.6.1. Dans le cas du marché principal	252
10.6.2. Dans le cas d'un groupement conjoint.....	253
10.6.3. Dans le cas d'un groupement solidaire	253
10.6.4. Le certificat de cessibilité	253

11. Les contrôles et les recours 255

11.1. Le contrôle des marchés publics..... 255

- 11.1.1. Les contrôles visant les actes administratifs : *1. Le contrôle de légalité exercé par le préfet 256 – 2. Le contrôle des dépenses par le comptable public 257 – 3. Le contrôle de la Cour et des chambres régionales des comptes 257*
- 11.1.2. Les contrôles visant les personnes : *1. Le contrôle de la Cour de discipline budgétaire et financière 258 – 2. Le contrôle de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (Miem) 258 – 3. Le contrôle exercé par les juridictions pénales 258*

11.2. Les recours dans les marchés publics 260

- 11.2.1. Les recours portant sur la passation du marché : *1. Candidats évincés : motifs de l'éviction, recours gracieux, communication des documents 260 – 2. Le référé préfectoral 265 – 3. Le référé précontractuel (L. 551-1 et suiv. du CJA – Code de justice administrative) 266 – 4. Le recours contre « les actes détachables du contrat » 273 – 5. Le recours en contestation de la validité du contrat (arrêt « Tropic Travaux ») 274 – 6. Le référé contractuel (ordonnance du 7 mai 2009) 277 – 7. L'indemnisation du candidat évincé 281*
- 11.2.2. Recours portant sur l'exécution du marché : *1. Le recours amiable devant le comité consultatif de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics (CCRA) 283 – 2. Le référé provision 290 – 3. Les procédures de mandatement et d'inscription d'office 294 – 4. Conséquences de l'annulation d'un marché en partie (ou en totalité) exécuté : comment calculer l'indemnisation du préjudice ? 297*

MAÎTRES D'OUVRAGE

1.1. La maîtrise d'ouvrage

Le maître d'ouvrage prend l'initiative de l'acte de construire. C'est le client.

Il n'y a pas de définition officielle unique de la maîtrise d'ouvrage. Il est néanmoins indispensable d'identifier clairement le maître d'ouvrage.

Il est possible de définir le maître d'ouvrage selon trois critères :

- ▶ le maître d'ouvrage est une personne **titulaire d'un droit de construire** sur le terrain ou sur l'immeuble objet des travaux ; **ce n'est pas nécessairement le propriétaire**. Le maître d'ouvrage est le plus souvent propriétaire du sol et, par voie de conséquence, propriétaire de la construction. Mais les cocontractants recourent de plus en plus souvent à des montages complexes servant à préfinancer des ouvrages affectés (au moins pour partie) à des activités d'intérêt général. Ainsi, dans un contrat de BEA (bail emphytéotique administratif), un CP (contrat de partenariat) ou en AOT/LOA (autorisation d'occupation temporaire avec option d'achat), le maître d'ouvrage ne sera pas le propriétaire du terrain mais un simple titulaire du droit de construire ;
- ▶ c'est une personne **qui conclut un ou plusieurs contrats**, éventuellement par l'intermédiaire d'un mandataire, **en vue de la réalisation de l'ouvrage** : marché de maîtrise d'œuvre et/ou marché(s) de travaux ;
- ▶ le maître d'ouvrage **agit pour son compte** (contrairement aux mandataires).

Le mode de réalisation de l'ouvrage ou sa destination (habiter personnellement, vendre ou louer) sont indifférents quant à la détermination du maître d'ouvrage.

La **classification des maîtres d'ouvrage la plus simple et la plus usitée** est la suivante :

- ▶ maîtres d'ouvrage **publics** ;
- ▶ maîtres d'ouvrage **réglementés** (publics ou privés) ;

► maîtres d'ouvrage **privés**.

De cette classification découlent :

- des **règles spécifiques de passation et d'exécution** des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux (respect du Code des marchés publics – CMP – ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 ou liberté contractuelle, respect ou non de la loi MOP¹ du 12 juillet 1985) ;
- des **cahiers des charges spécifiques** (CCAG² Travaux 1976, CCAG Travaux 2009, norme Afnor NF P 03 001, CCAG SNCF, CCAG Aéroports de Paris, CCAG EDF, etc.) ;
- des **règles de compétence juridictionnelle** propres (compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ou des tribunaux de l'ordre administratif).

