

Caractéristiques, conseils, recommandations pour la rédaction des CCAP

Pièce souvent considérée comme indispensable tant par les pouvoirs adjudicateurs que par les opérateurs économiques, le cahier des clauses administratives particulières constitue de manière évidente le support de la relation administrative dans le cadre des marchés publics. En tant que tel, sa rédaction doit être réfléchie et adaptée à l'achat considéré.

Cahier des clauses administratives particulières (CCAP), cahier des clauses techniques particulières (CCTP), cahier des clauses administratives générales (CCAG) et acte d'engagement sont, dans l'esprit de beaucoup de praticiens de l'achat public, autant de documents constitutifs des marchés publics. Pourtant, le caractère obligatoire de ces derniers n'a aujourd'hui rien d'évident. Au-delà de la contrainte, l'utilité de ces pièces contractuelles n'est pas discutable. S'agissant du CCAP ce dernier doit permettre de cadrer administrativement la relation pouvoir adjudicateur / titulaire, ce socle de dispositions « de base » pouvant ensuite être enrichi au regard des caractéristiques de chaque achat et des attentes du pouvoir adjudicateur.

À titre liminaire, la question du caractère obligatoire du CCAP mérite d'être posée.

En effet, si le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016⁽¹⁾ érige en son article 15 le caractère écrit des « marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT » en obligation, cette dernière ne se traduit pas nécessairement par l'établissement d'un CCAP. Ainsi, l'article précité poursuit en précisant que les « clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux » – les CCAG et CCTG – et qu'il convient d'être attentif aux éventuelles dérogations à ces documents généraux prévues par le marché public. En réalité, au-

Auteur

Philippe Guellier
Olivier Metzger

Avocats au Barreaux de Lyon et Grenoble
Cabinet Seban et associés

Mots clés

CCAG • CCAP • Clauses d'insertion • Clauses de réexamen • Délai d'exécution • Pénalités • Prix

(1) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

delà de cet article 15, le CCAP n'est jamais évoqué dans le décret du 25 mars 2016. Il s'agit là d'une innovation par rapport au Code des marchés publics qui imposait le recours à des CCAP et CCTP pour les marchés formalisés^[2]. Innovation oui mais pas révolution si l'on compare cela à la disparition du caractère obligatoire de l'acte d'engagement.

Si le décret précité ne mentionne plus les CCAP, qu'en est-il par ailleurs ? Le décret relatif aux marchés publics constitue, avec l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, la référence pour tout pouvoir adjudicateur, mais rares sont ceux qui se contentent de ces derniers, notamment lorsque l'achat dépasse quelques dizaines de milliers d'euros et, a fortiori, en cas de marché formalisé. Sur ce point, il est intéressant de noter que les CCAG n'ont pas été mis en cohérence avec l'évolution récente des textes de la commande publique. Ainsi, l'ensemble des CCAG mentionne encore le CCAP en tant que pièce constitutive des marchés publics et y fait référence à de nombreuses reprises. Alors qu'un pouvoir adjudicateur pourrait avoir la volonté de se référer à un CCAG tout en ne retenant pas l'option d'établir un CCAP, où et comment devra se retrouver la dérogation au CCAG visant à supprimer la référence à un CCAP... ? Sans être insoluble, cette question ouvre nécessairement le champ au fait que le CCAP n'est pas obligatoire mais qu'il reste indispensable.

Une certitude, la rédaction du CCAP doit bien faire l'objet d'une attention particulière de la part des pouvoirs adjudicateurs lorsque ceux-ci établissent les pièces contractuelles. Ainsi, s'il est d'usage de retenir que le règlement de consultation constitue la règle du jeu de la consultation – et ainsi le document le plus sensible dans une optique contentieuse –, que l'acte d'engagement reste généralement le principal support matérialisant l'engagement contractuel des parties, le CCAP, lorsqu'il existe, constitue la pierre angulaire de la relation contractuelle dans la mesure où il fixe les obligations contractuelles de chacune des parties.

