

PRATIQUE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

Marchés publics et privés

PATRICIA GRELIER WYCKOFF
Professeur à l'ICH

Cinquième édition 2007

© Groupe Eyrolles, 2000, 2002, 2005, 2007,

ISBN : 978-2-212-12131-5

EYROLLES





TABLE DES MATIÈRES

Partie 1 • 1

Les intervenants à l'acte de construire

1	LES MAÎTRES D'OUVRAGE	3
1.	Introduction	3
1.1.	Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage	5
1.2.	Les fonctions des maîtres d'ouvrage.....	8
1.3.	Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA)	10
2.	La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD)	12
2.1.	Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage est soumis à la loi MOP (marché réglementé)	12
2.2.	Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP (marché non réglementé)	17
3.	Le conducteur d'opération (AMO) en marchés publics et réglementés	19
3.1.	Une mission d'assistance générale.....	19
3.2.	Une mission transversale	20
3.3.	Les personnes pouvant être conducteurs d'opération	20
3.4.	Articulation avec les autres intervenants	21
3.5.	Choisir son conducteur d'opération : MAPA ou procédure négociée	22
3.6.	Conduite d'opération ou mandat ?	23
2	LA MAÎTRISE D'ŒUVRE	25
1.	Généralités	25
1.1.	La fonction de maîtrise d'œuvre	25
1.2.	Définitions générales	25
1.3.	L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle	26
1.4.	Nature des contrats de maîtrise d'œuvre.....	26
1.5.	Le dispositif réglementaire	26
1.6.	Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP (rappel du 1.1.2.2.)	27

1.7. Les ouvrages concernés par la loi MOP.....	27
1.8. Les contrats concernés par la loi MOP	28
2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre.....	28
2.1. Phase de conception	29
2.2. Phase de réalisation	31
3. La mission de base	34
4. Le stade de la consultation des entreprises	36
4.1. Procédure générale	36
4.2. La consultation anticipée pour un ou plusieurs lots d'une technicité particulière : missions spécifiques de maîtrise d'œuvre.....	36
4.2. La consultation en conception-réalisation.....	38
4.3. En résumé.....	39
5. Le contrat de maîtrise d'œuvre	40
5.1. Généralités	40
5.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre.....	40
5.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre.....	40
5.4. Les obligations de la maîtrise d'œuvre en matière d'évaluation des travaux pour les ouvrages de bâtiment (rappel).....	41
6. La responsabilité du maître d'œuvre.....	42
6.1. La conception : les fautes de conception.....	42
6.2. Le conseil : le défaut de conseil	43
6.3. Le contrôle et la surveillance : le défaut de surveillance	43
6.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur	44
6.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur.....	45
6.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale	46
7. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre	47
7.1. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage privé non soumis à la loi MOP	47
7.2. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage non soumis au Code des marchés publics mais soumis à la loi MOP	48
7.3. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage soumis au CMP	48

3 LE COORDONNATEUR SÉCURITÉ ET PROTECTION DE LA SANTÉ	55
1. Généralités.....	55
1.1. Espace clos et indépendant.....	55

1.2. Plusieurs entreprises.....	56
1.3. Risques de coactivité.....	56
1.4. Le dispositif légal et réglementaire	57
1.5. Les trois catégories d'opération SPS	57
1.6. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil	59
1.7. Les sanctions pénales pour le maître d'ouvrage et pour l'entrepreneur.....	60
2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de la santé.....	60
2.1. Le coordonnateur SPS.....	60
2.2. Les obligations du maître d'ouvrage.....	63
2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants ..	67
3. Les documents.....	69
3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC).....	69
3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS).....	70
3.3. Registre journal (RJ).....	72
3.4. Dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO).....	73
4. Le Comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT).....	74
4.1. Composition du CISSCT	74
4.2. La mission du CISSCT	75
4.3. Les différentes règles de fonctionnement du CISSCT.....	75
5. Les obligations des particuliers en matière de coordination de travaux	76
5.1. Obligations du maître d'ouvrage particulier	77
5.2. Obligations du coordonnateur désigné par la loi	77
6. Recommandations destinées à favoriser la prise en compte de la prévention des risques professionnels	78
6.1. La coordination en amont du chantier	78
6.2. La coordination pendant l'exécution du chantier.....	79

4 LES ENTREPRENEURS (LA DÉVOLUTION DES MARCHÉS) 81

1. Les marchés séparés en lots : l'allotissement.....	82
2. Le marché unique (ou à l'entreprise générale).....	83
3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance ..	84
3.1. Généralités	84
3.2. Les deux formes de groupement	86
3.3. Le fonctionnement des GME	89

4. La sous-traitance	99
4.1. Règles communes à tous les marchés de sous-traitance	99
4.2. Sous-traitance et marchés publics	101
4.3. Sous-traitance et marchés privés	110
4.4. Requalification du contrat de sous-traitance par le juge	116
4.5. Responsabilité décennale du sous-traitant	119