Il est donc toujours de la plus grande importance, pour l'architecte, l'entreprise et l'ensemble des intervenants à l'acte de construire, de déterminer pour quel type de maître d'ouvrage ils interviennent.

1.1.1. Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage

1. Les maîtres d'ouvrage publics soumis au Code des marchés publics

Les **maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics** sont l'**État** (et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère économique et commercial) et les **collectivités territoriales** (avec l'ensemble de leurs établissements publics).

Dans cette acception, la maîtrise d'ouvrage publique est soumise au respect de la loi MOP, dans ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et, pour la passation de ses marchés, au respect des dispositions du Code des marchés publics.

Au titre de l'État, on peut citer :

- l'**État**, c'est-à-dire les services centraux (ministères) et les services déconcentrés (DDE – direction départementale de l'Équipement –, DDA – direction départementale de l'Agriculture –, direction régionale du Génie, etc.) ;
- les **établissements publics de l'État** autres que les établissements publics industriels et commerciaux (**les établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel** : le Collège de France, le Conservatoire national des arts et métiers – Cnam –, l'École nationale supérieure d'arts et métiers, les Écoles normales supérieures, l'École centrale de Lyon, l'École des hautes étu-

1. Loi qui régit les rapports entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée.

2. Cahier des clauses administratives générales.

des en sciences sociales, le Muséum national d'histoire naturelle, l'Observatoire de Paris, le palais de la Découverte, les centres universitaires... ; **les établissements d'enseignement supérieur ; les établissements à caractère scientifique et technologique** : l'Institut national de la recherche agronomique, l'Institut national d'études démographiques... ;

- ▶ **les établissements consulaires**, tels que les chambres de commerce et d'industrie (CCI), les chambres d'agriculture, les chambres de métiers. Bien que qualifiés d'établissements à « caractère économique » par la loi du 8 août 1994, ils n'en restent pas moins des établissements publics administratifs. Ils sont à ce titre soumis au Code des marchés publics ;
- ▶ **les établissements publics sociaux ou médico-sociaux** qui, bien que soumis aux règles applicables aux collectivités territoriales (en leur qualité d'établissements publics locaux), bénéficient d'un régime dérogatoire. En effet, le Code des marchés publics prévoit de manière expresse un certain nombre de dispositions spécifiques ayant pour objet de les assujettir aux règles applicables à l'État ;
- ▶ les **syndicats inter-hospitaliers**, soumis au Code des marchés publics, partie État.

À noter toutefois que la loi de programme (n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche) soumet les établissements publics de l'État ayant dans leurs statuts **une mission de recherche** non plus au Code des marchés publics, mais à l'ordonnance du 6 juin 2005 (uniquement pour l'activité de recherche). Pour les autres marchés (fournitures, services, travaux), ils demeurent soumis au Code des marchés publics.

Dès lors qu'un article du Code des marchés publics vise l'État, il s'applique à ses établissements publics, autres que les établissements publics industriels et commerciaux.

Au titre des collectivités territoriales, on peut citer :

- ▶ **les collectivités territoriales**, à savoir communes, départements, régions de droit commun ou dotées d'un statut spécifique (Paris), régions et départements d'outre-mer (Saint-Pierre-et-Miquelon, Guyane, Martinique, Guadeloupe, La Réunion, Mayotte), mais pas les territoires d'outre-mer ;
- ▶ **les établissements publics des collectivités territoriales**, sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou un caractère industriel et commercial. Ce sont les structures de coopération intercommunale (Epci¹, Sivu², Sivom³, communautés urbaines, etc.), les lycées et collèges,

1. Établissement public de coopération intercommunale.

2. Syndicat intercommunal à vocation unique.

les hôpitaux publics, les offices publics de l'habitat (OPH), les centres communaux d'action sociale, etc. Il a, par ailleurs, été jugé que les associations syndicales autorisées (ASA) doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales.