L'établissement d'un CCAP ou la mise en place d'un socle minimal

Dès lors que le pouvoir adjudicateur opte pour la rédaction d'un CCAP, les clauses que ce document doit contenir, a minima, peuvent être aisément énumérées.

Pour autant, le décret du 25 mars 2016 est là aussi plus taiseux que son prédécesseur.

En effet, l'article 12 du Code des marchés publics énumérerait les treize mentions obligatoires des marchés publics, ces dernières allant de l'identification des parties contractantes – qui se trouve davantage dans l'acte d'engagement – à « l'énumération des pièces du marché », « le prix ou les modalités de sa détermination » ou encore « la durée d'exécution du marché ou les dates

prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement », qui constituent clairement autant de stipulations de base généralement observées dans les CCAP.

Avec le décret du 25 mars 2016, cette liste disparaît, les pouvoirs adjudicateurs semblant alors retrouver une liberté en la matière. Pour autant, certaines stipulations apparaissent incontournables.

Le paradigme de l'achat public n'a, sur ce point, que peu évolué : les marchés publics sont généralement des contrats d'adhésion, ce qui permet au pouvoir adjudicateur d'intégrer et d'imposer certaines clauses indispensables à la sécurisation de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre.

C'est là le premier conseil en matière de CCAP. Dès lors que l'option de la rédaction d'un CCAP est retenue, il importe que ce dernier soit complet, qu'il corresponde aux attentes du pouvoir adjudicateur et qu'il soit cohérent avec l'ensemble des autres pièces contractuelles.

La complétude du CCAP s'apprécie tout d'abord au regard des clauses que l'on peut considérer comme étant « classiques ».

Naturellement, il s'agit là des clauses liées à l'objet du marché qui définissent les prestations attendues par le titulaire, le cas échéant avec l'indication des différents lots si le marché est alloté ou, au besoin, des différentes phases techniques en cas de marché global.

Le CCAP doit prévoir également les modalités d'affermissement des tranches optionnelles (définition d'une date limite d'affermissement, modalités pratiques d'affermissement, le cas échéant, indemnité de dédit) dans le cas des marchés à tranches, ou les modalités d'émission des bons de commande dans le cas d'un accord-cadre (formalisme du bon de commande, durée maximum des bons, date limite pour formuler les bons de commande et leur devenir au-delà du terme du marché, etc.).

Les clauses sur le prix doivent être rédigées avec attention. En effet, le prix et les formules de révision ou d'actualisation attachées sont essentielles et leur détermination est donc primordiale. Au-delà, il peut être ensuite intéressant de lister ce que comprend ou non le prix. L'intégration dans un prix global et forfaitaire ou dans des prix unitaires de certaines sujétions ou aléas pourra également permettre, en cas de litiges éventuels relatifs à des travaux supplémentaires par exemple, de limiter plus facilement les prétentions indemnitaires d'un titulaire. Une attention plus grande encore doit être observée lorsque le choix est fait de ne fixer que des prix provisoires^[3]. Dans pareille hypothèse, les modalités de détermination ultérieure du prix définitif du marché public devront être précisées.

[2] Code des marchés publics 2006, art. 13.

[3] Cela est autorisé dans certains cas prévus par l'article 19 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

En outre, les modalités d'avance, d'acompte et de paiement méritent généralement des précisions dans un CCAP.

D'autres stipulations classiques doivent enfin figurer, comme les clauses de financement et de sûreté (notamment la question de la retenue de garantie dans le cadre des marchés publics de travaux peut être utilement évoquée) ou les conditions particulières que souhaite imposer le pouvoir adjudicateur s'agissant des modalités de contrôle et de réception des prestations⁽⁴⁾.

Au-delà de leur acception « classique », il peut être conseillé aux pouvoirs adjudicateurs de recourir, au travers l'établissement du CCAP, à l'instauration d'une barrière protectrice dans l'exécution de son marché public.

