

DOSSIER D'EXPERTS

COMMANDE PUBLIQUE

Réussir la passation de ses marchés publics

Florence David

Avocate associée Cabinet Urban Conseil

Réussir la passation de ses marchés publics

Dans un contexte où les règles de la commande publique évoluent sans cesse, les services achats des collectivités territoriales peuvent vite se retrouver démunis face aux exigences croissantes des marchés publics. Cet ouvrage vise à simplifier et structurer ce processus complexe, en apportant une approche claire et synthétique des différentes étapes de la passation de marchés, de la préparation à l'attribution.

Pensé comme un outil pratique pour les acheteurs publics, ce guide s'appuie sur les principes fondamentaux du Code de la commande publique pour guider chaque étape clé de la procédure. De l'identification des besoins à l'établissement des documents contractuels, en passant par le choix de la procédure, l'examen des candidatures et des offres, et enfin la signature du marché, chaque chapitre propose des explications précises, illustrées d'exemples concrets et de conseils pratiques.

Que vous soyez novice ou expérimenté dans le domaine des marchés publics, ce livre vous accompagnera efficacement pour naviguer sereinement dans le cadre réglementaire et opérationnel de la commande publique.

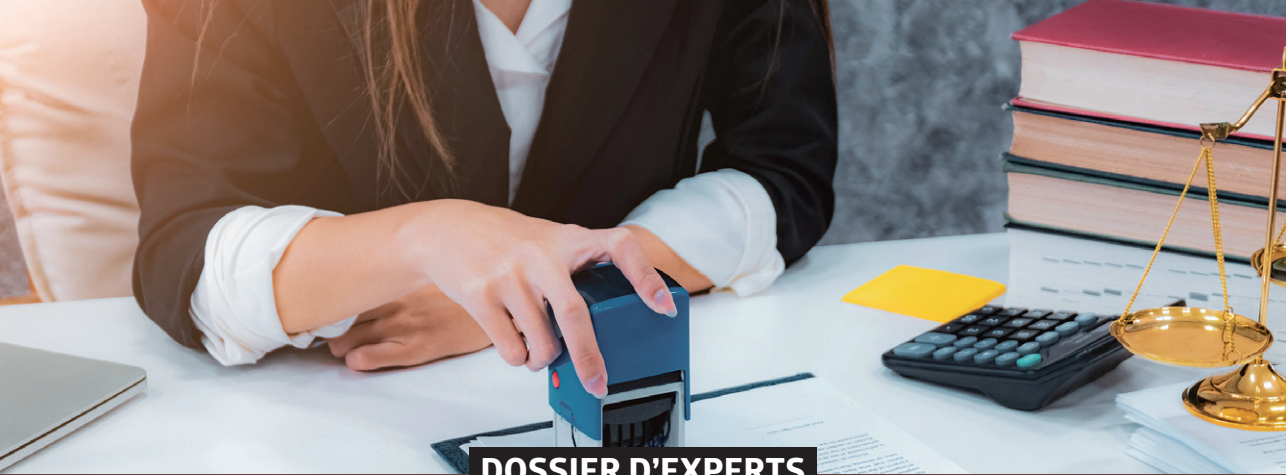


Maître Florence David est avocate associée du cabinet Urban Conseil. Elle intervient dans le domaine du droit de la construction et particulièrement dans le domaine du droit des contrats complexes de la commande publique (montage d'opération, assistance à la passation de contrats de la commande publique, assistance et représentation en matière d'exécution de contrats de la commande publique, délégations, concessions de travaux ou services).

boutique.territorial.fr

ISSN : 1623-8869 – ISBN : 978-2-8186-2293-3

territorial éditions



DOSSIER D'EXPERTS

COMMANDE PUBLIQUE

Réussir la passation de ses marchés publics

Florence David

Avocate associée Cabinet Urban Conseil

territorial éditions

CS 70215 - 38501 Voiron Cedex - Tél. : 04 76 65 7136 - Référence TDE934A

Retrouvez tous nos ouvrages sur boutique.territorial.fr

**Vous souhaitez
nous contacter
à propos de votre ouvrage ?**

C'est simple !

Il vous suffit d'**envoyer un mail** à :
service-client-editions@territorial.fr
en précisant l'objet de votre demande.

