

INSTRUCTION

N° 12-007-M0 du 10 février 2012

NOR : BCR Z 12 00016 J

MARCHÉS DES OFFICES PUBLICS DE L'HABITAT - CONSÉQUENCES DE LA LOI
n° 2011-525 DU 17 MAI 2011 DE SIMPLIFICATION ET D'AMÉLIORATION
DE LA QUALITÉ DU DROIT (LOI "WARSMANN")

ANALYSE

Analyses juridiques en réponse aux questions que soulève le changement de régime
des marchés des OPH, qui ne sont plus soumis au Code des marchés publics,
mais à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

Date d'application : 10/02/2010

MOTS-CLÉS

OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT ; CONTRAT ADMINISTRATIF ; CONTRAT DE DROIT PRIVÉ ;
PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVÉ ; PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC

DOCUMENTS À ANNOTER

Néant

DOCUMENTS À ABROGER

Néant

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

DDFIP	DRFIP	DOM										

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

*Sous-direction de la gestion comptable et financière des collectivités locales
Bureau CL-1A*

SOMMAIRE

CHAPITRE 1 NATURE ET FORME DU MARCHÉ	5
1. NATURE DU MARCHÉ	5
1.1. Principe	5
1.2. Cas particulier : les marchés de travaux publics	5
2. FORME DU MARCHÉ	6
2.1. Cas où la forme écrite est obligatoire	6
2.2. Cas où la forme écrite n'est pas obligatoire	7
CHAPITRE 2 LES RÈGLES DE PASSATION	8
1. LES EXCLUSIONS AU CHAMP D'APPLICATION DE L'ORDONNANCE COMPTE TENU DE LA NATURE DE L'ACHAT (ARTICLE 7 DE L'ORDONNANCE)	8
2. LES INTERDICTIONS DE SOUMISSIIONNER (ARTICLE 8)	8
3. LES PROCÉDURES DE PASSATION	9
3.1. Les procédures	9
3.2. Les seuils	9
4. LA PUBLICITÉ	9
4.1. Les avis de préinformation	10
4.2. La publicité en procédure formalisée	10
4.3. La publicité des marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA)	10
5. LA PERSONNE COMPÉTENTE POUR ATTRIBUER LE MARCHÉ	10
6. LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ	11
7. LES GROUPEMENTS DE COMMANDE	11
8. LA DURÉE DES MARCHÉS, LA DURÉE DES ACCORDS-CADRES ET DES MARCHÉS À BONS DE COMMANDE	12
9. LA DÉMATÉRIALISATION	13
CHAPITRE 3 LES RÈGLES D'EXÉCUTION	14
1. L'APPLICATION DES CCAG	14
2. TITULAIRE ET SOUS-TRAITANTS	14
3. LES AVENANTS	15
4. LES AVANCES ET ACOMPTES	15
4.1. Les avances	15
4.2. Les acomptes	16

5. LES GARANTIES EN MATIÈRE D'EXÉCUTION.....	16
5.1. Pour les contrats administratifs.....	16
5.2. Pour les marchés de droit privé.....	16
6. LE RÉGIME DES PRIX ET PAIEMENTS	17
7. LE DÉLAI DE PAIEMENT	17
8. LES CESSIONS DE CRÉANCES	18
9. LES MARCHÉS À BONS DE COMMANDE ET LES ACCORDS-CADRES.....	18
10. LES PIÈCES JUSTIFICATIVES	19
10.1. Les comptables peuvent se référer à la rubrique 4 de la liste des pièces justificatives des dépenses publiques locales.....	19
10.2. Les pièces justificatives doivent être adaptées à la spécificité des marchés des OPH.....	19

Les offices publics de l'habitat (OPH) sont des établissements publics locaux à caractère industriel et commercial régis par les articles L. 421-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation (CCH).

En application de l'article 1^{er} du Code des marchés publics (CMP), « *les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

L'article 2, quant à lui, précise que « *les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :*

- 1° *L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;*
- 2° *Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux* ».

Cependant, l'article 132 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 soumet les marchés passés par les offices publics de l'habitat (OPH) à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, les sortant ainsi du champ d'application du Code des marchés publics, en insérant l'article L. 421-26 suivant dans le Code de la construction et de l'habitation : « *Les marchés des offices publics de l'habitat sont régis par les dispositions applicables aux marchés des personnes publiques ou privées soumises aux règles fixées par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics* ».

Cet article est applicable depuis le 19 mai 2011, sauf pour les marchés en cours d'exécution ou de passation à la date d'entrée en vigueur de la loi. L'application de l'ordonnance de 2005 entraîne celle du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

L'ordonnance de 2005 prévoit des règles de passation et le décret du 30 décembre 2005 comporte, de plus, quelques éléments concernant l'exécution financière. Il est toutefois rappelé qu'en application de l'article 3-II de l'ordonnance, « *les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le Code des marchés publics* ».

Un OPH qui souhaite se soumettre aux règles d'exécution du CMP doit le prévoir, soit dans une délibération, soit dans le règlement de consultation. En effet, la simple mention de la soumission au CMP, sans autre précision, pourrait relever d'une volonté de se soumettre aux seules règles de passation prévues par le CMP. Dans ces conditions, les dispositions relatives à l'exécution financière ne seraient pas applicables.

À l'inverse du Code des marchés publics, qui, dans son titre IV, régit le volet exécution des marchés publics, l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 30 décembre 2005 laissent une très grande marge de manœuvre aux cocontractants pour définir leurs relations. Ainsi, l'essentiel des dispositions qui intéressent le comptable doit être prévu au contrat.

Dès lors, en l'état actuel de la réglementation en vigueur, la présente instruction rappelle le cadre juridique des contrats des OPH soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

LE SOUS-DIRECTEUR CHARGÉ
DE LA GESTION COMPTABLE ET FINANCIÈRE DES COLLECTIVITÉS LOCALES

JEAN-LUC BRENNER

CHAPITRE 1

NATURE ET FORME DU MARCHÉ

Les marchés passés par les offices publics de l'habitat (OPH), n'étant plus soumis au Code des marchés publics, ne sont plus administratifs par détermination de la loi.