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement.

Dès lors qu'un article du Code des marchés publics vise les collectivités locales, il s'applique également à leurs établissements publics.

2. Les maîtres d'ouvrage réglementés

Il s'agit ici de la maîtrise d'ouvrage réglementée, qu'elle soit **publique** (établissements publics à caractère industriel et commercial – Epic) **ou privée** (entreprises sociales pour l'habitat – ESH –, SA d'HLM¹, organismes de Sécurité sociale).

D'une façon générale, va être considéré comme maître d'ouvrage réglementé tout donneur d'ordres **dont l'activité est financée majoritairement par des fonds publics, ou** dont la gestion est soumise à un contrôle public, **ou bien** dont un organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé majoritairement de personnes publiques.

Ces personnes, publiques ou privées, bien que non assujetties au Code des marchés publics, **sont soumises à des règles spécifiques de passation de leurs marchés** et donc à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire.

Ces organismes (à l'exception des organismes de Sécurité sociale qui doivent respecter le Code des marchés publics) relèvent du régime de **l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée** relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et de ses décrets d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 modifié relatif aux pouvoirs adjudicateurs et n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 modifié relatif aux entités adjudicatrices.

C'est, par ailleurs, la maîtrise d'ouvrage dite publique au sens de la loi MOP (n° 85-704 du 12 juillet 1985).

a) Les maîtres d'ouvrage privés réglementés sont notamment :

- ▶ les organismes **privés d'HLM** (sociétés anonymes, coopératives d'HLM et sociétés de crédit immobilier) ;

3. Syndicat intercommunal à vocation multiple.

1. Société anonyme d'habitations à loyer modéré.

- ▶ les **sociétés d'économie mixte (SEM)**, les sociétés d'économie mixte locales (SEML), des SEM d'aménagement, des SEM de construction et de gestion de logements sociaux, etc. ;
- ▶ les **sociétés publiques locales (SPL)** créées par la loi du 28 mai 2010.

À noter que si **une personne privée est mandataire d'une personne publique soumise au Code des marchés publics**, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du Code des marchés publics ; c'est le cas notamment des SEM ou des SPL. Ainsi, une **SEM, lorsqu'elle est mandataire** d'une personne soumise au **Code des marchés publics**, doit respecter le Code des marchés publics et, en cas de litige, le tribunal compétent sera le **tribunal administratif** ;

- ▶ la Banque de France, la Caisse des dépôts, etc. ;
- ▶ La Poste, EDF, GDF, la SNCF, la RATP, RFF (Réseau ferré de France), etc. ;
- ▶ mais aussi des **organismes de Sécurité sociale** du régime général qui, bien qu'organismes de droit privé, sont soumis au Code des marchés publics (complété par un arrêté du 16 juin 2008).

En cas de litige avec ces maîtres d'ouvrage, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents.

b) Les maîtres d'ouvrage publics réglementés sont notamment :

- ▶ les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial (**Epic**) ;
- ▶ les **établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche**, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.

Ils relèvent de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 **pour leurs marchés liés à la recherche**.

En revanche, en dehors de ces activités de recherche, pour les autres achats, ils restent soumis au Code des marchés publics ;

- ▶ les groupements d'intérêt public (**GIP**).

En cas de litige avec ces maîtres d'ouvrage, les tribunaux de l'ordre administratif sont compétents.

Tous ces maîtres d'ouvrage réglementés, qu'ils soient publics ou privés, sont également soumis dans leurs rapports avec la maîtrise d'œuvre privée **aux dispositions de la loi MOP** du 12 juillet 1985 modifiée.

3. Les maîtres d'ouvrage privés

Contrairement aux maîtres d'ouvrage publics et aux maîtres d'ouvrage réglementés qui travaillent avec de l'argent public, la caractéristique commune à tous les maîtres d'ouvrage privés non réglementés est **d'assumer le risque financier de l'opération**.