Partie 2 • 121

Le cadre juridique de l'acte de construire

5 LES CONTRATS DU SECTEUR PRIVÉ 123

1. Nature juridique et domaine respectif de chacun des contrats	123
1.1. Domaine respectif des contrats dans le secteur protégé	123
1.2. Domaine respectif des contrats hors du secteur protégé	127
2. Les contrats du secteur protégé : dispositions d'ordre public	128
2.1. Le contrat de vente d'immeuble à construire	128
2.2. Le contrat de construction de maison individuelle	129
2.3. Le contrat de promotion immobilière	142

6 LES CONTRATS DU SECTEUR PUBLIC 145

1. Le contrat administratif	145
1.1. C'est la loi ou la jurisprudence qui qualifient un contrat de contrat administratif	145
1.2. Un contrat administratif implique des prérogatives et des droits	147
2. Les principaux contrats administratifs	152
2.1. Le marché	152
2.2. Les contrats globaux spéciaux	152
2.3. La délégation de service public	153
2.4. Bail emphytéotique administratif (BEA) (L 1311-2 et suiv. du CGCT)	154
2.5. Le bail emphytéotique des hôpitaux (BEH)	157
2.6. Le contrat de partenariat	160
2.7. L'Autorisation d'occupation temporaire (AOT de l'État - art. L 2122-6 CG3P)	163
2.8. L'AOT avec option d'achat (LOA) : État pour la justice, la police, la gendarmerie et les armées (art. L 2122-15 du CG3P)	166
2.9. L'AOT des collectivités territoriales (art. L 1311-5 du CGCT)	171

2.10. Les contrats de la loi MOP.....	174
2.11. La vente en état futur d'achèvement (VEFA).....	175
3. En résumé.....	175

7 LES TRAVAUX PUBLICS ET LES OUVRAGES PUBLICS.....177

1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics	177
1.1. Les travaux publics	177
1.2. Les ouvrages publics.....	179
2. Régime juridique des travaux publics	181
2.1. Le caractère attractif des travaux publics : compétence des tribunaux administratifs	181
2.2. Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable	183
2.3. Les privilèges attachés aux travaux et ouvrages publics	184
3. En résumé.....	184
3.1. Notion de travaux publics et d'ouvrages publics	184
3.2. Régime juridique des travaux publics	185

Partie 3 • 187

Les marchés

8 LA PASSATION DES MARCHÉS.....189

1. Généralités	189
1.1. L'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006	189
1.2. Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres	189
1.3. Le prix	191
1.4. Les pièces constitutives des marchés publics	192
2. Le respect des principes	193
2.1. Le principe d'égalité des candidats.....	194
2.2. La liberté d'accès à la commande publique	194
2.3. Le principe de transparence	194
2.4. Sanctions du non-respect de ces principes	195
3. La publicité	195
3.2. Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée.....	195
3.3. Entre le seuil de 90 000 € HT et celui de 5 270 000 € HT...	197
3.4. Au-dessus du seuil communautaire de 5 270 000 € HT	197

3.5. Absence de publicité : exceptions très limitées (art. 28, alinéa 4, et art. 35 II du CMP)	197
3.6. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27 du CMP et point 7.1.1 de la circulaire).....	198
4. La sélection des candidats	199
4.1. Interdictions de soumissionner (art. 43 du CMP et point 10.1 de la circulaire).....	199
4.2. Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures) (art. 44 et 45 du CMP et point 10.2 de la circulaire).....	200
4.3. Pièces absentes ou incomplètes (art. 52 du CMP et point 10.3 de la circulaire).....	202
4.4. Documents à produire par le seul attributaire (art. 46 et 47 du CMP et point 10.4 de la circulaire).....	202
5. La sélection des offres	202
5.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (art 53 du CMP et points 12, 12.1. de la circulaire)	202
5.2. Pondération des critères (art. 53 du CMP et point 12.1 de la circulaire).....	203
5.3. Variantes et options (art. 50. du CMP et point 4.4. de la circulaire).....	204
6. Les procédures de passation des marchés publics.....	205
6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA)	205
6.2. Les trois catégories de marchés formalisés	208
7. La négociation	221
7.1. La négociation peut porter sur :	221
7.2. La négociation ne doit pas remettre en cause :	222
7.3. La négociation n'est autorisée que dans :	222
7.4. La négociation doit tenir compte :	222
7.5. Différence entre une procédure adaptée et une procédure négociée :.....	223
8. La dématérialisation des procédures de passation	223
8.1. De quoi s'agit-il ?.....	223
8.2. Que prévoit le Code des marchés publics ? (art. 56 du CMP et point 10.5 de la circulaire).....	224
9. La passation des marchés privés	227
9.1. La passation des marchés privés non réglementés	227
9.2. Le devis	228
9.3. La passation des marchés réglementés	229
9.4. La dématérialisation dans les marchés privés	234