Il convient donc d'appliquer les critères jurisprudentiels permettant de déterminer le caractère administratif d'un contrat.

1. NATURE DU MARCHÉ

1.1. PRINCIPE

Les marchés passés conformément aux dispositions du Code des marchés publics sont des contrats administratifs par détermination de la loi ¹. Il n'existe pas de disposition équivalente en ce qui concerne les marchés passés conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Leur nature se déduit des critères traditionnels du contrat administratif.

Les marchés soumis à l'ordonnance peuvent ainsi être soit des contrats administratifs, soit des contrats de droit privé.

Ils sont des contrats administratifs s'ils remplissent les deux critères suivants :

- le premier critère tient à la qualité des contractants : l'un des cocontractants doit être une personne morale de droit public ² ;
- le second critère est un critère alternatif : un contrat peut être administratif en raison de ses clauses exorbitantes du droit commun (la clause exorbitante est soit une clause exclue dans les contrats de droit privé, soit une clause inégalitaire ³) ou à raison de son objet (un contrat relatif à l'organisation ou à l'exécution même d'un service public est un contrat administratif).

Sont donc administratifs les contrats passés par une personne morale de droit public qui associent les cocontractants de l'administration à l'exécution d'une mission de service public ou qui comportent une clause exorbitante du droit commun.

Dans l'hypothèse où ils ne satisfont pas à l'un de ces deux critères, les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 sont des marchés de droit privé, qui relèvent de la compétence du juge judiciaire.

1.2. CAS PARTICULIER : LES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS

Le juge administratif est compétent en matière de contrats administratifs. Ainsi, un contrat de droit privé est en principe soumis au juge judiciaire et non au juge administratif.

¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier (dite loi MURCEF), article 2.

² Sauf exception, notamment quand l'un des cocontractants est un mandataire de la personne morale de droit public (cf. articles L. 1611-7 et D. 1611-16 à 26 du Code général des collectivités territoriales).

³ La clause exorbitante est « la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (Conseil d'État, Sect., 20 octobre 1950, Stein – Lebon, page 505). Exemple : pouvoir de modification unilatérale du contrat, de résiliation. La clause exorbitante est une clause inégalitaire, adoptée dans l'intérêt général.

Voir également l'arrêt CE n° 319103 du 3 juin 2009, GIP carte du professionnel de santé : en cas de soumission au cahier des clauses administratives générales, « ce renvoi doit être regardé comme introduisant dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun ».

L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII donnait compétence au juge administratif pour connaître du contentieux des travaux publics. Cet article a depuis été abrogé par l'article 7, IV, 11° de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

Cela étant, en dépit de cette abrogation, la règle reste inchangée : le Tribunal des Conflits (TC) s'est, depuis longtemps, détaché de la détermination légale pour préciser le juge compétent en matière de travaux publics et en fixer la définition.

Les travaux publics sont des travaux immobiliers⁴ exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale⁵ ou par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public⁶.

Le Conseil d'État (CE) juge que les travaux exécutés pour le compte d'un organisme d'habitations à loyer modéré, quand il est une personne morale de droit public, sont des travaux publics effectués dans un but d'utilité générale⁷. Avant que la nature administrative des marchés soumis au CMP ne soit affirmée par la loi MURCEF précitée, la jurisprudence considérait que les contrats passés par les OPHLM en vue d'assurer leur mission d'intérêt général étaient des contrats administratifs⁸. Le juge a récemment réaffirmé que les travaux de construction d'un immeuble d'habitation exécutés par les OPAC⁹ et les OPHLM¹⁰, personnes morales désormais remplacées par les OPH¹¹, sont des travaux publics.

Les critères jurisprudentiels permettent donc d'affirmer que les travaux immobiliers des OPH sont des travaux publics et que, dès lors, ils ressortissent de la compétence du juge administratif. Les contrats signés pour les exécuter sont donc des contrats administratifs.

2. FORME DU MARCHÉ

2.1. CAS OÙ LA FORME ÉCRITE EST OBLIGATOIRE

L'article 12 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 précise que les marchés font nécessairement l'objet d'un écrit lorsque leur montant est égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées fixés au I de l'article 7 de ce texte (y compris pour les marchés de services de l'article 8).

Pour les travaux, le seuil est fixé à 5 000 000 euros HT et, pour les marchés de fournitures et de services, à 200 000 euros HT.

Cette disposition est très différente des dispositions du Code des marchés publics puisque :

- le seuil de l'écrit est fixé à 15 000 euros HT à l'article 11 et qu'au-delà des seuils communautaires un acte d'engagement est nécessaire ;
- les marchés issus des procédures formalisées doivent revêtir une forme spécifique à l'article 12 (mentions obligatoires).

⁴ CE, 10/06/1921, Commune de Montségur, p. 573.

⁵ Conclusions Emmanuel GLASER sur CE, 11/08/2008, SAGEP, n° 289329.

⁶ TC, 28/03/1955, Effimieff, p. 617.

⁷ CE, 30/12/1927, Sieur Tallet, p. 1303.

⁸ TC, 19/03/1979, OPHLM des Ardennes, n° 02112.

⁹ TC, 23/06/2003, OPAC de l'Isère, n° C3355, T. P. 714.

¹⁰ TC, 20/02/2006, OPHLM de Nice, n° C3491, p. 629.

¹¹ Ordonnance n° 2007-137 du 1^{er} février 2007.