Pour connaître l'ensemble de nos publications,
rendez-vous sur notre boutique en ligne
boutique.territorial.fr

Avertissement de l'éditeur:

La lecture de cet ouvrage ne peut en aucun cas dispenser le lecteur
de recourir à un professionnel du droit.
Nous sommes vigilants concernant les autorisations
de reproduction et indiquons systématiquement
les sources des schémas, images, tableaux, etc.
Pour toute demande de modification, mise à jour
ou suppression d'un élément au sein de cet ouvrage,
merci de contacter les éditions Territorial.

 <p>DANGER LE PHOTOCOPIAGE TUE LE LIVRE</p>	<p>Il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement la présente publication sans autorisation du Centre Français d'exploitation du droit de Copie. CFC 20, rue des Grands-Augustins 75006 Paris. Tél. : 0144 07 47 70</p>
--	--



© Groupe Moniteur (Territorial Éditions), Gentilly

ISBN : 978-2-8186-2293-3

ISBN version numérique : 978-2-8186-2294-0

Imprimé par Neoprint, à Bourgoin-Jallieu (38) - Février 2025
Dépôt légal à parution

Sommaire

Introduction	p.9
Glossaire	p.11

Partie 1

Les préalables indispensables au lancement de la procédure

Chapitre I

Un peu d'histoire...	p.17
A - Le droit de la commande publique, de l'Ancien Régime jusqu'à la V^e République ...	p.17
1. L'Ancien Régime	p.18
2. La Constituante	p.19
3. La monarchie constitutionnelle	p.19
4. La monarchie de Juillet	p.20
5. Régime de Vichy et gouvernement provisoire de la République française	p.20
B - Le droit de la commande publique sous la V^e République	p.21

Chapitre II

Les grands principes de la commande publique et les principaux textes applicables

applicables	p.25
A - Les règles applicables aux contrats de la commande publique	p.25
B - Les principes fondamentaux applicables aux contrats de la commande publique ...	p.28
1. Article L.1 : liberté de choix des moyens	p.29
2. Les principes fondamentaux	p.31

Chapitre III

Identifier les acteurs de la commande publique

Identifiant les acteurs de la commande publique	p.41
A - Définition et catégories d'acheteurs soumis au Code de la commande publique ...	p.41
1. L'acheteur public : pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice ?	p.41
2. Les organismes de droit privé titulaires de droits exclusifs	p.47
3. Le rôle central du maître de l'ouvrage dans les marchés publics de travaux	p.50
B - L'objet du contrat : le besoin à satisfaire	p.54
1. Du côté de l'acheteur public : le besoin à satisfaire	p.54
2. Du côté de l'opérateur économique : la contrepartie onéreuse	p.59

C - Le cocontractant de l'acheteur	p.61
1. Notion d'opérateur économique	p.61
2. Les groupements momentanés d'entreprises	p.62
3. Notion spécifique aux marchés de travaux : la maîtrise d'œuvre et autres assistants du maître de l'ouvrage	p.64
D - La sous-traitance	p.68
1. Notion de sous-traitance en marchés publics	p.69
2. Conséquences de la sous-traitance en marchés publics	p.70

Partie 2

Identifier son besoin et les pièces constituant le marché

Chapitre I

L'expression du besoin en marchés publics : une étape clé pour une passation efficace

A - Formaliser l'expression du besoin pour son futur marché	p.77
1. De l'absolue nécessité de définir ses besoins	p.77
2. Les techniques de définition des besoins	p.78
3. L'allotissement	p.83
4. Le sourçage	p.88
5. Si l'acheteur ne peut toujours pas définir précisément ses besoins	p.89
B - Calcul de la valeur estimée de son marché	p.93
1. Formes du prix : unitaire ou forfaitaire	p.93
2. Montant du marché	p.94
3. Application des seuils à son marché	p.96
C - La synthèse de l'expression de son besoin : le dossier de consultation	p.98
1. Contenu et portée du règlement de consultation	p.98
2. Quelles sont les pièces contractuelles : acte d'engagement, cahier des clauses administratives particulières, cahier des clauses techniques particulières, cahier des clauses administratives générales et techniques et documents financiers (bordereaux de prix, décomposition du prix global et forfaitaire...)	p.103
3. Les particularités du mémoire technique	p.105
4. Comment faire le choix du CCAG adéquat et quel est le mécanisme des dérogations au CCAG de référence	p.105