Cette protection peut tout d'abord être recherchée dans les clauses relatives aux délais d'exécution. Ainsi, il est indispensable de fixer précisément le point de départ du délai d'exécution des prestations (ordre de service, notification du marché public ou du bon de commande, incidence des périodes de préparation comprises ou non dans le délai d'exécution...) et leur durée en jours, semaines ou mois. Il est parfois utile de fixer des délais d'exécution pour chaque phase technique ou tranche du marché public, et non un délai global, même si certains retards peuvent être rattrapés en cours d'exécution et ne donner finalement lieu à aucun dépassement. Notons également que certaines confusions sont parfois faites entre la durée du marché public (entendue comme la durée des relations contractuelles, à laquelle il est mis un terme par la réception sans réserve des prestations objets du marché public) et les délais d'exécution d'une prestation (entendus comme la durée de réalisation que doit respecter le titulaire)⁽⁵⁾.

Puisque le CCAP, et plus généralement le marché public en tant que tel, impose des obligations au titulaire, les clauses relatives aux pénalités sont essentielles, permettant ainsi de protéger le pouvoir adjudicateur, au moins sur le plan financier, des éventuelles défaillances ou retards du titulaire. L'on revient ici sur certaines carences des CCAG. En effet, plusieurs types de pénalités peuvent être prévus : les pénalités de retard qui, pour garantir une efficacité des sanctions, doivent reposer sur des fondements précis et la définition de délais d'exécution sans ambiguïté ; des pénalités pour non-fourniture des documents d'exécution, pour non-respect d'un niveau de qualité exigé, pour défaut de repliement des installations de chantier ou de remise en état des lieux ou encore pour absence aux rendez-vous de chantier (particulièrement utiles pour les marchés de travaux) ; des pénalités pour non-respect des réglementations en

matière de sécurité ou de travail dissimulé... Les CCAG ne prévoient pas, en eux-mêmes, une telle variété de pénalités. Aucune pénalité n'est particulièrement interdite dès lors qu'elle a naturellement un lien avec l'objet du marché public et qu'elle ne prévoit pas des sanctions disproportionnées⁽⁶⁾.

Le pouvoir adjudicateur a également tout intérêt à préciser le régime de la résiliation du marché public, en déterminant, le cas échéant par dérogation aux dispositions du CCAG sur cette question, les cas et modalités particulières de résiliation en fonction de l'objet du marché. En particulier quand l'exécution du marché public est conditionnée au bénéfice d'un agrément ou d'une qualité de la part du titulaire.

Enfin, il est conseillé aux acheteurs, particulièrement dans le cadre des marchés publics pour lesquels une reprise du personnel pourrait être envisagée, d'intégrer des obligations de transmission des informations détenues par le sortant, que la jurisprudence impose de porter à la connaissance des candidats, de telles clauses pouvant être assorties de pénalités.

Le CCAP, un document qui n'exclut pas l'innovation

Au-delà des clauses que les CCAP prévoient régulièrement, les acheteurs publics peuvent vouloir utiliser les outils plus ou moins récents offerts par les textes de la commande publique.

Un focus particulier peut tout d'abord être porté, d'une part, sur le mécanisme déjà familier des clauses d'insertion et, d'autre part, sur les clauses de réexamen désormais prévues par le décret du 25 mars 2016.

Ainsi, l'évolution de la réglementation de la commande publique a poussé le curseur en matière de développement durable en faisant de ces préoccupations un aspect inhérent à toute commande publique. En effet, l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précise que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». La déclinaison de ces objectifs peut se retrouver dans les clauses mêmes des marchés – et notamment du CCAP – l'article 38 de l'ordonnance précisant que « les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public. (...) ».

(4) Et notamment le montant des pénalités en cas de retard de remise des DOE et DUO en marché public de travaux, l'article 40 du CCAG travaux renvoyant aux « pénalités prévues par les documents particuliers du marché ».