Par ailleurs, le décret du 30 décembre 2005 susvisé ne permet pas d'affirmer que les procédures formalisées auxquelles il est recouru fournissent un quelconque encadrement à la forme du marché formalisé : il n'est, par exemple, nulle part précisé que, dans le cadre d'un appel d'offres, le candidat remet une offre signée, ensuite cosignée du représentant du pouvoir adjudicateur s'il est retenu. L'existence d'un acte d'engagement signé des parties n'est donc pas une obligation et l'écrit qui constitue le marché, protéiforme, peut donc être autre qu'un acte d'engagement.

Toutefois, l'existence d'un acte d'engagement est nécessaire pour les marchés de conception-réalisation prévus par l'article 41-1 du décret de 2005 (voir art. 41-1, VI 3°)

De même, lorsque la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, « loi MOP » s'applique, le marché prend la forme d'un contrat écrit, la rémunération du maître d'œuvre étant fixée contractuellement.

2.2. CAS OÙ LA FORME ÉCRITE N'EST PAS OBLIGATOIRE

☞ *Pour les marchés passés selon une procédure adaptée (marchés dont le montant est inférieur aux seuils communautaires)*

Pour les marchés en deçà des seuils de 5 000 000 euros HT pour les travaux et de 200 000 euros HT pour les services et les fournitures, le texte n'indique pas de contrainte quant à leur forme. Ils peuvent donc en théorie n'être que des marchés oraux, même si les acheteurs publics n'ont pas pour habitude de conclure des contrats oraux.

Cela étant, dès lors que les parties conviennent, par exemple, du versement d'une avance, d'acomptes ou d'une clause de révision, l'absence de tout document écrit en faisant état risque de se traduire ensuite par l'absence totale de pièce justificative permettant au comptable public d'en vérifier la liquidation. Un tel défaut de pièce justificative est alors de nature à créer un obstacle au paiement.

☞ *Pour les marchés de services non énumérés à l'article 8 du décret n° 2005-1742, quel que soit leur montant*

Les marchés de services dont l'objet vise des prestations non mentionnées à l'article 8 du décret du 30 décembre 2005 ne sont pas soumis à ce même décret. Ces marchés là, quel que soit leur montant, même au-delà des seuils précités, n'ont donc pas obligatoirement à revêtir une forme écrite. Pour mémoire, les prestations de services soumises au décret du 30 décembre 2005 sont les :

- « 1° Services d'entretien et de réparation ;
- 2° Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des services de transports ferroviaires ;
- 3° Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ;
- 4° Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ;
- 5° Services des communications électroniques ;
- 6° Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 2° et 3° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;
- 7° Services informatiques et services connexes ;
- 8° Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 4° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;
- 9° Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;
- 10° Services d'études de marché et de sondages ;
- 11° Services de conseil en gestion et services connexes, sous réserve des dispositions du 10° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;
- 12° Services d'architecture ; services d'essais et d'analyses techniques ;
- 13° Services de publicité ;
- 14° Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;
- 15° Services de publication et d'impression rémunérés sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle ;
- 16° Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues ».

CHAPITRE 2

LES RÈGLES DE PASSATION

1. LES EXCLUSIONS AU CHAMP D'APPLICATION DE L'ORDONNANCE COMPTE TENU DE LA NATURE DE L'ACHAT (ARTICLE 7 DE L'ORDONNANCE)

Comme dans le Code des marchés publics (article 3)¹², certains achats des personnes soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 sont exclus du champ d'application de ce dernier texte. Ces exclusions sont prévues à l'article 7 de l'ordonnance précitée.

Quelques exemples susceptibles de concerner les OPH peuvent être donnés¹³ :

- « 1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité instituant la Communauté européenne ;
- 2° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de l'ordonnance ; [...]
- 10° Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;
- 11° Marchés de services concernant les contrats de travail. »

L'exception des prestations dites « in house » ou prestations intégrées figure aussi au nombre de celles prévues par l'ordonnance. Ainsi, l'expression « quasi-régie » est prévue par l'ordonnance (voir article 23). « Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables :

- 1° Aux marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par la présente ordonnance ou par le Code des marchés publics ».

2. LES INTERDICTIONS DE SOUMISSIONNER (ARTICLE 8)

Tout comme le CMP (article 43), l'ordonnance prévoit des interdictions de soumissionner. Elles sont précisées à l'article 8.

¹² Article 43 du CMP

¹³ Cette liste n'est pas exhaustive

3. LES PROCÉDURES DE PASSATION

3.1. LES PROCÉDURES

☞ *La procédure adaptée*

Elle concerne les marchés sous les seuils et les marchés de service (hors article 8).

☞ *Les procédures formalisées*

Elles sont énumérées à l'article 12 de l'ordonnance.

Il s'agit de :

- l'appel d'offres (choix de l'attributaire sans négociation, sur la base de critères objectifs) ;
- le dialogue compétitif (le pouvoir adjudicateur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de développer une ou plusieurs solutions correspondant à ses besoins sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sont invités à remettre une offre) ;
- la procédure négociée (le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques) ;
- le concours (le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire après qu'un jury a donné son avis sur des prestations réalisées par les candidats) ;
- le système d'acquisition dynamique, non expressément mentionné dans l'ordonnance, l'est dans le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 (articles 7 et 44).

Enfin, il est également possible de recourir à l'accord-cadre de l'article 42 du décret n° 2005-1742.

Le recours à l'une ou l'autre procédure et les modalités de leur mise en œuvre sont définis par le décret précité de 2005.

3.2. LES SEUILS

Ainsi, aux termes de l'article 7 de ce décret, les seuils au-dessus desquels s'appliquent les procédures formalisées sont 5 000 000 euros HT pour les marchés de travaux et 200 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services. L'article 11 du décret n° 2005-1742 prévoit les modalités de calcul des seuils.

L'article 11 II du décret du 30 décembre 2005 précise pour les lots de moins de 80 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services et de moins de 1 000 000 d'euros HT pour les marchés de travaux, que, dès lors que le montant cumulé des lots ne dépasse pas 20 % de la valeur de la totalité des lots, le pouvoir adjudicateur peut librement définir les modalités de passation.