On distingue généralement :

- ▶ les maîtres d'ouvrage **privés professionnels** : les promoteurs constructeurs (une société civile immobilière – SCI – ou une société civile de construction-vente – SCCV – spécifique à l'opération est généralement créée), etc. ;
- ▶ les maîtres d'ouvrage **privés institutionnels** : les banques, les compagnies d'assurances, les mutuelles, etc. ;
- ▶ les maîtres d'ouvrage **privés occasionnels** : industriels, commerçants, associations, particuliers, construisant ou rénovant pour les besoins de leur activité ou pour des besoins personnels et familiaux, etc.

Assumant le risque financier de l'opération, qu'ils soient professionnels, institutionnels ou occasionnels, ces maîtres d'ouvrage privés ne sont assujettis à **aucune règle particulière pour la passation de leurs marchés**, pas plus au Code des marchés publics qu'à l'ordonnance du 6 juin 2005. Ils ne sont pas non plus obligés de respecter les règles fixées par la loi MOP et ses décrets d'application.

Le régime de leurs marchés est donc celui de la liberté contractuelle bien qu'ils soient cependant obligés de respecter les lois d'ordre public, au titre desquelles, en matière de marchés notamment, la loi du 16 juillet 1971 sur la retenue de garantie, la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, la loi du 4 janvier 1978 sur les garanties légales, la garantie de paiement de l'entrepreneur (art. 1799-1 du Code civil).

1.1.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage

1. Les fonctions des maîtres d'ouvrage publics et des maîtres d'ouvrage réglementés (soumis à la loi MOP)

a) Une fonction d'intérêt général

L'article 2 de la loi MOP énonce que le maître d'ouvrage public (entendu au sens de maître d'ouvrage public et de maître d'ouvrage réglementé) est le

« responsable principal de l'ouvrage, il remplit une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».

Un **avis du Conseil d'État** du 31 janvier 1995 précise qu'une personne publique a l'obligation d'être maître d'ouvrage des travaux de réalisation d'ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure lorsque quatre conditions cumulatives sont remplies :

- ▶ l'objet de l'opération doit être la construction même (ou la réhabilitation) d'un ouvrage pour le compte de la personne publique en cause ;
- ▶ l'ouvrage doit être destiné à devenir la propriété de cette personne dès son achèvement ;
- ▶ l'ouvrage doit être destiné à devenir entièrement sa propriété ;
- ▶ enfin, l'ouvrage doit avoir été conçu en fonction de ses besoins propres.

b) Plusieurs obligations

L'article 2 et l'article 3 de la loi MOP indiquent que, avant d'entreprendre la réalisation d'une opération, le maître d'ouvrage doit répondre à plusieurs obligations :

- ▶ il s'assure de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération (faut-il le faire ? Est-ce réalisable ?) ;
- ▶ il détermine sa localisation (où ?) ;
- ▶ il définit le programme (quoi ?) ;
- ▶ il arrête l'enveloppe financière prévisionnelle (combien ?) ;
- ▶ il s'assure du financement (avec quel budget ? comment ?) ;
- ▶ il choisit les procédures de consultation des maîtres d'œuvre et des entreprises (avec qui ?).

Le maître d'ouvrage public **peut toutefois décider de confier à un maître d'ouvrage délégué une partie de ses attributions.**

Mais il doit conserver obligatoirement :

- ▶ la décision de réaliser l'ouvrage et sa localisation ;
- ▶ la définition du programme ;
- ▶ le montage financier de l'opération ;
- ▶ l'approbation du choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs.

2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage privés non réglementés (non soumis à la loi MOP)

Aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe les fonctions du maître d'ouvrage privé.

Ce sont les contrats qui déterminent, sous le contrôle du juge, les droits et obligations des parties.

Les fonctions traditionnelles du maître d'ouvrage privé se rapprochent nécessairement de celles du maître d'ouvrage réglementé. Néanmoins, une différence de taille existe, puisque le maître d'ouvrage privé **assume le risque financier de l'opération**.

Les fonctions traditionnelles du maître d'ouvrage privé ne se limitent pas à commander et à payer les travaux.

Il peut également :

- ▶ décider de l'opportunité et de la faisabilité de l'opération ;
- ▶ déterminer la localisation de l'ouvrage ;
- ▶ en définir le programme ;
- ▶ en assurer le financement ;
- ▶ décider des modalités selon lesquelles l'ouvrage sera réalisé ;
- ▶ passer les marchés d'études et de travaux nécessaires ;
- ▶ **souscrire une assurance de dommages**, dite « dommages ouvrage » ;
- ▶ **prendre livraison** de l'ouvrage achevé ;
- ▶ en assurer la maintenance.

