

PROGRAMME

I. LE CONTEXTE JURIDIQUE

- A Le Code des Marchés Publics et l'ordonnance du 6 juin 2005
 - 1) La maîtrise d'ouvrage relevant du Code des Marchés Publics
 - 2) La maîtrise d'ouvrage relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005
- B Le champ d'application de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, dite « Loi MOP »
 - 1) Les personnes morales soumises à la loi MOP
 - 2) Les ouvrages soumis à la loi MOP
 - 3) Les ouvrages non soumis à loi MOP

II. LA MAÎTRISE D'OEUVRE

- A Les missions de maîtrise d'œuvre
 - 1) Les ouvrages de bâtiment
 - 2) Les ouvrages d'infrastructure
- B Les acteurs de la maîtrise d'œuvre
 - 1) Les architectes
 - 2) Les autres intervenants
 - 3) L'organisation de la maîtrise d'œuvre

III. REGLES COMMUNES A TOUTES LES PROCEDURES

- A La programmation : une étape essentielle
 - 1) La définition des besoins
 - 2) L'élaboration du programme
 - 3) Le programme peut évoluer en cours d'études
 - 4) Tranches ferme/tranche conditionnelle
 - 5) L'estimation de l'enveloppe financière prévisionnelle
- B Les principes généraux à respecter
- C Les seuils de procédure et la publicité
 - 1) Les marchés en dessous de 15.000€ HT d'honoraires
 - 2) La détermination des seuils
- D Les candidatures
 - 1) La présentation des candidatures
 - 2) L'exclusivité des candidatures
 - 3) Le contenu du dossier de candidature
 - 4) La transmission des candidatures
 - 5) Support de présentation des candidatures
 - 6) L'examen des candidatures
- E La détermination des critères d'attribution du marché
 - 1) Les critères de l'offre économiquement la plus avantageuse
 - 2) La pondération des critères en maîtrise d'œuvre
 - 3) La détermination du profil souhaité de l'équipe de maîtrise d'œuvre

IV. RAPPEL CONCERNANT LES PROCEDURES

- A La mise en place d'un jury
- B La procédure de principe : le concours
 - 1) Quand organiser un concours ?
 - 2) Le niveau de rendu des prestations
- C La procédure négociée spécifique

- D L'appel d'offres
- E La procédure adaptée
 - 1) Définition
 - 2) La procédure adaptée soumise à un certain formalisme
 - 3) L'absence de pondération des critères
 - 4) La remise de prestations en procédure adaptée
 - 5) La sélection sur le montant des honoraires encadrée
- F Les procédures particulières
 - 1) La procédure de conception-réalisation
 - 2) L'accord cadre
 - 3) Le contrat de partenariat

V. LES FORMALITES A SUIVRE APRES L'ATTRIBUTION DU MARCHE

- A L'information des candidats non retenus
 - 1) Information obligatoire des candidats en procédure formalisée
 - 2) Information sur demande pour les procédures adaptées
- B La transmission au contrôle de légalité
- C La notification du marché
- D La publication d'un avis d'attribution

VI. LE MARCHE DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

- A Caractéristiques d'un contrat de maîtrise d'œuvre
 - B La rémunération
 - C Les avenants
 - D Les aléas en cours d'exécution
 - E Solutions pour obtenir le paiement des honoraires
 - F La résiliation du contrat public de maîtrise d'œuvre
 - G Attention au devoir de conseil
-

I. LE CONTEXTE JURIDIQUE

A. LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ET L'ORDONNANCE DU 6 JUIN 2005

Le Code des Marchés Publics définit les règles de publicité et de mise en concurrence que doivent respecter les maîtres d'ouvrage publics pour la passation de leurs marchés. Certains maîtres d'ouvrage publics, parce qu'ils ont un statut particulier, ne sont pas soumis aux dispositions du Code des Marchés Publics. Ils sont toute fois tenus de respecter les dispositions de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et ses décrets d'application.

1) La maîtrise d'ouvrage relevant du Code des Marchés Publics

Sont soumis au CMP les marchés des pouvoirs adjudicateurs suivants :

- l'Etat et ses établissements publics (autre qu'industriels et commerciaux)
- Les collectivités territoriales (régions, départements, intercommunalités, communes) et l'ensemble de leurs établissements publics locaux
- Les acteurs de la santé (centre hospitaliers, maison de retraite...)
- Les acteurs de l'enseignement supérieur et de la recherche (Universités, Centre de recherche...)
- Les organismes consulaires (CCI, Chambre des métiers...)

Depuis le 19 mai 2011, date d'entrée en vigueur de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, la passation des marchés des offices publics de l'Habitat (OPHLM et OPAC) ne relève plus des dispositions du CMP mais de celles de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005.

Cette disposition vise à simplifier la passation des contrats de ces organismes et, de fait l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumise au Code des marchés publics est moins contraignante que le Code.

2) La maîtrise d'ouvrage relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005

Les personnes morales concernées sont :

- les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat
- les acteurs du logement social (offices publics d'HLM, OPAC...)
- les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs organismes de droit public
-

Les Offices Publics d'Habitat (OPH) : L'article 132 de la loi du 17 mai 2011 pour la simplification et l'amélioration de la qualité du droit, codifié à l'article L.421-26 du Code de la construction et de l'habitation, soumet désormais les contrats des offices publics de l'habitat (OPH) à l'ordonnance du 6 juin 2005, et non plus au Code des marchés publics.