4. LA PUBLICITÉ

L'article 10 de l'ordonnance n° 2005-649 dispose qu'« après avoir défini ses besoins, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'État ».

Ce sont les articles 15 et 16 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 qui précisent ces conditions.

4.1. LES AVIS DE PRÉINFORMATION

L'article 15 du décret de 2005 prévoit qu'à partir de 750 000 euros HT pour les fournitures et services et de 5 000 000 euros HT pour les travaux un avis de préinformation, conforme au modèle fixé par un règlement communautaire, peut être soit adressé pour publication à l'office des publications officielles de l'Union Européenne (OPOUE), soit publié sur un profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur qui choisit la seconde option envoie, au préalable, à l'OPOUE par voie électronique, un avis annonçant la publication sur le profil d'acheteur.

Cette publicité n'est obligatoire que pour le pouvoir adjudicateur qui entend recourir à la faculté de réduire les délais de réception des offres.

4.2. LA PUBLICITÉ EN PROCÉDURE FORMALISÉE

L'article 16 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 prévoit que la mise en concurrence des marchés passés selon une procédure formalisée (devant être mise en œuvre à partir de 5 000 000 euros HT pour les marchés de travaux et de 200 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services), donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence.

L'avis doit être conforme au modèle fixé par un règlement communautaire et est envoyé pour publication au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE).

À la différence du CMP, le décret de 2005 n'impose pas de publication au bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) ou sur un autre support. En revanche, il est conseillé de multiplier les vecteurs de publicité. En effet, la publicité présente une double utilité. Elle permet, dans la plus grande transparence, le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés et garantit une véritable mise en concurrence, en suscitant candidatures et offres.

En pratique, il est conseillé de publier cet avis au BOAMP car ce dernier dispose d'un système de passerelle automatique vers le JOUE. L'avis bénéficie ainsi d'une publicité nationale et européenne.

4.3. LA PUBLICITÉ DES MARCHÉS PASSÉS SELON UNE PROCÉDURE ADAPTÉE (MAPA)

Les marchés dont le montant est inférieur aux seuils de procédure formalisée peuvent être passés selon une procédure adaptée. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs doivent définir les règles de publicité et de mise en concurrence proportionnées à l'objet et au montant du marché, en respectant les principes fondamentaux de la commande publique. Il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « *appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* »¹⁴.

Les conseils relatifs à la publicité des MAPA, présentés dans la circulaire relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics¹⁵, peuvent être appliqués aux marchés passés en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

5. LA PERSONNE COMPÉTENTE POUR ATTRIBUER LE MARCHÉ

L'article R. 433-4 du Code de la construction et de l'habitation (CCH) précise que « Les marchés des offices publics de l'habitat sont soumis aux règles fixées pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics par le Code des marchés publics ».

¹⁴ CE, 7/10/2005, région Nord-Pas-de-Calais, n° 278732, p. 423

¹⁵ Circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics (NOR : EFIM1201512C), point 10.3.2.1.

Cette disposition doit être considérée comme implicitement abrogée par le nouvel article L. 421-26 du Code de la construction et de l'habitation (CCH).

Or, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, sauf exceptions expressément autorisées par le CMP, la commission d'appel d'offres est l'instance de droit commun pour attribuer le marché formalisé. Elle choisit l'offre qui se révèle être économiquement la plus avantageuse au regard des critères préalablement définis par l'acheteur public. Ensuite, il appartient au représentant du pouvoir exécutif de signer le contrat.

Pour les OPH, l'alinéa 5 de l'article R. 421-18 du CCH complétait le dispositif en prévoyant que « *le directeur général préside la commission d'appel d'offres* ». Cet article, qui a été maintenu dans le CCH, donne compétence au directeur général pour présider une commission d'appel d'offres, sans qu'il soit précisé à quel régime est soumise cette commission. En effet, les OPH peuvent librement organiser une commission d'appel d'offres, le cas échéant, en s'inspirant des modalités prévues au Code des marchés publics. La seule contrainte sera que, dans ce cas, le directeur général devra la présider.

Ce même article R. 421-18 du CCH dispose, au sujet du directeur général, qu' « *il passe tous actes et contrats au nom de l'office et le représente dans tous les actes de la vie civile* ». Par conséquent, quelle que soit la procédure mise en place, il revient toujours au directeur général d'attribuer et, le cas échéant, de signer les marchés passés par l'OPH.

6. LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

Le Code général des collectivités territoriales (CGCT) fixe la liste des actes locaux devant être transmis au contrôle de légalité¹⁶. Cette liste comprend, notamment, les « *marchés et accords-cadres* ». Cette transmission s'applique tant aux actes des collectivités locales qu'à ceux des établissements publics communaux¹⁷ et départementaux¹⁸.

Les OPH sont, aux termes du CCH, des « *établissements publics locaux à caractère industriel et commercial* » (alinéa 1 de l'article L. 421-1) qui sont rattachés à un établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat, à un département ou à une commune (article L. 421-6). Ils restent donc soumis à l'obligation de transmission des marchés et accords-cadres au représentant de l'État dans le département dans les conditions fixées par le CGCT¹⁹.

Cette transmission n'est obligatoire *que pour les contrats administratifs et non pour ceux de droit privé* (voir, à cet égard, l'article L. 2131-4 du CGCT).

Les avenants qui complètent un marché soumis à l'obligation de transmission doivent, également, être transmis au contrôle de légalité (cf. infra).

