

Le CCAG-FCS et les pièces contractuelles

- Le marché public, loin de se limiter au seul cahier des charges, se compose d'un ensemble de pièces et documents contractuels, dont l'articulation est définie au sein du CCAG-FCS.
- Cependant, ces dispositions ne s'imposent pas aux marchés de fournitures et services : il appartiendra donc aux pouvoirs adjudicateurs de définir, pour chaque marché, les pièces contractuelles et leur rapport entre elles.

Auteurs

Marie-Hélène Pachon-Lefevre et Mathieu Heintz, avocats, SCP Seban & Associés

Référence

Art. 4.1 du CCAG-FCS

Mots clés

Pièce constitutive du marché • Articulation entre pièces constitutives du marché • Caractère contractuel des pièces du marché • Acte d'engagement • CCAP • CCTP • CCAG • CCTG • Acte special de sous-traitance • Offre technique et financière du titulaire •

La notion de cahier des charges est trompeuse dans la mesure où si ce dernier détermine « les conditions dans lesquelles le marché est exécuté »⁽¹⁾, il ne constitue pas à lui seul un marché public. Autrement dit, il ne s'agit pas de l'unique document contractuel. En effet, c'est l'agrégation d'un certain nombre de documents ou de pièces contractuels qui vont constituer un marché public. Aussi, pour suivre et se repérer dans la vie et l'exécution du contrat, le nouveau cahier des clauses administratives générales fournitures-courantes et services (CCAG-FCS) comporte, à l'instar du précédent, un article consacré spécifiquement aux pièces contractuelles (I). L'acheteur public y trouvera une énumération des documents constitutifs du marché ainsi que quelques règles relatives à l'articulation de ces documents entre eux.

Cependant, la difficulté réside dans le fait que les dispositions du CCAG-FCS rendues applicables à un marché public donné, ne suffisent pas en elles-mêmes à définir en l'espèce les documents constitutifs dudit marché, et à préciser l'articulation de ces pièces entre elles. Il appartient en effet aux pouvoirs adjudicateurs de définir précisément pour chaque marché, quelles sont les pièces contractuelles applicables, et d'organiser les relations entre elles (II).

I. Les pièces contractuelles

Au préalable, il convient de noter que la présentation formelle des pièces constitutives du marché dans le nouveau CCAG-FCS diffère de celle proposée dans la version précédente. En effet, le CCAG de 1977 opposait les pièces constitutives du marché aux pièces contractuelles postérieures à la conclusion du marché,

(1) Art. 11, al. 2 du CMP.

c'est-à-dire les avenants et les actes spéciaux de sous-traitance. Cette distinction n'a pas été reprise dans la nouvelle version. En outre, et surtout, le nouveau CCAG ne définit pas quelles sont les pièces constitutives du marché. C'est par le biais de l'article 4.1 du CCAG qui fixe l'ordre de priorité des pièces contractuelles en cas de contradiction entre elles, qu'il est possible de discerner quelles peuvent être les pièces d'un marché public. Mais il ne s'agit là que de pièces éventuelles, et il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de lister précisément dans chaque marché quels en sont les documents constitutifs.

A) La définition des pièces contractuelles

L'article 4.1 du nouveau CCAG comprend une liste de pièces qui peuvent, le cas échéant, constituer un marché public. Il convient de définir chacune de ces pièces.

L'acte d'engagement, tout d'abord, constitue la pièce essentielle d'un marché. C'est en effet le document dans lequel le candidat présente son offre ou sa proposition, principalement financière, et qui est ensuite signé par le pouvoir adjudicateur si l'offre est acceptée⁽²⁾. Le nouveau CCAG-FCS précise que la qualité de pièce contractuelle s'applique à l'acte d'engagement dans sa version résultant des dernières modifications éventuelles, opérées par avenant.

Les cahiers des clauses particulières et, le cas échéant, leurs annexes peuvent également être des pièces contractuelles. Il s'agit, d'une part, du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) qui fixe les dispositions administratives particulières propres au marché⁽³⁾, d'autre part, du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) qui détermine les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché.

Ensuite, le CCAG, lui-même, figure comme document contractuel, mais aussi le cahier des clauses techniques générales (CCTG) applicable aux prestations objet du marché. Le CCAG fixe les dispositions administratives générales applicables à la catégorie des marchés de fournitures courantes et de services⁽⁴⁾. Le cahier des clauses techniques générales fixe pour sa part les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature⁽⁵⁾.