Cette ordonnance donne une définition de la maîtrise d'œuvre identique à celle prévue par l'article 74 du code des marchés publics :

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour son application.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent librement choisir leur procédure formalisée lorsque le montant du marché est supérieur à 134 000 € HT ou 207 000 €HT pour les pouvoirs adjudicateurs. **L'organisation d'un concours n'est donc pas obligatoire.**

B. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI N°85-704 DU 12 JUILLET 1985, DITE « LOI MOP »

La loi n°85-704 du 12 juillet 1985 a clarifié le contenu des missions des intervenants dans les opérations de construction ou de réhabilitation, et d'assurance de la qualité architecturale, sociale et économique des ouvrages publics en encadrant les conditions de leur réalisation. Elle confère un véritable statut à la maîtrise d'ouvrage publique.

Selon son article 2, alinéa 1^{er}, le maître d'ouvrage est la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre.

Il faut ainsi tenir compte de deux éléments pour déterminer si la loi MOP s'applique : la qualité du maître d'ouvrage et la nature de l'ouvrage à réaliser.

1) Les personnes morales soumises à la loi MOP

Les dispositions de la loi MOP sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiments ou d'infrastructures, ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation, quel que soit le montant du marché, réalisés par :

- L'Etat et ses établissements publics nationaux
- Les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux
- Les établissements publics d'aménagement de villes nouvelles
- Les groupements des collectivités locales
- Les syndicats mixtes
- Les organismes privés de sécurité sociale ainsi que leurs unions ou fédérations
- Les organismes privés d'HLM
- Les SEM pour la réalisation de logements à usage locatif aidés par l'Etat
- Les mandataires des maîtres d'ouvrage soumis à la loi MOP
- Les associations syndicales autorisées (**ordonnance 2004-632 du 1er juillet 2004**)

2) Les ouvrages soumis à la loi MOP

La loi MOP s'applique à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure, ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation, qu'il s'agisse de constructions neuves ou de réutilisation d'un ouvrage existant.

Les dispositions de la loi MOP sont également applicables aux opérations d'entretien et de réparation ou de restauration des monuments inscrits.

3) Les ouvrages non soumis à la loi MOP

- Les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation. Le décret 86-520 du 14 mars 1986 détermine la liste des ouvrages concernés, par exemple chauffage urbain, centrales de production d'énergie, unités de traitement des déchets.
- Les ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une ZAC ou d'un lotissement.
- Les logements aidés en accession à la propriété lorsqu'ils sont réalisés par les organismes privés d'HLM ou par les sociétés d'économie mixte.
- Les ouvrages de bâtiment acquis par les organismes d'HLM et par les sociétés d'économie mixte, par un contrat de vente d'immeuble à construire
- Les opérations d'entretien, de réparation et de restauration sur les immeubles classés

II. LA MAÎTRISE D'OEUVRE

A. LES MISSIONS DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

Les éléments de mission pouvant être confiés à la maîtrise d'œuvre diffèrent selon que l'opération envisagée porte sur un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure. La catégorie « infrastructure » inclut notamment les routes, ponts, barrages, voies ferrées, voirie et réseaux divers, canalisations, terrains de sport, espaces verts, ouvrages hydrauliques, aérodromes...

C'est le maître d'ouvrage qui doit déterminer la catégorie à laquelle appartient l'ouvrage projeté. Lorsque l'opération présente des caractéristiques communes aux deux types d'ouvrages, il est possible de la scinder en parties d'ouvrage qui relèveront alors de l'une ou l'autre des catégories.

1) Les ouvrages de bâtiment

Pour les ouvrages de bâtiment, le maître d'ouvrage est tenu de confier à l'équipe de maîtrise d'œuvre une mission de base dont le contenu est défini par l'article 15 du décret « missions » pris en application de l'article 7 de la loi MOP. La mission de base constitue la mission minimum obligatoire qu'un maître d'ouvrage public doit confier à l'équipe de maîtrise d'œuvre pour toutes opérations de bâtiment, son contenu variant selon l'opération (neuf, réutilisation ou réhabilitation).

Pour les opérations de construction neuve de bâtiment, la mission de base comporte les études d'esquisse, d'avant-projet, de projet, l'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des contrats de travaux, la direction de l'exécution du contrat de travaux et l'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Pour les opérations de réutilisation ou de réhabilitation de bâtiment, la mission de base comporte les études d'avant-projet, de projet, l'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des contrats de travaux, la direction de l'exécution du contrat de travaux et l'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

La mission EXE, si elle est confiée à la maîtrise d'œuvre, fait bien partie de la mission de base. En dehors de toute indication, la mission de base s'entend avec la mission VISA, hors EXE. La mission EXE peut être totale ou partielle en ne s'appliquant qu'à certains lots ; aux lots exclus de l'EXE s'applique la mission VISA.

Autres éléments de mission : Outre la mission de base, le maître d'ouvrage peut confier à l'équipe de maîtrise d'œuvre d'autres éléments de missions tels que l'ordonnancement, la coordination et le pilotage du chantier, les études de diagnostic.