Chapitre II

Maîtriser les techniques d'achat du Code de la commande publique

A - L'accord-cadre	p.107
1. Définition	p.108
2. Le droit français et les accords-cadres	p.111
3. Domaines d'application	p.112
4. Déroulé de la procédure	p.113
B - Les marchés globaux	p.116
1. Les marchés de conception-réalisation	p.117
2. Les marchés globaux de performance	p.118
3. Les marchés globaux sectoriels	p.119

C - Le concours	p.120
1. Définition	p.120
2. Domaines d'application	p.120
D - Connaître les autres techniques d'achat	p.122
1. Le système de qualification	p.122
2. Le système d'acquisition dynamique	p.123
3. Le système de catalogue	p.123
4. Le système d'enchères électroniques	p.124

Partie 3

Lancer la procédure de passation

Chapitre I

Les autres marchés publics	p.129
A - Champs d'application de ces autres marchés publics	p.129
1. « Autres marchés » en raison de relations internes de l'opérateur avec le secteur public (articles L.2511-1 à L.2511-9 du CCP)	p.129
2. « Autres marchés » en raison de l'application de règles internationales (articles L.2512-1 à L.2512-2 du CCP)	p.130
3. « Autres marchés » en raison de leur objet (articles L.2512-3 à L.2512-5 du CCP)	p.130
4. Marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur (articles L.2513-1 à L.2513-5 du CCP)	p.134
5. Marchés publics conclus par une entité adjudicatrice (articles L.2514-1 à L.2514-5 du CCP)	p.135
B - La nature juridique de ces autres marchés publics	p.135
C - Régime juridique de ces autres marchés	p.136

Chapitre II

Le choix de la procédure de marché	p.137
A - Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables	p.137
1. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant	p.138
2. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison d'une première procédure infructueuse	p.141
3. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison d'une urgence impérieuse	p.141
4. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur objet	p.143
5. Dispositions propres aux entités adjudicatrices	p.147
6. Les marchés de services attribués au lauréat d'un concours	p.147
7. Marchés de travaux ou services pour prestations similaires à un marché précédent après mise en concurrence	p.147
8. Les marchés de fourniture de livres non scolaires	p.148
9. Les marchés conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement	p.148
10. Les marchés portant sur des achats innovants	p.148
B - Les marchés passés selon une procédure adaptée	p.149
1. Conditions de recours à une procédure adaptée	p.149
2. Règles applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée	p.151

C - Procédures formalisées	p.155
1. L'appel d'offres	p.155
2. Les procédures avec négociation et le dialogue compétitif	p.160

Chapitre III

L'examen des candidatures

A - Les organes concourant à l'examen des candidatures : la commission d'appel d'offres (CAO)	p.165
1. Membres ayant voix délibérative	p.165
2. Membres ayant voix consultative	p.166
B - L'inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres	p.167
C - Examen des candidatures : conditions de forme	p.168
1. Présentation de la candidature (et des offres) et document unique de marché européen ..	p.168
2. Présentation de la candidature et délais	p.169
D - Examen des candidatures : motifs d'exclusion	p.169
1. Les exclusions de plein droit	p.169
2. Les exclusions susceptibles d'être ajoutées par l'acheteur : la question de la mauvaise exécution d'un marché antérieur	p.171
E - Examen des candidatures : capacité des candidats	p.173
1. Niveau minimal de capacités	p.173
2. Capacités économiques et financières	p.173
3. Certificats professionnels	p.174
4. Capacités techniques et professionnelles	p.174

Chapitre IV

L'examen des offres

A - Les critères de choix	p.175
1. L'offre économiquement la plus avantageuse	p.175
2. Critères additionnels	p.178
B - Pondération des critères	p.179
1. Primauté de la pondération	p.179
2. Hiérarchisation	p.181
C - Publicité des critères	p.181
D - Variante, prestations supplémentaires éventuelles, option	p.182
1. Variante	p.182
2. Les prestations supplémentaires éventuelles (PSE)	p.183
3. Les options	p.184
E - Choix de l'offre	p.185
1. Appréciation des offres	p.185
2. Offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables	p.186
3. Offre irrégulière	p.186
4. Offre inacceptable	p.186
5. Offre inappropriée	p.186
6. Offre anormalement basse	p.186