(5) Le formulaire ATTRI 1 publié par la Direction des affaires juridiques du MINEFI ne propose de compléter que la durée du marché public, renvoyant au CC(A)P la détermination des délais d'exécution.

(6) Le juge administratif dispose toujours d'un pouvoir de moduler les pénalités mises à la charge du titulaire (pour une application relativement récente voir CE 19 juillet 2017, Société GBR Ile-de-France, req. n° 392707).

Les clauses portant sur les conditions d'exécution du marché doivent nécessairement figurer dans le CCAP et, faire l'objet d'une définition précise et de sanctions associées en cas de non-respect. Un point de vigilance naturellement : l'application de ces clauses ne doit pas être susceptible d'entraîner de discriminations entre les différents candidats à la procédure et que les obligations soient liées à l'objet du marché. Les clauses environnementales peuvent, par exemple, porter sur les conditions de transport des marchandises, sur les modalités de livraison de fournitures (en vrac plutôt qu'en petits conditionnements par exemple), sur le retraitement des emballages, sur les dépenses énergétiques ou encore sur la provenance ou la certification des matières premières utilisées. Le CCAP peut (mais est-ce encore là réellement un choix) utilement prévoir des obligations sanctionnées par l'application de pénalités, relatives au suivi de l'exécution de ces clauses (remise d'éléments de suivi, de tableaux de synthèse, de notes de calcul...).

Les clauses relatives à l'insertion sociale doivent également, si l'acheteur public souhaite les mettre en œuvre, figurer dans le CCAP. Une fois encore, l'efficacité de telles clauses se traduit nécessairement par une définition très précise des besoins par l'acheteur public, des objectifs visés et des résultats attendus pour son territoire d'intervention. Ainsi, dès lors que le choix d'insérer une telle clause est fait, il appartient au pouvoir adjudicateur, préalablement à la rédaction de la clause, de déterminer les éléments suivants : le public concerné, le dimensionnement de la clause sociale (nombre d'heures, pourcentage, équivalent temps plein, etc.), les exigences en matière d'insertion (quantitative, qualitative), les modalités de suivi et les pénalités en cas de non-respect par l'entreprise des objectifs ainsi fixés. En effet, les clauses sociales sont pertinentes pour autant qu'un suivi soit effectué dans le cadre du contrat : ainsi, le pouvoir adjudicateur pourra imposer à l'entreprise de lui transmettre les éléments relatifs à la mise en œuvre de ces clauses (méthode de recrutement des personnels, planning insertion, documents attestant de la mise en œuvre effective de l'insertion, nombre d'heures en insertion réalisés via des attestations émanant des structures d'insertion ou des entreprises si celles-ci ont procédé à une embauche directe...).

Si les acheteurs publics sont aujourd'hui de plus en plus armés pour la rédaction de telles clauses permettant de prendre en charge les objectifs de développement durable, l'évolution réglementaire de 2016 est venue offrir une possibilité plus large d'évolution du marché mais dont la définition des conditions de mise en œuvre demande un important travail de réflexion.

L'article 139 du décret n° 2016-360 indique en effet que le marché public peut être modifié « lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque ».

La nouveauté peut être de taille mais l'usage par les pouvoirs adjudicateurs implique de prévoir de telles clauses de réexamen mais également de définir pré-

ciemment les conditions d'application de ces dernières. En effet, ces clauses doivent indiquer « le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

Que pourrait recouvrir ces clauses de réexamen ? Ces dernières concerneront les clauses variation du prix ou la mise en œuvre des options spécifiquement visées par l'article 139 précité. Mais au-delà, quel est le champ d'application de ce premier cas de modification des marchés publics ? La seule référence à un changement de réglementation semble insuffisante puisqu'il est difficile d'anticiper « la nature des modifications » comme l'exige pourtant l'article 139. Idem s'agissant de clause de réexamen annuel sans autre précision.