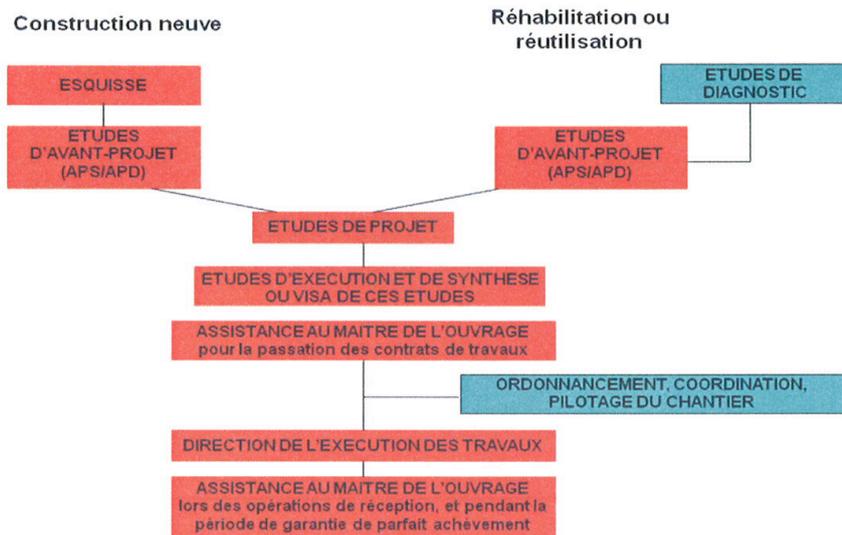
Les missions complémentaires : Le maître d'ouvrage peut également confier à l'équipe de maîtrise d'œuvre des missions complémentaires qui dépendent notamment de la nature de l'opération : la coordination SSI pour les immeubles recevant du public, l'étude de faisabilité d'approvisionnement énergétique, la simulation thermique dynamique, le bilan d'émission de gaz à effet de serre, etc...

2) Les ouvrages d'infrastructure

Dans le domaine de l'infrastructure, dont relèvent notamment les marchés d'aménagement urbain, le maître d'ouvrage n'est pas tenu de confier l'intégralité de la mission de base à un prestataire de droit privé. Il peut, pour une même opération, par exemple, confier une partie de l'exécution de la mission à la maîtrise d'œuvre privée et une autre partie à la maîtrise d'œuvre publique.

L'éventuel découpage de la mission ne doit pas conduire à des incohérences. C'est la raison pour laquelle la MIQCP préconise que soit confiée à une même équipe de maîtrise d'œuvre une mission « témoin » dont le contenu équivaut à la mission de base obligatoire d'une opération concernant un bâtiment.

OUVRAGES DE BÂTIMENT – MISSION DE BASE

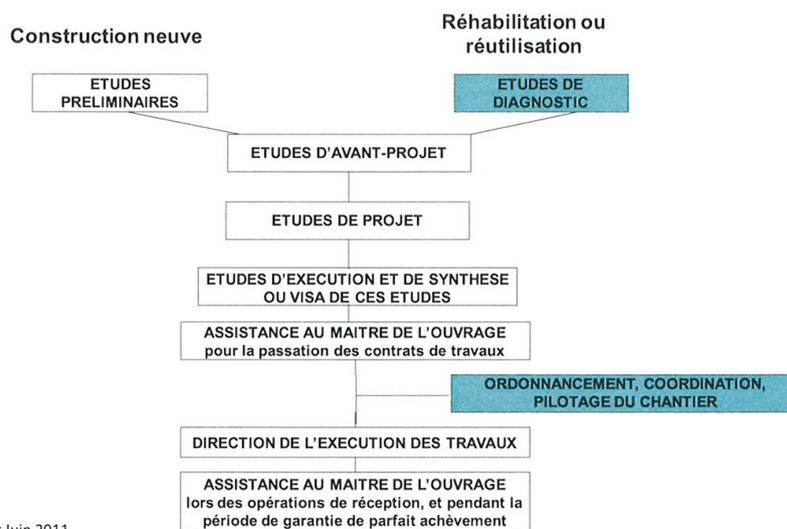


Ouvrages d'infrastructure

Dans le domaine de l'infrastructure dont relèvent notamment les marchés d'aménagement urbain, le maître d'ouvrage n'est pas tenu de confier l'intégralité de la mission de base à un prestataire de droit privé. Il peut, pour une même opération, par exemple, confier une partie de l'exécution de la mission à la maîtrise d'œuvre privée et une autre partie à la maîtrise d'œuvre publique.

Dans un souci d'efficacité, il est conseillé de rechercher une continuité et une cohérence dans l'exécution des missions.

OUVRAGES D'INFRASTRUCTURE



B. LES ACTEURS DE LA MAÎTRISE D'OEUVRE

1) Les architectes

Conformément à l'article 3 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, les architectes, agréés en architecture et détenteurs de récépissés doivent obligatoirement concevoir le projet architectural, faisant l'objet d'une demande de permis de construire, *quelle qu'en soit la surface*. Ils doivent avoir un lien contractuel direct avec le maître d'ouvrage, l'article 37 du décret 80-217 du 20 mars 1980 leur interdisant la sous-traitance du projet architectural.

2) Les autres intervenants

Ce sont :

- Les urbanistes
- Les paysagistes
- L'ingénierie représentant les différentes compétences techniques nécessaires à la réalisation d'un projet (structure, fluides, thermique, acoustique, etc.)
- Les économistes de la construction, etc.