7. LES GROUPEMENTS DE COMMANDE

Les groupements ne sont pas prévus par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ou par le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

¹⁶ Articles L. 2131-2 et L. 3131-2 du CGCT

¹⁷ L. 2131-12 du CGCT

¹⁸ L. 3131-6 du CGCT

¹⁹ Les OPH, qui ont le statut d'établissements publics locaux, restent soumis au décret n° 2007-450 du 25 mars 2007 et aux dispositions du Code général des collectivités territoriales qu'il a modifié. Ainsi l'article D.1617-23 du CGCT, qui dispose que « *la signature [...] du bordereau récapitulatif des mandats de dépense emporte certification du caractère exécutoire des pièces justifiant les dépenses concernées* » reste pleinement applicable aux OPH.

Néanmoins, des OPH peuvent participer à des groupements existants, créés par des personnes morales de droit public soumises au CMP en application de l'article 8 de ce code.

Par ailleurs, plusieurs OPH peuvent choisir de constituer un groupement selon des modalités fixées par une convention constitutive et, le cas échéant, y intégrer des personnes privées. La convention peut s'inspirer des règles de l'article 8 du CMP, sans toutefois y faire référence expressément.

Les règles de passation des marchés applicables à de tels groupements dépendent de la nature de ses membres : s'il s'agit exclusivement de personnes soumises à l'ordonnance de 2005, le groupement sera soumis à l'ordonnance. En revanche, si au moins un membre du groupement est soumis au Code des marchés publics, le Code des marchés publics s'appliquera au groupement dans son ensemble.

Dans ce dernier cas, l'intégralité des règles du CMP s'applique au groupement et donc, pour les prestations concernées, à l'OPH membre du groupement.

8. LA DURÉE DES MARCHÉS, LA DURÉE DES ACCORDS-CADRES ET DES MARCHÉS À BONS DE COMMANDE

La durée de validité d'un contrat conditionne la validité de la créance, laquelle fait l'objet d'un contrôle du comptable et peut entraîner la mise en jeu de sa responsabilité.

Dans un contrat comme l'accord-cadre, la dépense est effectivement engagée lors de la passation du marché dit « subséquent ». Ce marché est passé selon des procédures de passation allégées²⁰. Sa validité est déterminée en fonction de celle de l'accord-cadre. Il est donc important de connaître la durée de validité de l'accord-cadre pour connaître la durée pendant laquelle un marché subséquent peut être passé et engager les deniers publics.

D'une manière générale, l'article 5 du décret précise : « *Sans préjudice des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres et les marchés à bons de commande [...], la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions, à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise* ».

S'agissant des accords-cadres et des marchés à bons de commande, il convient d'être vigilant sur la durée de validité des uns comme des autres. Aux termes de l'article 42-V du décret, « *la durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ne peut se faire que pendant la durée de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* ».

Des dispositions similaires sont prévues à l'article 43 s'agissant des marchés à bons de commande. Bien évidemment, « *l'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché* ».

²⁰ La procédure plus « lourde » a été menée lors de la conclusion de l'accord-cadre

9. LA DÉMATÉRIALISATION

Les candidatures et les offres électroniques n'auront pas à être acceptées, de manière obligatoire, par les OPH. En effet, ni l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ni le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ne posent d'obligation en ce domaine.

Cela étant, aux termes de l'article 14-I du décret, « *Les documents écrits mentionnés par le présent décret peuvent être remplacés par la production d'un support physique électronique ou par un échange électronique. Les dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques doivent avoir un caractère non discriminatoire, être généralement disponibles et être compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées* ».

Il convient de rappeler que les OPH doivent respecter le même cadre juridique pour la dématérialisation de leurs pièces comptables et justificatives (dont les marchés) adressées à leur comptable public (cf. article D. 1617-23 du CGCT et son arrêté d'application du 27 juin 2007 modifié – NOR : BCFR0750735A).

CHAPITRE 3

LES RÈGLES D'EXÉCUTION

1. L'APPLICATION DES CCAG

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) ²¹ fixent les dispositions applicables à chaque catégorie de marchés. Les OPH ne sont pas soumis aux CCAG. Ils peuvent néanmoins choisir de s'y soumettre volontairement.

Si le pouvoir adjudicateur choisit d'y faire référence, il est rappelé que, pour qu'elles soient opposables, les dérogations doivent être récapitulées dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP), en général à la fin.

La référence à un CCAG tel que diffusé par arrêté emporte qualification du contrat en contrat administratif (voir, à cet égard, l'arrêt du Conseil d'État n° 319103 du 3 juin 2009, mentionné supra au 1.1). En effet, sauf adaptations particulières faites par les parties, les CCAG comportent tous des clauses exorbitantes du droit commun.

2. TITULAIRE ET SOUS-TRAITANTS

Dans beaucoup de marchés, la sous-traitance représente un enjeu majeur, notamment pour le comptable : le sous-traitant de premier rang bénéficie du paiement direct à la condition que le montant des prestations qui lui sont confiées atteigne au moins 600 € TTC, qu'il ait été accepté et que ses modalités de paiement aient été agréées. Pour le comptable public, sauf à ce que le sous-traitant et les renseignements afférents à son intervention figurent d'emblée dans le marché, la production à titre de pièce justificative d'un acte spécial de sous-traitance est obligatoire pour procéder au paiement direct.

Alors que le CMP consacre six articles à cette question (articles 112 à 117), l'ordonnance de 2005 est silencieuse.

Cependant, l'article 20 du décret n° 2005-1742 du 30 septembre 2005 prévoit bien la possibilité de sous-traiter : « *Dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises [...] ou à des artisans* ».

Par ailleurs, l'article 4 de la loi n° 75-1334 du 3 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance précise que le titre II, relatif au paiement direct, est applicable « *aux marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises locales* ».

Les entreprises sous-traitantes des titulaires de marché ont donc droit au paiement direct de leurs prestations par le comptable public.

L'acte spécial de sous-traitance est une pièce prévue par le seul CMP. Sauf dispositions contraires, il ne peut donc être exigé par le comptable public. Cela étant, pour bénéficier du paiement direct, en application de l'article 6 de la loi de 1975, le sous-traitant doit avoir été accepté et ses conditions de paiement agréées. Le comptable devra exiger une pièce permettant de s'assurer du respect de ces conditions.