Il peut toutefois être rappelé que l'exposé des motifs, notamment, de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics⁽⁷⁾ mentionne qu'une clause de modification du contrat peut prévoir « des indexations de prix », des évolutions technologiques, des difficultés techniques lors de l'exécution du contrat, et de distinguer les prestations « ordinaires » des prestations pouvant être « extraordinaires ».

Pour être efficace et légale, quelques conseils peuvent ainsi être formulés : naturellement, la modification du contrat doit être réservée à certains événements permettant son intervention, surtout la clause doit clairement préciser l'aspect essentiel sur lequel porte la modification envisagée, en outre, il convient de déterminer à l'avance ce que pourra recouvrir exactement cette modification ce qui semble l'exercice le plus délicat (un élargissement du périmètre géographique, travaux supplémentaires, etc.). Les modifications seront présentées sous la forme d'alternatives identifiées à l'avance. Enfin, il est nécessaire de définir les conditions d'application de la modification à savoir, le processus à suivre pour aboutir à la modification : saisine d'un comité de suivi, délai de réflexion, transcription ou non dans le cadre d'un avenant, etc.

Il est à noter ensuite que le recours à un CCAP pour fixer telle ou telle exigence n'exclut pas de solliciter, de la part des candidats, des engagements meilleurs ou favorisant la concurrence. Ainsi, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a-t-il validé le recours par un acheteur public à un tableau de pénalités annexé au CCAP, que les candidats devaient compléter dans le respect de montants minimums et qui servait à l'appréciation d'un critère relatif aux mécanismes et niveaux de sanction⁽⁸⁾. Le même mécanisme pourrait être transposé aux délais d'exécution des prestations.

Enfin, au-delà de la question de la qualité intrinsèque de la rédaction des CCAP, certains écueils doivent être néanmoins rappelés.

(7) Point n° 111

(8) TA Amiens ord. 2 novembre 2016, SOGETREL.

D'abord, l'articulation des stipulations du CCAP avec les clauses du CCAG choisi par l'acheteur public doit être précisée et réfléchie en amont. Plus simplement, l'acheteur doit être attentif sur deux plans :

– d'une part, et de manière logique, quant aux dérogations apportées éventuellement par le CCAP au CCAG applicable au marché public. Certaines modalités d'exécution figurent déjà de manière précise dans les CCAG, sans forcément être connues (modalités de vérification des prestations ou de livraison des fournitures...), et il importe bien sûr de faire figurer clairement au CCAP toute dérogation, obligation transcrite à l'article 15 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

– d'autre part, tous les CCAG fixent des conditions qui s'appliquent par défaut faute de précision dans les documents particuliers du marché public, et notamment du CCAP, ou imposent que les documents particuliers du marché public apportent certaines précisions⁽⁹⁾. Une relecture approfondie du CCAG visé au CCAP est donc

souvent utile pour garantir l'efficacité des clauses prévues dans ces deux documents.

L'interprétation du CCAP avec le CCAG visé est également la source d'un contentieux important entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire, tant au stade de la passation - notamment concernant la définition du besoin -, que de l'exécution.

Loin d'être anodin, le choix d'établir un CCAP et ensuite la rédaction de ce dernier restent une étape forte dans la préparation de la procédure de passation d'un marché public qui doit être réalisée avec une attention forte, et ce d'autant plus que ce document accompagnera l'acheteur tout au long de la vie du marché public.

(9) Par exemple, dans le CCAG travaux : articles 2, 3, 3.5, 5.2.3, 5.3, 6, 10.1.2, 10.3.4, 10.4.1, 10.4.3, 10.4.4, 11.3, 11.5, 19.1.3, 19.2.3, 20.2, 24.4, 26.7, 28.1, 28.2.2, 31.10.2, 35, 36.1, 37.3, 38, 40, 41.4, 42.2, 44.1, 46.4.