Chapitre V

L'achèvement de la passation	p.187
A - Information des candidats rejetés	p.187
1. À l'initiative de l'acheteur	p.187
2. À la demande du candidat évincé	p.188
3. Les documents communicables (ou pas) à l'appui de cette information du candidat évincé	p.189
B - Autorisation de signer le marché	p.190
C - Signature et notification du marché	p.191
1. Selon les types de marché	p.191
2. Modalités de signature	p.192
D - Publication d'un avis d'attribution	p.193
1. Publication obligatoire	p.193
2. Publication facultative	p.193
3. Effets de la publication	p.194
E - Transmission au contrôle de légalité	p.194
F - Conservation des documents relatifs à la passation	p.195

Chapitre VI

Le contentieux de la passation	p.197
A - Les procédures d'urgences	p.197
1. Le référé précontractuel	p.197
2. Le référé contractuel	p.198
B - Le recours en contestation de validité du contrat	p.199
1. Les contrats susceptibles de faire l'objet d'un recours en contestation de validité	p.199
2. Les personnes habilitées à engager un recours en contestation de validité	p.199
3. Les délais de recours	p.200
4. Les pouvoirs du juge de la contestation en validité du contrat	p.200

Introduction

De nos jours, on aborde systématiquement l'objectif d'efficacité des dépenses publiques par le biais de la réduction du nombre des agents de la fonction publique.

Or, les dépenses publiques ne se résument pas aux dépenses de personnel.

Avec un volume de près de 100 milliards d'euros, les contrats (marchés publics, délégations de service public et marchés de partenariats) passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins en matière de travaux, fournitures et services représentent 8 % du produit intérieur brut français en 2022¹, contre 15 % en 2015².

La commande publique est donc un puissant levier de développement économique, en particulier pour les entreprises qui bénéficient de la richesse créée par les **marchés publics**, et participe au dynamisme de l'économie.

Mais alors qu'elle est censée promouvoir une continuité de la dynamique économique, de l'emploi et de l'innovation, on voit que certains freins empêchent toujours les petites et moyennes entreprises d'accéder de manière satisfaisante à la commande publique.

Car tout acheteur public sait que, derrière les grands principes de la commande publique, la paperasse administrative, la lenteur des procédures, les mille et une réglementations et jurisprudences qui fixent puis reviennent sur les autorisations et interdictions en matière d'achat public finissent par complètement décourager les personnes publiques d'innover dans leur achat.

Le résultat est souvent que les acheteurs publics, même disposant de fonctions supports efficaces, finissent par mettre en œuvre toujours les mêmes procédures, les mêmes critères, et retenir souvent les mêmes types d'entreprises : à savoir les « moins-disants » et non pas les « mieux-disantes ».

1. Baromètre de la commande publique pour 2022 (<https://www.intercommunalites.fr/publications/barometre-de-la-commande-publique-resultats-de-2023-et-du-s1-2024/#:-:text=La%20hausse%20de%20la%20commande,2023%20et%20celui%20de%202024>)

2. Conseil d'analyse économique, « Renforcer l'efficacité de la commande publique » (<https://www.cae-eco.fr/staticfiles/pdf/cae-note022v2.pdf>).

Or, tout opérationnel le sait également : on finit toujours par payer le juste prix d'un marché public. Soit par le prix initialement convenu, soit par des travaux supplémentaires, soit par le prix payé en sus à l'entreprise venant réparer les erreurs et malfaçons du titulaire initial.

Dès lors on peut et même on doit s'interroger : Comment s'assurer que les sommes allouées à la commande publique sont convenablement dépensées ? Qu'est-ce qu'un « bon » achat pour une administration publique ?

Cet ouvrage a justement l'objectif d'aider les acheteurs à améliorer l'efficacité de leurs achats.

À cet effet, on se rappellera tout d'abord les fondamentaux de la commande publique devant être maîtrisés avant tout lancement de procédure (**partie 1**), avant d'identifier les moyens de qualifier le besoin auquel le marché doit satisfaire (**partie 2**), qui constitue un préalable indispensable à tout lancement effectif de procédure de mise en concurrence (**partie 3**).