²¹ CCAG marchés publics de fournitures courantes et de services, approuvé par l'arrêté du 19/5/2009 ; CCAG marchés publics de prestations intellectuelles, approuvé par l'arrêté du 16/9/2009 ; CCAG marché public de travaux, approuvé par arrêté du 8/9/2009 et son rectificatif ; CCAG marchés publics industriels, approuvé par arrêté du 16/9/2009 ; CCAG marchés publics des techniques de l'information et de la communication, approuvé par arrêté du 16/9/2009.

3. LES AVENANTS

L'ordonnance et le décret de 2005 n'encadrent pas la question des avenants. L'article 6 du décret ²² précise néanmoins que les marchés et accords-cadres passés sous l'empire de l'ordonnance doivent respecter les principes de transparence, d'égalité de traitement et de libre accès à la commande publique. Il en résulte que, même si les textes ne le disent pas expressément, un avenant ne peut modifier ni l'objet du contrat, ni son économie générale.

La Cour de justice de l'Union européenne ²³ précise ainsi que, pour respecter ces principes, un avenant ne peut apporter au marché des modifications qui présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial. Dès lors, un avenant ne peut entraîner des modifications telles que, si elles avaient figuré dans le marché initial, elles auraient pu conduire à ce que d'autres candidats ou d'autres offres soient retenus. De même, l'avenant ne saurait avoir pour effet d'étendre le marché à des prestations nouvelles dans une mesure importante ou de modifier l'équilibre du marché en faveur du titulaire dans des conditions qui n'étaient pas prévues par le marché initial.

Il est rappelé que tout avenant complétant un marché soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État est, lui aussi, soumis à cette obligation, permettant ainsi aux services préfectoraux en charge du contrôle de légalité de vérifier que cet avenant qui modifie le marché n'en bouleverse pas l'économie générale. Dans le cas où l'avenant modifierait le contrat ou en bouleverserait l'économie générale, de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence devraient être prises.

4. LES AVANCES ET ACOMPTE

4.1. LES AVANCES

L'avance constitue une dérogation importante à la règle du paiement après service fait consacrée notamment par le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique.

Le service fait constituant un principe général inhérent à tout paiement par une personne morale de droit public, il est rappelé qu'en l'absence d'une disposition réglementaire les autorisant expressément, les avances ne sont pas permises.

Pour les OPH, des dispositions régissent toutefois les avances et les acomptes. Ainsi, l'article 47-1 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 précise que *« les marchés peuvent donner lieu à des versements à titre d'avance. L'avance ne peut excéder 30 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermée. L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % de ce montant sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est pas exigée des organismes publics »*.

L'avance n'est en aucun cas obligatoire. Néanmoins, la garantie à première demande, obligatoire en cas d'avance au-delà de 30 % du montant initial, concerne exclusivement la garantie sur l'avance et ne saurait constituer une garantie sur l'exécution du marché.

Le comptable ne peut verser aucune avance si le taux et les modalités de versement ne sont pas prévues dans les dispositions contractuelles. Il ne peut verser aucune avance pour laquelle une garantie à première demande est prévue si la copie de cette garantie ne lui est pas produite (l'ordonnateur conservant l'original).

²² *« Les marchés et accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »*

²³ CJCE, 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich

Le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 prévoit la possibilité de versement d'une avance ainsi que, le cas échéant, les garanties nécessaires. Les dispositions de ce décret permettent de finaliser sans difficulté les clauses correspondantes dans les marchés des OPH et, dès lors que les dispositions contractuelles indiquent le taux et les modalités de versement de l'avance, et que, si nécessaire, une garantie à première demande est prévue et produite, le comptable dispose des éléments suffisants pour verser l'avance en cause.

En revanche, aucun dispositif n'est décrit dans le décret précité concernant la récupération des avances. Dès lors, il est indispensable que le marché prévoit les modalités de cette récupération, sans quoi le comptable ne saura ni quand, ni comment la mettre en œuvre de façon sécurisée. Ce point devra être prévu d'emblée dans le marché car il n'est guère souhaitable qu'il figure dans un avenant. Cela étant, en cas de silence du contrat, il n'y aura d'autre solution que celle de l'avenant car le comptable doit procéder sur la base d'une pièce en ce domaine. Il importe donc, en l'absence d'avenant, que le comptable, dès le paiement de l'avance, réclame un avenant indiquant les modalités de la récupération de celle-ci. En dernier recours, si un tel avenant ne lui est pas produit, il serait envisageable de récupérer l'avance lors du premier paiement après service fait.

Il est donc nécessaire que le comptable appelle l'attention du pouvoir adjudicateur sur ces différents points.

4.2. LES ACOMPTES

Le même article 47-1 du décret de 2005 précise que « *Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte* ».

Si des acomptes peuvent être versés, la fréquence des versements n'est pas indiquée par les textes. Il appartient au marché de la fixer.

5. LES GARANTIES EN MATIÈRE D'EXÉCUTION

5.1. POUR LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Cette problématique, différente de celle de la garantie sur avance, importe tout autant car elle permet à la personne morale de droit public de se prémunir contre les risques liés à l'exécution des prestations.

Ainsi, en ce qui concerne les marchés publics soumis au Code des marchés publics, trois sortes de garanties sont prévues : la garantie à première demande, la retenue de garantie et la caution personnelle et solidaire.

Contrairement au CMP, l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ne prévoient rien en la matière. Dans ces conditions, la garantie, s'il y en a une, pourra prendre la forme choisie par l'OPH et fera l'objet d'un écrit permettant au comptable de l'appliquer.

Le comptable, saisi par son ordonnateur avant la signature du contrat, devra attirer son attention sur ce point et lui conseiller d'insérer une clause contractuelle instaurant un mécanisme de garantie ou tout autre dispositif équivalent afin que soit assurée l'exécution des prestations.