Toutes ces fonctions peuvent se résumer en une seule : il prend le risque de l'opération sans jamais toutefois devoir s'immiscer dans l'opération.

1.1.3. Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA)

Deux directives européennes :

- ▶ **la directive 2004/17/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant sur la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de **l'eau**, de **l'énergie**, des **transports** et des **services postaux** (secteurs dits « exclus » ou « réseaux » et désignant le maître d'ouvrage comme une « **entité adjudicatrice** ») ;
- ▶ **et la directive 2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de **travaux**, de **fournitures** et de **services** (secteurs dits « classiques » ou « travaux, fournitures, services » et désignant le maître d'ouvrage comme un « **pouvoir adjudicateur** ») ;

ont été transposées en droit français :

- ▶ dans **l'ordonnance** n° 2005-649 du **6 juin 2005**, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes

publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, **suivi de deux décrets d'application** : n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 modifié relatif aux **entités adjudicatrices** et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 modifié relatif aux **pouvoirs adjudicateurs** ;

- ▶ **et dans le Code des marchés publics du 1^{er} août 2006**, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2006, comprenant une première partie concernant les **pouvoirs adjudicateurs** et une deuxième partie concernant les **entités adjudicatrices**.

Dans ces documents (directives, ordonnance ou Code), le maître d'ouvrage est :

- ▶ **une « entité adjudicatrice »** lorsque son activité concerne les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou les services postaux ;
- ▶ **un « pouvoir adjudicateur »** lorsque son activité ne concerne pas ces secteurs et traite de travaux, fournitures ou services.

Un même maître d'ouvrage peut être tantôt un pouvoir adjudicateur (travaux, fournitures, services), **tantôt une entité adjudicatrice** (eau, énergie, transports, services postaux) lorsqu'il passe des marchés dans ces deux grandes catégories.

Les mots « pouvoir adjudicateur » ou « entité adjudicatrice » se retrouvent à la fois dans l'ordonnance du 6 juin 2005 (pour les « donneurs d'ordre » qui tombent dans son champ d'application) et dans le Code des marchés publics (pour les « donneurs d'ordre » qui tombent dans son champ d'application).

Si un maître d'ouvrage soumis au Code des marchés publics (État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, et les **collectivités territoriales** et l'ensemble de leurs établissements publics) **passé un marché classique de travaux, de fournitures ou de services**, il sera appelé « **pouvoir adjudicateur** » et **appliquera la première partie du Code des marchés publics**.

Si un maître d'ouvrage soumis au Code des marchés publics (État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, et les **collectivités territoriales** et l'ensemble de leurs établissements publics) **passé un marché** correspondant à une des activités mentionnées à l'article 135 du Code des marchés publics, à savoir **eau, énergie, transports, services postaux**, il sera appelé « **entité adjudicatrice** » et **appliquera la deuxième partie du Code des marchés publics**.

Si un maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 (certaines personnes privées ou publiques non soumises au Code des marchés publics) **passé un marché dans les secteurs dits classiques de travaux, de fournitures ou de services**, il sera appelé « **pouvoir adjudicateur** » et **appliquera**

l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 30 décembre 2005 modifié.

Si un maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 (certaines personnes privées ou publiques non soumises au Code des marchés publics) **passé un marché dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des services postaux**, il sera appelé « entité adjudicatrice » et **appliquera l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 20 octobre 2005** modifié.

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a précisé qu'une entité adjudicatrice intervenant dans le domaine des réseaux est soumise à la directive 2004/17/CE. En revanche, lorsqu'elle intervient hors réseaux, tous les marchés qu'elle passera seront soumis aux procédures prévues par la directive 2004/18/CE (CJCE, 10 avril 2008, « Ing. Aigner »).

1.2. La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD)

En général, le maître d'ouvrage exerce personnellement ses fonctions. Mais il peut avoir besoin d'un « assistant ».