Selon la nature du projet, le maître d'ouvrage pourra solliciter une ou plusieurs de ces compétences particulières.

3) L'organisation de la maîtrise d'œuvre

La mission de maîtrise d'œuvre peut être organisée selon deux modes différents :

- Le marché est confié à un architecte qui, le cas échéant, pourra sous-traiter certaines prestations ;
- Le marché est confié à un groupement solidaire ou conjoint, la mission sera donc exercée en cotraitance et un membre du groupement, mandataire, sera l'interlocuteur du maître d'ouvrage.

**III. REGLES COMMUNES A TOUTES LES
PROCEDURES**

A. LA PROGRAMMATION : UNE ETAPE ESSENTIELLE

1) La définition des besoins

Cette phase essentielle qui va permettre la mise en œuvre d'un futur bâtiment ou d'une opération d'aménagement urbain incombe au maître d'ouvrage.

Lors de l'émergence d'un besoin identifié, il est nécessaire que la personne publique étudie toutes les possibilités et conséquences avant de se lancer dans une opération de bâtiment ou d'aménagement urbain.

CAA Douai , 17 janvier 2013 Commune d'Hazebrouck

« Les candidats ne peuvent être chargés de définir les besoins de la personne publique, cette mission appartenant à l'acheteur ».

La Cour d'Appel rappelle que la définition précise des besoins par l'acheteur public est une condition sine qua non de réussite de la consultation. A défaut, le marché encourt l'annulation car les candidats ne sont pas à même de présenter une offre adaptée.

C'est une phase essentielle, du ressort du maître d'ouvrage public dont le contenu va conditionner et encadrer le travail de conception du projet.

L'article 5 du CMP impose au maître d'ouvrage de déterminer avec précision, avant le lancement de la consultation, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en prenant en compte les préoccupations de développement durable. L'article 2 alinéa 2 de la loi MOP est plus ciblé et précise qu'il lui appartient notamment, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée :

- d'en déterminer la localisation,
- d'en définir le programme,
- d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle
- d'en assurer le financement

2) L'élaboration du programme

L'article 2 de la loi MOP indique que le programme doit préciser les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire, notamment en termes d'architecture, de fonctionnalité, d'environnement, d'insertion paysagère et d'objectifs techniques et financiers. Il réunit l'ensemble des conditions nécessaires à la réalisation d'un projet maîtrisé.

L'élaboration du programme nécessite un travail d'investigations (constats, collecte de données, diagnostic, enquêtes, etc.) et une réflexion prospective pour expliciter les objectifs de l'opération projetée et les moyens nécessaires pour les atteindre.

Le maître d'ouvrage a généralement intérêt à faire appel à un prestataire spécialisé, dit « programmist ».

Un « bon programme » est nécessaire pour espérer obtenir des propositions pertinentes de la part des maîtres d'œuvre chargés de la conception.

Il comporte au moins :

- Les données et les contraintes du site (environnement urbain ou naturel), du terrain (dont les relevés et l'étude de reconnaissance des sols) ou des existants (dont les diagnostics), des réglementations (urbanistiques, techniques, etc.), des servitudes (publiques ou privées), etc.
- Les attentes d'ordre culturel, social, urbanistique et esthétique (valeur symbolique, image attendue de l'équipement, insertion dans la ville, le quartier), et d'ordre technique et environnemental.
- Les besoins exprimés sous forme quantifiée (inventaire et typologie des espaces, équipements, performances, etc.).
- Les besoins exprimés en terme de fonctionnalité (relations et liaisons hiérarchisées, ergonomie, etc.) et de confort (hygiène, ambiance, air, lumière, bruit, etc.).
- Les exigences techniques, sociales ou environnementales particulières.

- Les exigences concernant les délais et phasages de l'opération, les coûts d'investissement, la maîtrise des dépenses d'exploitation et d'entretien (voire de déconstruction), etc.
- L'annonce de la part de l'enveloppe financière affectée aux travaux que le maître d'ouvrage peut consacrer à cette réalisation.

C'est le programme tel qu'il est défini ci-dessus qui va permettre au maître d'ouvrage de définir l'enveloppe financière prévisionnelle.

De surcroît, programme et enveloppe prévisionnelle permettent de faire une première estimation du montant du futur marché de maîtrise d'oeuvre ; cette estimation guidant le maître d'ouvrage pour le choix de la procédure de passation de ce marché. Elle est de plus nécessaire pour évaluer les indemnités dues aux candidats dans les procédures de concours.

3) Le programme peut évoluer en cours d'études :

L'article 2 de la loi MOP prévoit les conditions dans lesquelles le programme peut évoluer.

Cas général : le programme et l'enveloppe financière sont définis par le maître d'ouvrage avant tout commencement des avant-projets. Ils peuvent être précisés avant le début des études de projet.

En cas de réutilisation ou de réhabilitation d'un ouvrage existant : l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projet, sans que cette mise au point finale ne puisse se poursuivre après le commencement des études de projet.

En cas de réalisation d'ouvrages neufs complexes d'infrastructure et de bâtiment : l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projet, sous réserve que le maître d'ouvrage l'ait annoncé dès le lancement des consultations. Les conséquences de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle sont prises en compte par voie d'avenant.