Glossaire

Assistant à maîtrise d'ouvrage ou AMO : désigne la ou les personnes mandatées par le maître d'ouvrage en vue de l'assister tout au long de l'exécution du présent marché et lui apporter un conseil spécialisé dans un domaine technique, financier, juridique ou administratif. L'AMO ne dispose d'aucun pouvoir de représentation du maître d'ouvrage.

Calendrier : désigne le calendrier impératif de réalisation, constituant une pièce contractuelle. Il peut aussi être désigné au présent contrat par le terme « planing ».

Concours classé dans les techniques d'achat : le **concours**, défini comme un mode de sélection d'un plan ou d'un projet avec l'article 8 de l'ordonnance n° 2015-899, est désormais classé dans les **techniques d'achat** (article L.2125-1 du Code de la commande publique).

Consultation : désigne la procédure de mise en concurrence décrite dans le règlement de consultation, conformément aux règles de la consultation et dans le cadre du dossier de consultation des entreprises, le titulaire a proposé l'offre qui a été retenue.

Contrôleur technique ou bureau de contrôle : personne physique ou morale agréée dans les conditions de l'article L.111-25 du Code de la construction et de l'habitation pour remplir la mission de contrôleur technique.

CSPS : désigne le coordonnateur de sécurité et de protection de la santé, personne physique ou morale, missionnée par le maître d'ouvrage, qui a la charge, sous la responsabilité du maître d'ouvrage, de la coordination en matière de sécurité et de protection de la santé.

CSSI : désigne le coordonnateur des systèmes de sécurité incendie, personne physique ou morale, missionnée par le maître d'ouvrage, qui a la charge d'effectuer la mission de coordination des systèmes de sécurité incendie.

DIUO : désigne le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage qui évolue au fur et à mesure de l'avancement des travaux et rassemble sous bordereau les données de nature à faciliter la prévention des risques professionnels lors des interventions ultérieures et notamment lors de l'entretien de l'ouvrage. Son contenu est fixé par les articles L.235-15 et R.238-37 à R.238-39 du Code du travail et comprend notamment les pièces remises au CSPS par les intervenants.

DOE : désigne le dossier des ouvrages exécutés qui rassemble l'ensemble des plans d'exécution conformes aux ouvrages exécutés (plans généraux de la maîtrise d'œuvre mis à jour, plans des réseaux enterrés et plans d'exécution de chaque entreprise) et les notices de fonctionnement et des prescriptions de maintenance (fournies par les entreprises ou leurs fournisseurs) des éléments d'équipement mis en œuvre.

Dommege(s) : désigne(nt) les dommages de toute nature, notamment matériels et immatériels, corporels et incorporels, directs et indirects, consécutifs et non consécutifs.

Dysfonctionnement : désigne la non-conformité des travaux par rapport aux spécifications et/ou par rapport aux documents définissant les spécifications de la mission considérée et/ou aux règles de l'art.

Livrables : désignent les réalisations accessoires aux travaux (telles que, non limitativement, les documents, rapports, analyses, créations visuelles, etc.) que le titulaire peut être chargé d'élaborer pour le compte du maître d'ouvrage.

Notification : désigne l'action consistant à porter une information ou une décision à la connaissance de la ou des parties par tout moyen matériel ou dématérialisé permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de sa réception. La date et l'heure de réception qui peuvent être mentionnées sur un récépissé sont considérées comme celles de la notification.

Offre : désigne le document contractuel établi par le titulaire précisant les modalités d'exécution des prestations et travaux mises en place par ce dernier pour répondre aux besoins et niveaux de services attendus par le maître d'ouvrage tels que précisés dans les spécifications techniques, ainsi que le coût global et forfaitaire des travaux.

Offre anormalement basse : le Code de la commande publique (article L.2152-5) intègre désormais la définition de l'**offre anormalement basse** issue de la jurisprudence (CE, 29 mai 2013, *Ministre de l'intérieur c/ Société Artéis*, n° 366606).

Ordre de service : désigne la décision du maître d'ouvrage qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du contrat.