5.2. POUR LES MARCHÉS DE DROIT PRIVÉ

Il convient de se référer aux clauses du contrat.

6. LE RÉGIME DES PRIX ET PAIEMENTS

Les règles applicables en matière de prix sont laissées à la discrétion des cocontractants, qui déterminent dans le contrat les modalités d'actualisation et de révision. L'absence de toute précision sur ces sujets dans le contrat est de nature à nuire à la bonne exécution financière des contrats concernés. Il importe donc de conseiller aux ordonnateurs d'anticiper les difficultés en introduisant des dispositions contractuelles adaptées.

Dans un marché soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, qu'il soit public ou privé, le paiement peut être différé en fonction des conditions fixées dans la convention. En effet, l'ordonnance n'interdit pas l'insertion de toute clause de paiement différé, sauf en son article 19, pour les marchés passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État.

Par ailleurs, il est signalé que l'article 6 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 dispose que « *les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Des clauses incitatives, liées notamment aux délais d'exécution, à la recherche d'une meilleure qualité des prestations et à la réduction des coûts de production, peuvent être insérées dans les marchés. Les marchés peuvent prévoir des clauses d'actualisation, d'ajustement et de révision des prix* ».

Il n'est prévu aucun dispositif concernant une éventuelle obligation d'actualisation. De même, l'ordonnance comme le décret de 2005 ne prévoient rien sur les modalités d'application des éventuelles variations de prix. Celles-ci, s'il y en a, devront être intégralement prévues d'emblée dans le marché, sans quoi ni l'ordonnateur, ni le comptable, ni l'entreprise ne seront en mesure de les calculer et/ou d'en vérifier l'application.

7. LE DÉLAI DE PAIEMENT

Les marchés soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ne sont pas soumis, sauf dispositions contractuelles contraires en l'état actuel de la réglementation, au délai de paiement issu de l'article 98 du Code des marchés publics, ainsi qu'aux intérêts moratoires dus en cas de dépassement de ce délai, calculés selon les modalités prévues au décret n° 2002-232 du 21 février 2002 modifié.

Le délai de paiement et le taux des intérêts moratoires doivent être fixés contractuellement, sauf dans les cas où les prestations concernées entrent dans le cadre de l'article L. 441-6 du Code de commerce ²⁴

²⁴ « Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. [...] »

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa.

« Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée. »

Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs, peuvent décider conjointement de réduire le délai maximum de paiement fixé à l'alinéa précédent. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services demandée comme point de départ de ce délai. Des accords sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement à tous les opérateurs du secteur ou, le cas échéant, valider le nouveau mode de computation et l'étendre à ces mêmes opérateurs.

Nonobstant les dispositions précédentes, pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaires, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

Dans le cas où la convention serait silencieuse sur ce point, en attendant la transposition de la directive n° 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales²⁵, qui sera applicable aux OPH, aucun délai de paiement ne peut être opposé à la personne morale de droit public qui paierait avec retard ses prestations.

La directive précitée étend l'exigence d'un délai de paiement à trente jours maximum aux acheteurs publics soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, dès lors qu'ils ne sont pas des entreprises publiques, au sens de cette directive. Les OPH seront donc concernés dans des modalités restant à définir à ce jour.

8. LES CESSIONS DE CRÉANCES

Les cessions de créances représentent un enjeu majeur pour les comptables publics, pour les établissements cessionnaires, pour les entreprises elles-mêmes et pour les pouvoirs adjudicateurs.

Le comptable public doit payer le bon créancier. En cas d'erreur sur la personne titulaire de la créance, sa responsabilité personnelle et pécuniaire est engagée et la personne publique peut être amenée à payer deux fois la même somme.

Le CMP impose la remise d'un « exemplaire unique » ou d'un « certificat de cessibilité » (article 106), qui permet au cessionnaire d'être certain de l'étendue de la créance qu'il acquiert. Le cessionnaire notifie (ou signifie) la cession au comptable public et lui transmet l'exemplaire unique (ou le certificat de cessibilité) à titre de pièce justificative du paiement. Ce dispositif sert de verrou de sûreté et permet une information rapide et complète du comptable public, qui peut alors honorer le cessionnaire. Le dispositif protecteur de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité, prévu par le Code des marchés publics, ne connaît, dans le cadre de l'ordonnance comme dans celui du décret, aucun équivalent.

Aucun exemplaire unique ou aucun certificat de cessibilité ne pourra être exigé par le comptable, sauf à ce que le contrat ait prévu cette pièce.

9. LES MARCHÉS À BONS DE COMMANDE ET LES ACCORDS-CADRES

Dans le cadre du CMP, les titulaires d'un accord-cadre ou d'un marché à bons de commande bénéficient d'une exclusivité sur les prestations objet du marché, alors même qu'aucune clause d'exclusivité ne figurerait dans le marché²⁶.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. [...]

Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième et onzième alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du douzième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa.

II. - *Lorsque le prix d'un service ou d'un type de service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, le prestataire de services est tenu de communiquer au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé.*

²⁵ Elle doit intervenir, au plus tard au 16/03/2013.

²⁶ Réponse Ministérielle à la question parlementaire n° 50911, JOAN QE 15/3/2005, p. 2778 et Réponse Ministérielle à la question parlementaire n° 75327, JOAN QE 16/5/2006, p. 5178.

L'ordonnance et le décret de 2005 ne prévoient pas une telle protection du titulaire. Sauf stipulation contraire, le pouvoir adjudicateur n'est donc pas lié par un principe d'exclusivité et peut passer des commandes à d'autres opérateurs, sous réserve d'appliquer les principes fondamentaux de la commande publique et de respecter les règles de passation. En outre, la personne publique qui, contractuellement, s'engage sur une quantité ou un montant minimum, devra respecter cet engagement, au besoin en indemnisant le titulaire du marché.