9	LES GARANTIES	237
1.	Les garanties que le maître d’ouvrage peut exiger de l’entrepreneur dans les marchés soumis au CMP	237
1.1.	La retenue de garantie et son remplacement par une caution ou par une garantie à première demande	237
1.2.	Les autres garanties	247
2.	Les garanties que le maître d’ouvrage peut exiger de l’entrepreneur dans les marchés privés (loi du 16 juillet 1971).....	248
2.1.	La retenue de garantie ou son remplacement par une caution .	248
2.2.	Les autres garanties	254
3.	Les garanties dans un contrat de sous-traitance	254
3.1.	Celles que l’entrepreneur principal peut exiger du sous-traitant : une retenue de garantie remplaçable par une caution	254
3.2.	Celles que l’entrepreneur principal doit fournir au sous-traitant	257
4.	La garantie que le maître d’ouvrage privé doit fournir à l’entrepreneur	257
4.1.	L’obligation pour le maître d’ouvrage privé de garantir l’entrepreneur du paiement de ses travaux	258
4.2.	Le mécanisme de la garantie de paiement	259
4.3.	La sanction de la non-fourniture de la garantie	260
4.4.	Caractère d’ordre public de l’article 1799-1 du Code civil ...	265
10	L’EXÉCUTION DU MARCHÉ	267
1.	Les obligations du maître d’ouvrage et de l’entrepreneur liées à l’exécution des travaux	267
1.1.	Le rôle du maître d’ouvrage pendant l’exécution	267
1.2.	Les obligations de l’entrepreneur liées à l’exécution des travaux	268
2.	Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire.....	284
2.1.	Les conditions classiques d’existence du marché à forfait	285
2.2.	Les conséquences du marché forfaitaire	290
3.	La modification dans la masse des travaux et ses conséquences en termes de prolongation du délai et d’indemnisation des entrepreneurs.....	298
3.1.	Les droits de l’entrepreneur dans les marchés publics.....	298
3.2.	Les droits de l’entrepreneur dans les marchés privés (norme NF P 03-001)	301
4.	L’interruption des travaux en cas de non-paiement	303
4.1.	En marchés publics	303

4.2. En marchés privés	303
5. Avenants et décisions de poursuivre (en marchés publics)	305
5.1. Les conditions de passation d'un avenant	306
5.2. Les avenants irréguliers.....	309
5.3. La décision de poursuivre	310
6. La gestion du compte prorata	311
6.1. Qui doit supporter les dépenses communes de chantier ?.....	311
6.2. Gestion et règlement du compte prorata	315
7. La prise en compte de préoccupations environnementales dans les marchés.....	318
7.1. Généralités	318
7.2. Qui engage sa responsabilité en matière de gestion des déchets de chantier	319
7.3. Un tri sélectif des déchets doit être envisagé	320
7.4. Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ?.....	321
7.5. Faut-il intégrer le coût du traitement dans le compte prorata ?...	321
7.6. L'adaptation en marchés privés, comme en marchés publics, préoccupations environnementales	321

11 LA RÉCEPTION DES TRAVAUX.....325

1. Caractéristiques	325
2. Effets juridiques et financiers.....	326
2.1. Effets de la réception (au regard du droit des marchés).....	326
2.2. Effets de l'absence de réception (au regard de la responsabilité des constructeurs).....	326
2.3. Effets de la réception assortie de réserves.....	327
2.4. Effets de la réception sans réserves.....	328
3. Les étapes de la réception	329
3.1. Dans les marchés soumis à la norme NF P 03-001	329
3.2. Dans les marchés publics soumis au CCAG travaux	330
4. Le refus de réception	334
5. Les réserves à la réception	334
5.1. Remédier aux réserves dans le délai contractuel.....	334
5.2. Comment remédier aux réserves ?	335
6. Conditions de la réception tacite	336
6.1. Dans les marchés publics	336
6.2. Dans les marchés privés	337
7. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement	338
8. En résumé	338

12 LE RÈGLEMENT DES MARCHÉS.....341

- 1. Le règlement des marchés publics soumis au CMP et au CCAG Travaux 1976..... 341
 - 1.1. Le respect des règles de la dépense publique et du financement préalable 341
 - 1.2. Le délai de paiement des entreprises 342
 - 1.3. L’avance et les acomptes 347
 - 1.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général 349
 - 1.5. Cession ou nantissement des créances résultant des marchés publics 358
- 2. Marchés privés : les délais de paiement encadrés 365
- 3. Le prix et son règlement dans les marchés soumis à la norme AFNOR NF P 03-001 366
 - 3.1. Le prix du marché 366
 - 3.2. Le paiement des acomptes 372
 - 3.3. Le paiement du solde : établissement du mémoire définitif et contestation du décompte définitif 373
- 4. Modèle de mémoire de réclamation 377

13 LES CONTRÔLES ET LES RECOURS DANS LES MARCHÉS PUBLICS379

- 1. Le contrôle a posteriori des marchés publics 379
 - 1.1. Les contrôles visant les actes administratifs 380
 - 1.2. Les contrôles visant les personnes 381
- 2. Les recours dans les marchés publics 385
 - 2.1. Litiges portant sur la passation du marché : les recours traditionnels 386
 - 2.2. Litiges portant sur la passation du marché : le déféré préfectoral 391
 - 2.3. Litiges portant sur la passation des marchés : le référé précontractuel (L 551-1 du CJA) 393
 - 2.4. Résumé du contentieux de la passation 398
 - 2.5. Litiges portant sur l’exécution du marché 399

BIBLIOGRAPHIE.....411

INDEX.....415