NB : Cet avenant qui arrête le programme et le montant définitif du coût des travaux est établi à l'issue de la phase APD. Il devra également fixer le montant définitif de la rémunération de la maîtrise d'oeuvre.

4) Tranche ferme / tranche conditionnelle

L'article 72 du CMP encadre les marchés à tranches conditionnelles.

Ce type de marché permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme, en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'ensemble de l'opération.

Caractéristiques générales de ce type de marché

Il comporte nécessairement une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles.

NB : Le maître d'ouvrage n'est engagé que sur la tranche ferme alors que le titulaire du marché s'engage sur la réalisation de l'ensemble des tranches prévues au marché.

Le marché doit définir la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché.

Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit.

Clauses particulières à prévoir dans le marché

- Le marché doit prévoir un délai d'affermissement pour chaque tranche conditionnelle. Ce délai doit être raisonnable et est déterminé en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché.
- Le marché peut prévoir une indemnité d'attente dans le cas où une tranche conditionnelle serait affermée avec retard et une indemnité de dédit dans le cas où une tranche conditionnelle ne serait pas affermée. Le montant de l'indemnité qui doit tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché, les conditions de son versement sont prévues par le marché.

Particularités lorsque l'opération est soumise à la loi MOP

Pour les ouvrages de bâtiment, la mission de base minimum obligatoire doit être confiée à la maîtrise d'oeuvre quelle que soit la nature du contrat et quel que soit le montant du marché. En cas de découpage du marché, l'article 7.2 de la circulaire du 14 février 2012 rappelle que « pour les opérations de bâtiment relevant de la loi MOP, la mission de base doit faire l'objet d'un contrat unique. Dès lors l'ensemble des tranches du marché qui seront exécutées le seront par le titulaire du contrat, sauf exception prévue par l'article 17 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé ».

L'exception prévue par l'article 17 du décret « Missions » concerne la résiliation du marché suite à la défaillance du maître d'oeuvre et la possibilité dans ce cas, de ne confier que la partie des éléments de mission non encore réalisés à l'équipe de maîtrise d'oeuvre qui va lui succéder.

A l'issue de cette phase, le maître d'ouvrage va être en mesure d'établir une estimation du futur marché de maîtrise d'oeuvre ; elle va lui permettre de choisir la procédure de passation du marché et, en cas de concours, d'évaluer les indemnités dues aux candidats.

5) L'estimation de l'enveloppe financière prévisionnelle

Le coût estimé des travaux constitue l'enveloppe financière prévisionnelle qui va déterminer le cadre financier de l'élaboration du projet. Elle est donc un élément clé du programme et elle est établie en amont du lancement de l'opération et de la consultation de maîtrise d'oeuvre.

Cette enveloppe financière va également servir au calcul de la rémunération forfaitaire provisoire de la maîtrise d'oeuvre, élément essentiel de la détermination du seuil de passation du marché.

Dans une réponse écrite en date du 17 mai 2012, le ministre de la culture et de la communication rappelle que l'évaluation de l'enveloppe nécessaire à la réalisation d'un projet, notamment en vue de l'octroi d'une subvention, relève de la maîtrise d'ouvrage. Le ministre précise que « *cette phase indispensable de définition du programme peut être réalisée soit par la collectivité elle-même, soit par une mission spécifique d'assistance à maîtrise d'ouvrage auprès d'un programmiste qui l'aidera à élaborer le programme et à évaluer l'enveloppe prévisionnelle permettant ainsi à la collectivité de disposer à la fois des éléments pour la demande de subvention et l'établissement du cahier des charges, préalablement à l'engagement de la consultation de maîtrise d'oeuvre* ».

Une sous-évaluation initiale de l'enveloppe financière des opérations, généralement liée à des études de programmation insuffisantes, est régulièrement constatée. Elle est parfois volontaire pour « mettre la pression » sur les concepteurs ou parce que le maître d'ouvrage ne peut se résoudre à mettre en adéquation le programme avec une enveloppe financière limitée.

Dans ces deux cas, le concepteur se trouvera prisonnier d'une problématique insoluble : sacrifier les prestations et donc les exigences du programme, ou faire exploser les coûts, ou faire perdurer la sous-évaluation jusqu'à l'appel d'offres des entreprises au risque de perdre plusieurs mois d'études et de remettre en cause l'opération entière.

De surcroît, après la passation du marché de maîtrise d'oeuvre, le recalage de l'estimation faite par la maîtrise d'oeuvre peut conduire au franchissement d'un seuil de procédure, ce qui entraîne un risque d'annulation de la procédure mise en oeuvre.

Risque également de plafonnement des honoraires en cours de passation du marché

B. LES PRINCIPES GENERAUX A RESPECTER

Ce sont les dispositions de l'article 1-II du CMP qui définissent ces principes qui s'appliquent à tous les marchés, quel qu'en soit leur montant.