La loi MOP, partant de l'idée que le maître d'ouvrage devait assumer lui-même sa mission et ses responsabilités d'intérêt général, a néanmoins pris en compte le fait que certaines collectivités publiques ne sont pas dotées de services leur permettant de pratiquer par elles-mêmes la maîtrise d'ouvrage.

C'est pourquoi elle **définit et encadre l'assistance à maîtrise d'ouvrage en la forme d'un mandat ou d'une conduite d'opération** (3.1) ou tout simplement **d'un AMO (assistant à maîtrise d'ouvrage)** (3.2) auxquels peut recourir le maître d'ouvrage, tout en préservant sa responsabilité en qualité de décideur de l'opération.

Le maître d'ouvrage délégué est titulaire d'un mandat : il agit au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

1.2.1. La mission du maître d'ouvrage délégué (mandataire)

Le mandataire peut assumer tout ou partie des attributions du maître d'ouvrage, à l'exclusion des responsabilités énoncées à l'article 2 de la loi MOP du 12 juillet 1985.

Il doit s'engager à réaliser l'opération dans le strict respect du programme et de l'enveloppe financière.

La mission du mandataire (loi MOP), appelé également maître d'ouvrage délégué (MOD), peut porter sur les éléments suivants :

- ▶ **définition** des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et réalisé ;
- ▶ **préparation du choix** des maîtres d'œuvre ;
- ▶ **signature et gestion des marchés** de maîtrise d'œuvre, versement de la rémunération des maîtres d'œuvre ;
- ▶ préparation du choix du contrôleur technique et autres prestataires ;
- ▶ signature et gestion des marchés de contrôle technique, d'étude ou d'assistance ;
- ▶ **versement de leur rémunération** ;
- ▶ préparation du choix des entrepreneurs ;
- ▶ signature et gestion des marchés de travaux ;
- ▶ versement de la rémunération des entreprises et fournisseurs ;
- ▶ **réception des travaux** ;
- ▶ gestion financière et comptable et administrative de l'opération ;
- ▶ actions en justice.

Le maître d'ouvrage délégué est responsable contractuellement des missions qui lui ont été confiées.

En tout état de cause, **le maître d'ouvrage soumis à la loi MOP ne pourra déléguer** :

- ▶ ni la décision de réaliser l'ouvrage et sa localisation ;
- ▶ ni la définition du programme ;
- ▶ ni le montage financier de l'opération ;
- ▶ ni l'approbation du choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs.

Selon les termes de la loi MOP, la responsabilité du maître d'ouvrage devant rester pleine et entière pendant la phase de définition de l'ouvrage à réaliser, aucun mandat ne peut intervenir à ce stade. Ce n'est qu'une fois le programme et l'enveloppe financière arrêtés par le maître d'ouvrage que ce dernier pourra déléguer une partie de ses attributions sous la forme d'un mandat.

Le mandat se distingue de la conduite d'opération en ce qu'il constitue une délégation de maîtrise d'ouvrage. Le mandataire a un pouvoir de représentation qui lui permet d'accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, son mandant, comme la signature des marchés, des avenants, l'acceptation d'un sous-traitant, etc. Ce pouvoir de représentation est un élément substantiel du contrat qui le différencie de la conduite d'opération. Au-delà de la mission impartie au conducteur d'opération, le

mandat confère un pouvoir de direction de projet et le mandataire délégataire du maître d'ouvrage devient l'unique interlocuteur des acteurs du projet.

1.2.2. Les personnes pouvant être maîtres d'ouvrage délégués (mandataires)

Avant l'ordonnance du 17 juin 2004, les personnes qui pouvaient être mandataires d'un maître d'ouvrage soumis à la loi MOP étaient limitativement énumérées à l'article 4 de la loi MOP. Il s'agissait notamment de l'État et des collectivités territoriales, de certains établissements publics, des sociétés d'économie mixte locales, et des organismes privés d'HLM pour d'autres organismes privés d'HLM.

L'article 4 de la loi MOP modifié par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 précise dorénavant que le mandat donné par un maître d'ouvrage public peut être exercé **par une personne publique ou privée**.