Parties : collectivement le maître d'ouvrage et le titulaire.

Passation des marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables : le Code parle désormais de **marché sans publicité ni mise en concurrence préalables** qui remplace la terminologie relative à la **procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables** issue de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

PGCSPS : désigne le plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé, document définissant l'ensemble des mesures propres à prévenir les risques découlant de l'interférence des activités des différents intervenants sur le chantier ou de la succession de leur activité lorsqu'une intervention laisse subsister, après son achèvement, des risques pour les autres entreprises.

PPSPS : désigne le plan particulier de sécurité et de protection de la santé, document établi par le titulaire et/ou le sous-traitant et contenant les informations sur l'entreprise et les dispositions prises en matière d'hygiène, de sécurité et de protection de la santé. Le contenu, les conditions d'établissement et de transmission de ce document au CSPS, aux organismes de prévention et autorités administratives sont fixés par les articles L.235-7, L.235-9 et R.238-26 à R.238-36 du Code du travail.

Prestations : désignent toutes les missions confiées par le maître d'ouvrage au prestataire dans le cadre de l'exécution du contrat.

Procédure avec négociation : remplace l'ancienne [procédure concurrentielle avec négociation](#).

Réception : désigne l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve. Cet acte est le point de départ des délais de garantie.

Réfaction : désigne la décision de réduire le montant des prestations à verser au titulaire, lorsque les prestations ne satisfont pas entièrement aux prescriptions du contrat et notamment les objectifs performanciers, mais qu'elles peuvent être admises en l'état.

Rejet : désigne la décision prise par le maître d'ouvrage, estimant que les prestations ne peuvent être admises, même après ajournement ou avec réfaction, qui constitue par conséquent un refus de réception ou d'admission, s'agissant de prestations de conception.

Représentant : désigne, pour une partie au contrat, un(e) responsable qualifié(e), jouissant des pouvoirs délégués suffisants pour prendre les décisions liées à la réalisation des obligations contractuelles.

Réserves : désigne tous les points relevés par le maître d'œuvre lors de la procédure de mise en service, correspondant aux dysfonctionnements constatés par les parties qui sont à corriger par le titulaire dans les délais fixés contractuellement. La réception ne peut être prononcée qu'en absence de réserves constatées ou avec des réserves mineures, sans incidence sur les obligations substantielles et garanties de performances dues par le titulaire, définies au présent contrat.

Spécifications techniques : désigne les documents contractuels détaillant les prestations à exécuter et les niveaux de services attendus au titre du contrat.

Titulaire : désigne la société, le prestataire, ayant été retenu pour effectuer les prestations, agissant pour son propre compte et éventuellement celui de ses cotraitants. En cas de groupement d'opérateurs économiques ou de cotraitance, le terme « titulaire » désigne le groupement, représenté par son mandataire. Le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre peuvent toujours demander la présence ou l'intervention de tous les cotraitants.

Partie 1

Les préalables indispensables au lancement de la procédure

Reprenant la formule d'Émile Chénon qui recommandait que « *le droit éclaire l'histoire et l'histoire éclaire le droit ; tout historien devrait être jurisconsulte, tout jurisconsulte devrait être historien* », il peut être utile de maîtriser l'évolution du droit de la commande publique (**chapitre I**) pour appréhender son évolution.

Par suite, et parmi les fondamentaux qui doivent être maîtrisés par tout acheteur public, figurent, d'une part, la connaissance des grands principes fondamentaux applicables à tout contrat de la commande publique (**chapitre II**) et, d'autre part, l'identification, les rôles et missions de chaque acteur de la commande publique (**chapitre III**), qu'il soit acheteur ou opérateur.

Chapitre I

Un peu d'histoire...

On achète rarement un guide pratique en droit de la commande publique en vue de recevoir un cours d'histoire du droit.

Ce livre se veut accessible à tous. Les passionnés d'histoire apprécieront **(A)** un panorama des grandes étapes de la commande publique en droit français, depuis l'Ancien Régime jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, tandis que les néophytes y trouveront **(B)** une synthèse chronologique de l'évolution du droit des marchés publics depuis le début de la V^e République.