- **Liberté d'accès à la commande publique** : l'appel de candidatures ne doit pas contenir d'exigences autres que celles définies par la réglementation et qui aboutiraient à exclure certains candidats. Ainsi, un maître d'ouvrage ne peut pas exiger l'association de professions déterminées mais doit demander aux candidats de justifier posséder un ensemble de compétences, par eux-mêmes, qu'ils se présentent sous forme individuelle ou en groupement (éventuellement en s'appuyant sur leurs sous-traitants).
NB : Ces compétences dépendent de l'objet de la consultation.
- **Egalité de traitement des candidats** : chaque candidat doit recevoir les mêmes informations, dans les mêmes conditions et dans les mêmes délais que ses concurrents. Aucun candidat ne doit être « privilégié » d'une quelconque façon.
- **Transparence des procédures** : chaque candidat doit savoir, dès l'appel de candidature, de quelle manière sa candidature va être sélectionnée ou éliminée. Sur sa demande, les motifs de rejet de sa candidature lui sont communiqués.

Ces grands principes ne suffisent pas à garantir l'efficacité de la commande et la bonne utilisation des deniers publics. Au-delà du respect de ces principes, c'est le choix d'une procédure appropriée et correctement menée qui va le permettre.

C. LES SEUILS DE PROCÉDURE ET LA PUBLICITE

Les modes de passation diffèrent selon le montant du marché. Il est donc indispensable d'estimer ce montant.

En maîtrise d'œuvre, il convient d'additionner toutes les missions (mission de base et missions complémentaires) pour déterminer la procédure à suivre.

Il est utile de se référer au guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre, édité par la MIQCP. Il permet aux maîtres d'ouvrage d'apprécier le montant des honoraires de la maîtrise d'œuvre, pour une mission de base, sans études d'exécution (bâtiment) et d'un coefficient de complexité de 1.

Méthode : Le montant des honoraires est estimé en appliquant le taux indicatif au montant prévisionnel des travaux (cf. tableau ci-après) à ajuster en fonction de la complexité de l'opération (les coefficients de complexité pouvant varier de 0,60 à 1,80).

la Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques (MIQCP) vient de mettre en ligne sur son site Internet une version numérisée, interactive et mise à jour du « guide à l'attention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre » (simulateur d'honoraires).

Cet outil s'adresse aux maîtres d'ouvrage afin de leur permettre d'établir une évaluation sommaire de l'enveloppe prévisionnelle à affecter aux honoraires de maîtrise d'œuvre qu'ils doivent provisionner dans leur programmation budgétaire. L'outil ne concerne pour l'instant que les bâtiments neufs, mais sera prochainement adapté également aux infrastructures.

Les architectes sont bien entendus invités à consulter et à faire connaître cet outil, et surtout à inviter leurs maîtres d'ouvrage à l'utiliser.

Le Conseil national de l'Ordre a activement collaboré avec la MIQCP afin de réaliser cette version informatique du Guide.

1) Les marchés en dessous de 15.000€ HT d'honoraires

Le décret 2011-1853 du 9 décembre 2011, publié au journal officiel du 11 décembre, a relevé le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence à 15 000 euros HT. Ce nouveau seuil remplace celui de 4000 euros HT.

- Il s'agit d'une faculté pour le maître d'ouvrage et non d'une obligation.

L'article 28-III du CMP précise en effet que « le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé dans publicité ni mise en concurrence préalable, si le montant estimé du marché est inférieur à 15 000 euros ».

Un maître d'ouvrage aura donc toujours la liberté de se soumettre aux procédures plus contraignantes du CMP

- Le seuil de 15 000 € s'applique à tous les marchés, marchés de maîtrise d'œuvre, marché de travaux, etc.

- Si un maître d'ouvrage décide d'utiliser cette faculté ; il doit respecter un certain nombre de règles (article 3 du décret du 9 décembre 2011)

- il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin,
- il veille à faire une bonne utilisation des deniers publics
- il veille à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

La direction des affaires juridiques du Ministère des finances (DAJ) précise, dans une note explicative, les modalités d'application de ces règles : « L'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics invitent l'acheteur public à s'informer sur la structure de l'offre existante sur le marché et à se comporter en gestionnaire avisé et responsable. Il devra être à même de pouvoir justifier les motifs de son choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité des procédures qu'il aura employées, selon la nature et le montant de la prestation achetée, notamment devant le juge (par exemple, en produisant les devis sollicités, les référentiels de prix ou les guides d'achat utilisés, etc.). L'établissement d'une note de traçabilité de l'achat est recommandé ».

A noter qu'en vertu de la loi MOP et du décret « missions », les marchés de maîtrise d'œuvre doivent être passés sous la forme écrite quel que soit leur montant.

Le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant le Code des marchés publics permet un élargissement des possibilités de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable : outre les marchés d'un montant inférieur à 15 000 € ou les cas particuliers de l'article 35-II du Code, une telle dispense pourra s'appliquer si ces formalités préalables sont « impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré »

2) La détermination des seuils

Le décret n° 2013-1259 du 27 décembre 2013 a modifié les seuils de procédure formalisée pour la passation des marchés publics et autres contrats de la commande publique, conformément au règlement de la Commission européen.