Désormais, peut être maître d'ouvrage délégué et avoir un mandat de maîtrise d'ouvrage publique toute personne publique ou privée, à condition toutefois que celle-ci, ou toute autre personne qui lui serait liée, n'exerce aucune mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur l'ouvrage considéré.

1.2.3. Les conditions d'exercice du mandat

Le mandataire est soumis à **une obligation d'exécution personnelle** du contrat de mandat.

Le mandataire est **soumis aux dispositions applicables à son mandat** dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par celui-ci (respect du Code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 pour la passation des marchés, respect de la loi MOP). Les conditions d'exercice du mandat sont fixées par l'article 5 de la loi MOP. Le maître d'ouvrage passe avec le mandataire de son choix une **convention de mandat qui indique obligatoirement** :

- ▶ les **attributions confiées** au mandataire ;
- ▶ les modalités de sa **rémunération** ;
- ▶ les **pénalités** encourues ;
- ▶ les conditions de **résiliation** ;
- ▶ et les modalités d'achèvement de la mission du mandataire.

Par ailleurs, le contentieux d'un marché passé par un maître d'ouvrage délégué (même privé) pour l'exécution de la mission d'un maître d'ouvrage public relève de la compétence du juge administratif. Un arrêt du Tribunal des conflits (TC, 23 septembre 2002, « Sociétés Sotrane et Metalform c/ GIE

Sesam-Vitale ») donne une illustration de l'application de la théorie du mandat, selon laquelle une personne privée peut voir ses agissements soumis au juge administratif si elle agit en fait pour le compte d'une personne publique.

1.2.4. Les conséquences juridiques du mandat MOP

Un mandat implique les conséquences suivantes :

- ▶ **les actes accomplis par le mandataire**, en vertu du mandat, **engagent le mandant** comme s'il les avait accomplis lui-même ;
- ▶ **le mandataire applique les obligations qui s'imposeraient au maître d'ouvrage** comme si ce dernier agissait lui-même (par exemple, le mandataire applique les règles du Code des marchés publics si le maître d'œuvre y est assujéti) ;
- ▶ **le mandataire rend compte au maître d'ouvrage** de ce qu'il a fait en son nom ;
- ▶ **les tiers** avec lesquels le mandataire contracte, au nom du maître d'ouvrage, **sont responsables contractuellement envers le maître d'ouvrage** et non envers le mandataire ;
- ▶ **le mandataire n'est pas responsable envers le maître d'ouvrage des obligations des tiers**, mais seulement des attributions qui lui ont été confiées personnellement.

Le mandat n'opère pas un transfert de maîtrise d'ouvrage. Le mandataire ne se substitue pas au maître d'ouvrage. Il lui rend compte de l'exécution de son mandat tout au long de l'élaboration du projet et de sa réalisation dans les conditions fixées par le contrat.

Un maître d'ouvrage délégué a une obligation de moyen :

- ▶ il a l'obligation d'apporter tous ses soins à sa mission (ceux d'un bon père de famille – article 1137 du Code civil) ;
- ▶ il doit rendre compte à son mandant ;
- ▶ il n'a pas une responsabilité automatique qui peut être engagée du seul fait qu'il n'a pas atteint le résultat (comme l'entrepreneur qui ne pourra échapper à sa responsabilité qu'en prouvant la survenance d'un cas de force majeure) ;
- ▶ il a la responsabilité de sa seule faute personnelle, dans le cadre limité des attributions qui lui ont été confiées ;
- ▶ c'est donc au maître d'ouvrage de démontrer que le maître d'ouvrage délégué n'a pas été diligent dans sa tentative d'exécution de l'obligation.

Le mandat de maîtrise d'ouvrage prévu par la loi MOP laisse place à l'exercice des prérogatives du maître d'ouvrage aux moments clés de

l'opération, dès lors qu'est requis un accord préalable ou une approbation de la proposition faite par le mandataire dans l'exercice de son mandat. Il en est ainsi de l'approbation des avant-projets et de la réception des travaux qui peuvent être délégués au mandataire mais qui font l'objet d'un accord préalable du maître d'ouvrage, dont les modalités sont définies dans le contrat.