Cette faculté doit cependant être utilisée avec précaution pour éviter un risque de requalification en résiliation de fait.

10. LES PIÈCES JUSTIFICATIVES

10.1. LES COMPTABLES PEUVENT SE RÉFÉRER À LA RUBRIQUE 4 DE LA LISTE DES PIÈCES JUSTIFICATIVES DES DÉPENSES PUBLIQUES LOCALES

Les marchés des OPH sont des marchés publics, au sens de la directive n° 2004/18, soumis à l'ordonnance de 2005. Ils n'appliquent le régime des marchés soumis au Code marchés publics : il s'agit de marchés spécifiques qui sont soit soumis au droit administratif, soit soumis au droit privé.

La liste des pièces justificatives du secteur public local figurant en annexe I du CGCT ne traite pas encore le cas – nouveau - des marchés des OPH qui ne sont plus soumis au Code des marchés publics. Toutefois, en ce qui concerne les pièces justificatives à exiger, les comptables publics des OPH pourront se référer à la rubrique 4 « *Marchés publics* » de cette liste ²⁷ dont les autres rubriques demeurent d'ailleurs applicables aux OPH (§ 2.1 de l'instruction codificatrice n° 07-024-M0 du 30 mars 2007 relative aux pièces justificatives des dépenses du secteur public local).

10.2. LES PIÈCES JUSTIFICATIVES DOIVENT ÊTRE ADAPTÉES À LA SPÉCIFICITÉ DES MARCHÉS DES OPH

Pour autant, il ne sera pas possible aux comptables d'exiger toutes les pièces listées dans la rubrique 4 de la nomenclature précitée, dans la mesure où l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application n'imposent pas les mêmes obligations aux pouvoirs adjudicateurs qui y sont soumis que le Code des marchés publics en matière d'exécution financière (voir le décret précité n° 2005-1742 du 30 décembre 2005).

En tout état de cause, les pièces produites doivent permettre au comptable d'exercer l'ensemble de ses contrôles réglementaires (cf. § 1.2 de l'instruction codificatrice n° 07-024-M0 du 30 mars 2007).

Ainsi, les comptables ne pourront exiger que des pièces compatibles avec les stipulations contractuelles (par exemple : état liquidatif de l'avance si une avance est à verser, certificats d'acompte, état liquidatifs des variations de prix si le marché fait l'objet d'acomptes et de variations de prix, les bons de commande comportant des dispositions financières si des pénalités sont décomptées...) et les pièces expressément prévues par elles (par exemple, le cas échéant, l'exemplaire unique si les parties s'y réfèrent pour sécuriser les cessions de créances).

L'ordonnateur produit au comptable public le document écrit constituant le marché formalisé.

²⁷ §5 du préambule de cette liste : « *Lorsqu'une dépense est répertoriée dans la liste, les pièces justificatives nécessaires au paiement de cette dépense y sont toutes énumérées. Lorsqu'une dépense n'est pas répertoriée dans la liste, le comptable doit demander, en se référant si possible à une dépense similaire répertoriée, les pièces justificatives qui lui permettent d'effectuer ses contrôles* ».

En effet, compte tenu des montants en jeu, il y a tout lieu d'estimer que ce document écrit comporte des clauses financières complexes dont le comptable a besoin pour exercer ses contrôles réglementaires. Ainsi, doivent être transmises au comptable toutes les pièces constitutives de ces marchés formalisés, qui peuvent être, par exemple, mais pas nécessairement, un acte d'engagement et un CCAP...

Ainsi, le comptable ne connaît pas a priori la forme que prend l'écrit constituant le marché formalisé. Il ne saurait donc, par exemple, exiger de l'ordonnateur la production d'un acte d'engagement dûment signé des deux parties, une telle obligation ne figurant pas dans les textes régissant désormais les marchés des OPH.

S'agissant des marchés de services qui ne font pas l'objet de procédures formalisées et des marchés en deçà des seuils, ils ne font pas forcément l'objet d'un écrit, sauf s'il s'agit de prestations de maîtrise d'œuvre, en raison des termes mêmes de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée.

Cela étant, le comptable ne peut effectuer aucun paiement en l'absence de toute pièce justificative. Outre la demande de paiement elle-même, il pourra être amené, si celle-ci est insuffisante pour l'exercice de ses contrôles, à réclamer une pièce complémentaire (état liquidatif d'un acompte ou d'une révision, par exemple...).

Ainsi, pour résumer, pour le comptable public, les marchés d'un montant supérieur aux seuils des marchés formalisés devront faire l'objet d'un écrit. Pour les marchés d'un montant inférieur, il ne pourra exiger en droit, à l'appui d'une demande de paiement, une autre pièce justificative de paiement que la facture sauf dans des cas bien déterminés.

Enfin, dès lors que le comptable doit payer directement un sous-traitant, quelle que soit la forme du marché, il est nécessaire qu'un acte spécial de sous-traitance (ou équivalent) lui soit produit.

Les comptables sont donc invités à faire preuve de vigilance sur les paiements qu'ils ont à effectuer dans le cadre de tels contrats.

Enfin, dans l'hypothèse où ils seraient saisis en amont de la signature du contrat, les comptables, devraient rappeler à leur ordonnateur que la simple référence, dans les dispositions contractuelles, à une pièce ou à une procédure prévue dans le Code des marchés publics ne suffit pas à permettre de procéder au calcul des sommes dues ni à sa vérification. Il importe donc que l'ensemble des éléments nécessaires tant aux parties qu'au comptable en matière de liquidation soient prévus (exemple : formule de révision du prix, périodicité de versement des acomptes, modalités de récupération de l'avance...).

Le silence de la convention sur de tels points, qui devraient, en droit, être traités d'emblée, serait de nature à faire obstacle aux paiements. Il est toutefois signalé que les comptables seraient à même d'honorer les dispositions d'un avenant en la matière.