Applicables au 1er janvier 2014, ces seuils sont les suivants pour les deux années à venir

	0 € HT	15000 € HT	90 000€ HT	207 000 € HT (collectivités) 134 000 € HT (Etat)
	↓	↓	↓	↓
PUBLICATION	S a n s Objet	P u b l i c i t é adaptée	Avis d'appel public à la concurrence (AAPC) au BOAMP ou dans un journal d'annonces légal (JAL) + avis d'attribution si choix d'une procédure formalisée	Avis d'appel public à la concurrence : BOAMP et JOUE Au delà de 750 000 € HT, avis de pré information européen + avis d'attribution

MODE DE PASSATION	S a n s Objet	Procédure adaptée (art.28-1 et 74-II CMP)	Procédure formalisée <ul style="list-style-type: none"> - Concours de maîtrise d'œuvre obligatoire (art. 70 et 74 CMP) - Ou dans les 4 cas dérogatoires, procédure négociée spécifique ou appel d'offres (art. 74-III CMP) - Dialogue compétitif lorsque l'opération est complexe et qu'elle concerne la réhabilitation d'un ouvrage existant ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.
DE LAI DE RECEPTION DES CANDIDATURES	S a n s Objet	<i>Non réglementé</i> Délai raisonnable	<ul style="list-style-type: none"> - Délai de principe : 37 jours minimum - En cas d'envoi par voie électronique : 30 jours - En cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique : 15 jours (et 10 jours si AAPC envoyé électroniquement).
DE LAI DES RECEPTION DES OFFRES	S a n s Objet	<i>Non réglementé</i> Délai raisonnable	Concours : Délai de remise de prestations <ul style="list-style-type: none"> - 40 jours minimum - 22 jours si publication d'un avis de pré information 52 jours au moins avant la publication de l'AAPC et en contenant les mêmes informations (art 62 du CMP) Procédure négociée : Délai librement fixé par le pouvoir adjudicateur (art. 66 du CMP), ce délai pouvant être prolongé dans certains cas (en cas de demande de renseignements complémentaires, ou lorsque l'offre ne peut être déposée qu'à la suite d'une visite dans les lieux).
JURY	S a n s Objet	Pas obligatoire	Obligatoire

Pour les marchés inférieurs à 90 000 € HT, la personne publique choisit librement les modalités de publicité. Le mode de publicité retenu doit non seulement être fonction du montant du marché mais doit aussi être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les prestataires concernés et à l'urgence du besoin.

Afin d'assurer une mise en concurrence suffisante, le maître d'ouvrage a le choix entre plusieurs catégories de supports : presse écrite, affichage, Internet. Ce support doit permettre une réelle diffusion de l'information auprès des candidats potentiels et ne pas être confidentiel.

Précisions relatives aux modalités de publicité des marchés à procédure adaptée inférieurs à 90.000€ HT (Réponse ministérielle n°100135 : JOAN Q 17 MAI 2011)

La réponse ministérielle rappelle que pour les marchés à procédure adaptée compris entre 15 000 et 90 000 € HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre et de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. Les moyens de publicité doivent permettre aux candidats potentiels d'être informés de l'intention d'acheter et de la description précise du besoin pour obtenir une diversité d'offres suffisantes à garantir une réelle mise en concurrence. Mais, si le pouvoir adjudicateur choisit pour ces marchés à procédure adaptée de publier un avis dans le BOAMP ou dans un JAL, il est obligé d'utiliser le modèle national d'avis d'appel public à la concurrence en application de l'arrêté du 27 août 2011.

La publicité est un principe fondamental de la commande publique : elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés ; elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence. Il appartient au maître d'ouvrage de déterminer les modalités de publicité les plus pertinentes au regard de l'objet et du montant du marché en cause

Gratuité des documents de la consultation

Les documents de la consultation sont remis gratuitement (article 41 du CMP).

Lorsque le montant du marché est supérieur à 90 000 euros HT, les documents de la consultation sont publiés sur le profil d'acheteur du maître d'ouvrage. Ils doivent être d'accès libre et seuls les frais d'accès au réseau sont à la charge des candidats.

En cas de demande de transmission sur support papier, le maître d'ouvrage peut mettre à la charge des candidats les frais de reprographie à la condition que le montant et les modalités de paiement aient été indiqués dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation.

D. LES CANDIDATURES

1) La présentation des candidatures

Les candidatures peuvent être présentées sous forme individuelle ou sous forme de groupement.

Liberté de la forme des candidatures

La personne publique ne peut ni interdire l'accès des groupements au marché qu'elle envisage, ni exiger que les candidats se présentent groupés. Elle ne peut que préciser la forme du groupement qu'elle exigera après l'attribution du marché.

Les candidats ont donc une totale liberté pour la présentation de leur candidature, soit individuellement, soit sous forme groupée avec le libre choix de la forme du groupement.

Les opérateurs économiques peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence.

Un groupement est conjoint lorsque chacun des prestataires s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.

Un groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires est engagé financièrement pour la totalité du marché.

NB : La solidarité entre les membres du groupement est une solidarité purement financière. Elle n'implique pas que chaque membre ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché.

Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée soit dans l'AAPC soit dans le règlement de la consultation.

La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la date de signature du marché .

Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous traitants.

Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.

Le Mandataire

Dans les deux formes de groupements, l'un des prestataires désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du maître d'ouvrage et coordonne les prestations des membres du groupement.

Un même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

En cas de groupement conjoint, le marché peut prévoir que le mandataire est solidaire de chacun des membres pour ses obligations contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage pour l'exécution du marché.

Les candidatures et les offres peuvent être présentées par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter les membres du groupement au stade de la passation du marché.

Le mandataire peut être habilité à signer l'acte d'engagement pour le compte des membres du groupement.