1.2.5. Les conventions de mandat peuvent être passées en procédure adaptée (Mapa) quel que soit leur montant

Se pose la question de savoir si le mandat « MOP » relève de l'article 29 ou de l'article 30 du Code des marchés publics. À la lumière de l'arrêt du 20 octobre 2005 (CJCE, 20 octobre 2005, « Commission c/ France », n° C-264/03) et compte tenu de la rédaction des articles 29 et 30 du Code, **il faut en conclure que le mandat « MOP », qui n'est pas mentionné dans l'article 29, est dans le champ d'application de l'article 30.**

Concrètement, **le maître d'ouvrage peut se limiter à mettre en œuvre la procédure adaptée**, telle qu'elle est édictée par le Code, **quel que soit le montant du mandat** et, donc, quand bien même son estimation serait supérieure aux seuils d'application de la directive 2004/18. En d'autres termes, le maître d'ouvrage définira librement, au cas par cas, dans le respect des principes de la commande publique, les mesures de publicité et les modalités de mise en concurrence qu'il entend mettre en œuvre pour déléguer sa maîtrise d'ouvrage.

Il convient de noter enfin que la décision de la Cour vaut également pour les maîtres d'ouvrage, pouvoirs adjudicateurs, assujettis à l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 et à son décret d'application du 30 décembre 2005.

1.2.6. Les marchés passés par les maîtres d'ouvrage délégués (mandataires) sont soumis aux règles applicables aux maîtres d'ouvrage

Les marchés passés en exécution d'un mandat par le mandataire d'une collectivité soumise au Code des marchés publics sont assujettis aux dispositions du Code. Si le maître d'ouvrage est soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, le marché sera soumis à cette ordonnance.

Ceci est rappelé dans la rédaction issue de l'ordonnance du 17 juin 2004, de l'article 4 de la loi MOP : *Les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître d'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire.*

1.3. Conducteur d'opération et AMO en marchés publics ou réglementés

1

MAÎTRES D'OUVRAGE

1.3.1. Le conducteur d'opération

1. Une mission d'assistance générale

La mission du conducteur d'opération se caractérise (article 6 de la loi MOP) par une « **assistance générale à caractère administratif, financier et technique** » apportée au maître d'ouvrage dans toutes les phases de l'opération sous forme de propositions, de conseils, d'organisation, d'élaboration d'outils, de suivi, etc. Juridiquement, ce contrat s'analyse, non **pas** comme **un mandat**, mais comme **un louage d'ouvrage**.

Une mission d'assistance administrative. Spécialiste de maîtrise d'ouvrage publique, le conducteur d'opération assiste le maître d'ouvrage dans la rédaction, la passation et le suivi des contrats de travaux, même si, bien sûr, en l'absence de convention de mandat, **il ne se substitue pas à lui pour la passation desdits contrats**. Plus généralement, il a pour mission de coordonner les études de conception et de porter une appréciation qualitative sur les études aux différents stades de leur exécution.

Une mission d'assistance financière. De manière générale, le conducteur d'opération est chargé de **préparer le budget** nécessaire à la réalisation de l'ouvrage et d'assister le maître d'ouvrage dans l'exécution de toutes les opérations comptables nécessaires au règlement de l'ouvrage. Ses missions sont ainsi très variées : analyse du budget, montage des **dossiers de subventions**, démarchage en vue de **l'obtention de prêts**, assistance dans la réalisation des opérations de **paiement des différents intervenants**.

Une mission d'assistance technique. C'est souvent la mission la plus importante du conducteur d'opération. Il doit principalement porter un regard critique sur les différentes solutions techniques proposées par le maître d'œuvre ou les entrepreneurs. Il est là, également, pour apprécier les risques éventuels que présentent les diverses solutions envisagées. **Au stade de la conception**, il doit conseiller le maître d'ouvrage sur les ajustements du programme. **Au moment du choix des cocontractants**, il a un rôle important de conseil à jouer. **Durant la phase d'exécution** des travaux, il supervise le chantier et gère les ordres de service. Enfin, il assiste le maître d'ouvrage **au moment de la réception** des travaux et durant la phase de garantie de parfait achèvement.