L'article 4.1 du CCAG-FCS comporte aussi les actes spéciaux de sous-traitance et leurs éventuels avenants comme pièces contractuelles. L'acte spécial est le document signé tant par le pouvoir adjudicateur que par le titulaire du marché, qui porte acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement⁽⁶⁾. En revanche, il est important de noter que le contrat de sous-traitance, qui est signé entre le sous-traitant et le titulaire du marché, ne constitue pas une pièce contractuelle dans la mesure où le pouvoir adjudicateur n'est pas partie à ce contrat. Il n'existe en effet aucune relation contractuelle entre le sous-traitant et le pouvoir adjudicateur⁽⁷⁾. Il n'a donc pas à être listé parmi les pièces contractuelles.

(2) *Idem*.

(3) Art. 13 du CMP.

(4) *Idem*.

(5) *Ibid.*

(6) Art. 114 du CMP.

(7) H. Pielberg, *Jurisqueur*, fasc. 180 : Sous-traitance, point n° 112.

Enfin, le CCAG liste l'offre technique et financière du titulaire parmi les pièces contractuelles d'un marché. Ces éléments n'étaient pas expressément mentionnés dans la précédente version du CCAG qui renvoyait aux « documents tels que dossiers, plans, bons de garantie » ainsi qu'à la liste des prix, aux tarifs ou aux barèmes applicables. La notion d'offre technique et financière est plus générique que ces dernières références et elle recoupe des documents aussi divers qu'un mémoire technique, un bordereau de prix, un détail quantitatif estimatif, le catalogue du fournisseur, des *curriculum vitae* d'une équipe, etc.

Cette liste des différentes pièces, bien que très complète, ne présente qu'un caractère indicatif. En effet, la valeur contractuelle d'un document ne s'acquiert que pour autant que les parties décident de lui conférer une telle valeur. En outre, d'autres documents que ceux listés à l'article 4.1 du CCAG-FCS peuvent être contractualisés.

B) La contractualisation des pièces du marché

Le caractère contractuel d'un document constitutif d'un marché public ne s'acquiert pas nécessairement par sa signature par les deux parties. En effet, c'est bien souvent la volonté exprimée dans l'acte d'engagement, obligatoirement signé par le titulaire et le pouvoir adjudicateur⁽⁸⁾, qui va entraîner l'adhésion aux stipulations des autres documents constitutifs du marché. À cet égard, il est nécessaire de prévoir dans l'acte d'engagement que sa signature emporte adhésion à l'ensemble des clauses du marché. La signature ou le paraphe des autres documents, et notamment du CCAG, n'est donc pas une condition de leur validité.

Pour autant, il est nécessaire que l'un des documents constituant le marché public liste précisément les pièces qui ont en l'espèce ce caractère contractuel. C'est d'ailleurs une obligation pour les marchés passés selon une procédure formalisée⁽⁹⁾, dont l'application aux marchés à procédure adaptée est fortement conseillée. Le CCAG-FCS ne liste pas en tant que telles les pièces contractuelles applicables à chaque marché. C'est en effet un document à caractère général. Seul un document particulier, propre à chaque marché, peut lister concrètement les pièces contractuelles. C'est habituellement l'objet de l'un des premiers articles du CCAP.

À cet égard, ce dernier peut reprendre certaines des pièces énoncées à l'article 4.1 du CCAG-FCS. L'acte d'engagement, pour sa part, constitue une pièce obligatoire pour les marchés passés selon les procédures formalisées⁽¹⁰⁾. En revanche, les autres documents qui y sont listés ne présentent qu'un caractère indicatif, et sont donc repris le cas échéant.

En pratique, pour les marchés formalisés, l'on trouve au titre des pièces générales, le CCAG-FCS, et éventuellement un CCTG s'il en existe un applicable aux prestations objet du marché. Pour les pièces particulières du marché, la liste des documents énumérés à l'article 4.1 du CCAG-FCS n'est pas exhaustive. Ainsi, et selon les caractéristiques du marché, d'autres documents

(8) Art. 11 du CMP.

(9) Art. 12-5° du CMP.

(10) Art. 11, al. 2 du CMP.

peuvent être contractualisés. Cela peut être par exemple un plan, une liste de prix, des prototypes, des échantillons ou des maquettes, des bons de commande. Cela peut également être un rapport d'expertise⁽¹¹⁾.

Parmi les pièces particulières, le CCAG-FCS cite l'offre technique et financière du candidat. Cette notion est trop générique et doit être précisée dans le CCAP selon les documents particuliers que les candidats devront remettre à l'appui de leur offre. Il peut ainsi s'agir d'un mémoire technique, de plans d'exécution, de curriculum vitae, d'un bordereau de prix, etc. Dès lors que les pièces constitutives d'un marché public sont définies, il convient ensuite d'organiser entre elles les règles relatives à l'ordre de priorité et aux dérogations qu'elles peuvent apporter aux documents généraux.