A - Le droit de la commande publique, de l'Ancien Régime jusqu'à la V^e République

Tout un chacun peut comprendre assez facilement que le processus d'achat de tables marquetées à Versailles, fût-ce par Colbert, sous Louis XIV, n'a plus que peu de choses en commun avec celui d'achat de lits médicalisés par un centre hospitalier en 2024.

Et pour cause.

En effet, en moins de trois cents ans, et même sur un temps bien plus court puisqu'on peut circonscrire le principe de cette transition sur une quarantaine d'années – entre 1789 et 1830 –, la France est passée d'achats sur fonds publics pour des intérêts privés à des achats encadrés, valables dans toutes les administrations de tout le territoire et soumis à des contrôles variés (Parlement, Conseil d'État, Cour des comptes).

En effet, l'irruption de l'achat public sur la scène publique a correspondu à la fin de l'État dynastique et est ainsi devenue le garant d'une transition vers un État démocratique³ voire, objecteront certains, jusqu'à atteindre l'État bureaucratique :

3. Du grec *dêmos*, le peuple, et *kratos*, le pouvoir, l'autorité, l'étymologie de démocratie est notoire. Dans son sens originel, *kratos* indique le fait d'« avoir le dessus ».

« Le passage de l'État dynastique à l'État bureaucratique correspond au passage d'un mode de reproduction fondé sur l'hérédité ainsi que sur l'idéologie du sang et de la naissance, mode de reproduction qui ignore la coupure entre le public et le privé, et un mode de reproduction bureaucratique à composante scolaire fondé sur l'intervention de l'école dans le processus de reproduction, passage qui s'accorde au mouvement par lequel la nouvelle noblesse, la « noblesse d'État », tend à se substituer à la noblesse de sang dans le champ du pouvoir. »⁴

Quoi qu'il en soit, à compter de la fin de l'Ancien Régime⁵ et jusque dans les années 1830, la question de l'efficacité de l'achat public a pu faire l'objet d'importants débats publics.

1. L'Ancien Régime

L'existence d'un droit administratif avant même la Révolution est une question depuis longtemps débattue.

Les théoriciens du droit administratif considèrent le plus souvent que celui-ci n'est né qu'après la Révolution et l'Empire et qu'il n'a pu acquérir de définition rigoureuse de son domaine qu'après la loi du 24 mai 1872 (qui réaffirme le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires) et l'arrêt Blanco (du 8 février 1873)⁶.

Il est manifeste qu'avant la Révolution, aucune règle uniforme ne vient encadrer l'achat « public » (au sens d'achat royal). Chaque achat dépend de l'administration acheteuse, du lieu de l'achat et de l'objet ou du service acheté. Le choix des produits et des fournisseurs relève ainsi de la liberté de chaque administrateur.

Cependant, on a pu constater que certains mettaient en place – dès cette époque – certaines règles de mise en concurrence, notamment impliquant le seul critère du prix. Ainsi le point de vue, en 1790, d'un fournisseur de vivres de l'Ancien Régime démontre l'utilisation fréquente de l'adjudication :

« Les adjudications au rabais peuvent être bonnes et utiles pour de certaines fournitures ou pour de certains travaux de l'art ; mais devenir nuisibles et dangereuses, quand elles sont appliquées à des objets d'une certaine étendue et d'un genre important. Un établissement particulier, tel que l'hôpital d'une grande ville, par exemple, veut passer un marché pour le pain et pour la viande qu'il consomme. Il pourra faire très sagement, et je le crois, d'adjuger ces fournitures au rabais. Encore, serait-ce une imprudence, malgré la considération du plus bas prix, de traiter, pour le pain, avec un homme qui ne serait pas boulanger, et pour la viande, avec un autre qui ne serait ni boucher, ni marchand de bœufs. »⁷

4. Lenoir Rémi, « Bourdieu et l'État », *Savoir/Agir* n° 19, 2012/1 (<https://www.cairn.info/revue-savoir-agir-2012-1-page-117.htm>).

5. Habituellement datée à la nuit du 4 août 1789.

6. Lemesle Hélène, « Réglementer l'achat public en France (XVIII^e-XIX^e siècle) », *Génèses* n° 80, 2010/3.

7. Dampierre de la Salle, *Mémoire sur une question relative aux vivres des troupes de terre par un ancien munitionnaire*.