II. La hiérarchisation des pièces contractuelles et les dérogations aux pièces générales

Le fait qu'un marché public soit composé de plusieurs pièces contractuelles peut générer des difficultés liées au fait que des pièces particulières dérogent aux pièces dites générales, notamment aux dispositions du CCAG, voire encore à d'éventuelles contradictions entre elles. Il y a donc lieu d'organiser dans le marché, d'une part, un ordre de priorité entre les différentes pièces, d'autre part, les dérogations des documents particuliers aux documents généraux.

A) L'ordre de priorité

L'article 4.1 du CCAG-FCS propose un ordre de priorité en cas de contradiction entre les stipulations des pièces contractuelles du marché. Dans ce cas, elles prévalent dans cet ordre : l'acte d'engagement ; le CCAP ; le CCTP ; le CCAG ; le CCTG ; les actes spéciaux de sous-traitance ; l'offre technique et financière du titulaire.

Cependant, les dispositions du CCAG-FCS, en raison de leur caractère général, ne s'imposent pas aux marchés qui s'y réfèrent. Par conséquent, il peut être dérogé à l'ordre de priorité proposé par l'article précité. Ce sera également la fonction du CCAP qui, tout en listant les différentes pièces contractuelles du marché en cause, comme indiqué plus haut, établira par la même occasion un ordre de priorité entre elles.

Enfin, il convient de noter que l'ordre de priorité institué par l'énumération des pièces du marché ne permet de régler que les contradictions et différences non constitutives de dérogations⁽¹²⁾. Les dérogations aux documents généraux doivent également être précisées dans le marché.

B) Les dérogations aux pièces générales du marché

Le CCAG-FCS est un document général auquel, s'il est appliqué pour un marché donné, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger dans des pièces particulières du marché. « Une dérogation

au CCAG s'entend de toute stipulation particulière qui, sur un objet donné, emporte des obligations différentes de celles que définit ledit cahier »⁽¹³⁾. C'est principalement le CCAP qui vient déroger aux clauses du CCAG, puisque par définition il fixe les dispositions administratives propres à chaque marché⁽¹⁴⁾. Dès lors qu'il est dérogé aux dispositions du CCAG-FCS, son article 39 dispose que le dernier article du CCAP indique la liste récapitulative des articles du CCAG auxquels il est dérogé.

Pour autant, cette obligation n'est pas prescrite à peine de nullité de la dérogation. Elle ne l'était pas non plus dans la version précédente du CCAG-FCS. Accessoirement, l'on relèvera que cette sanction est au contraire expressément prévue par l'actuel CCAG - Travaux, et son omission entraîne la nullité de la dérogation⁽¹⁵⁾. En matière de fournitures et services, il y a lieu d'appliquer le raisonnement tenu par le Conseil d'État selon lequel, dès lors que cette obligation n'est pas prescrite à peine de nullité, elle n'est pas d'ordre public⁽¹⁶⁾.

En conséquence, devant une clause dérogatoire non récapitulée et contestée par l'un des contractants, le juge cherchera la commune intention des parties sur leur volonté d'appliquer une clause dérogatoire. En pratique cependant, et pour plus de clarté dans la lecture des documents contractuels, il est conseillé de lister en fin de CCAP les articles du CCAG-FCS auxquels il est dérogé. En définitive, les acheteurs publics constateront que le nouveau CCAG-FCS ne modifie pas au fond les règles applicables aux pièces constitutives du marché. D'une part, la liberté contractuelle reconnue aux pouvoirs adjudicateurs implique qu'ils pourront contractualiser tous documents nécessaires à la bonne exécution du marché, et pas seulement ceux listés à l'article 4.1 du CCAG-FCS. D'autre part, les règles relatives à l'ordre de priorité entre les pièces contractuelles et aux dérogations entre elles demeurent inchangées.

Enfin, pour être exécutoire, le marché devra être notifié ce qui pose la question des pièces à remettre au titulaire. C'est l'objet de l'article 4.2.1 du nouveau CCAG-FCS qui prévoit que « la notification du marché comprend une copie, délivrée sans frais par le pouvoir adjudicateur au titulaire, de l'acte d'engagement et des autres pièces constitutives du marché, à l'exception du CCAG, ces CCTG et, plus généralement, de toutes pièces ayant fait l'objet d'une publication officielle ». Ce sont donc, comme par le passé, les seuls documents particuliers du marché (acte d'engagement, CCAP, CCTP, liste de prix, etc.) qui doivent être notifiés au titulaire. Les autres pièces sont réputées connues des entreprises. ■

(13) *Idem.*

(14) Art. 13 du CMP.

(15) CAA Lyon 18 juillet 2007, Sté Colas Sud-Ouest, req. n° 01LY00846.

(16) CE 31 juillet 1996, M. Philippe Canac, req. n° 124065.

(11) CE 14 juin 2002, ville d'Angers, req. n° 219874.

(12) CAA Lyon 18 juillet 2007, Sté Colas Sud-Ouest, req. n° 01LY00846.