Le maître d'ouvrage n'a pas à imposer le choix du mandataire.

2) L'exclusivité des candidatures

L'AAPC ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché plusieurs offres en agissant à la fois :

- en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements,
- en qualité de membres d'un ou plusieurs groupements.

Par principe, un seul candidat est autorisé à présenter plusieurs candidatures (par exemple à titre individuel et au sein d'un ou plusieurs groupements).

Toutefois, l'article 51-VI laisse la possibilité au maître d'ouvrage d'interdire aux candidats, dans l'AAPC ou dans le règlement de la consultation, de présenter pour le marché plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements.

Le maître d'ouvrage peut ainsi exiger que la candidature de chacun soit exclusive.

Cette restriction peut s'avérer négative dans le sens où elle aura pour effet de restreindre la concurrence.

En effet, certains prestataires sont peu nombreux et leur participation exclusive réduirait de fait le nombre de candidatures des équipes de maîtrise d'oeuvre.

La demande d'exclusivité est donc à envisager avec beaucoup de précaution. Elle n'est pas

pertinente lorsqu'elle est exigée pour une composante de l'équipe qui fait partie d'une spécialité peu présente sur le marché (par exemple, les paysagistes, les acousticiens, les économistes de la construction, etc.).

3) Le contenu du dossier de candidature

La présentation du dossier de candidature est laissée à la libre appréciation du maître d'ouvrage. Ce dossier va lui permettre de sélectionner les candidats selon les critères qu'il a précédemment définies et indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Les documents demandés doivent être précisés dans l'avis d'appel public ou dans les documents de la consultation ;

Quel que soit le montant du marché à attribuer, le maître d'ouvrage doit contrôler la capacité des candidats à soumissionner à un marché public puis leurs garanties professionnelles, techniques et financières.

L'arrêté du 28 août 2006 fixe la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs. Cette liste est limitative: le maître d'ouvrage ne peut pas demander aux candidats de produire des documents qui n'y figureraient pas.

- La copie du jugement de mise en redressement judiciaire.
- Une déclaration sur l'honneur, dûment datée et signée par le candidat, pour justifier qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales, et qu'il n'entre dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner définis par l'article 43 du CMP.
- Les renseignements ou documents permettant d'évaluer les expériences, les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat ainsi que les documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager.
La liste de ces renseignements et documents est fixée par l'arrêté du 28 août 2006.
- Les candidats peuvent être tenus de justifier de niveaux minimaux de capacité. Le maître d'ouvrage peut en effet décider de fixer des niveaux minimaux de capacité mais dans ce cas, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché
- Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté du 28 août 2006, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le maître d'ouvrage
- Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens (sous-traitants, entreprises d'un même groupe). Dans ce cas, le candidat justifie de leurs capacités, en produisant les mêmes documents que ceux qui lui sont demandés. De plus, il doit apporter la preuve qu'il disposera des capacités de ces opérateurs en produisant un engagement écrit de leur part
- Des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés
- Des certificats de qualité fondés sur les normes européennes (qui sont délivrés par des organismes indépendants) peuvent également être demandés aux candidats.

Le maître d'ouvrage ne peut exiger des candidats que des « renseignements objectivement nécessaires à l'objet du marché et à la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières, ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilités à les engager ». Et la faculté offerte au pouvoir adjudicateur de choisir les documents ou renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ne peut pas conduire à ne demander aucun document ou renseignement pour l'une ou l'autre des trois capacités. Chacune des trois catégories doit être évaluée. (CE 29 avril 2011, Garde des sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés).

Le dossier de candidature permet aux candidats d'exposer leurs compétences, références et moyens (parcours professionnel, méthode de travail, présentation de réalisations et de projets, présentation de l'équipe, etc.).

Le maître d'ouvrage doit estimer la capacité des candidats à produire une architecture répondant aux exigences de l'opération, selon des critères qu'il aura clairement exprimés dans l'AAPC.

Les candidats sont sélectionnés à partir d'un dossier d'œuvres qui va lui permettre de détecter cette capacité.

Le dossier d'œuvres comprend :

- une présentation de quelques références significatives (réalisations ou à défaut projets), illustrée par des photos (sous format A3 par exemple).

Les données caractéristiques des opérations peuvent être indiquées sur une note listant les références détaillées (objet, lieu, état d'avancement ou date de livraison, maître d'ouvrage, montant des travaux, mission réalisée par le candidat, sous format A4 par exemple).

- Une note de présentation de l'équipe précisant son organisation, le rôle et la spécificité de chacun des cotraitants.

En tout état de cause, le maître d'ouvrage se limitera à ne demander que ce qui est strictement nécessaire à l'appréciation d'une candidature adaptée à l'enjeu de l'opération, tout en ayant conscience que la personnalité du candidat est essentielle dans la sélection compte tenu de la nature du programme et de la mission confiée.

La réponse aux appels de candidature est une charge très lourde pour les agences d'architecture . Il est donc indispensable de ne pas en surcharger le contenu par des éléments qui ne seront pas étudiés et qui n'interviendront pas dans la sélection.

Le maître d'ouvrage veillera également à ne pas exiger des candidats des références d'ouvrages « identiques ». En effet, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le maître d'ouvrage d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

Concernant la limitation des références dans le temps, l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs limite la présentation des références aux 3 dernières années pour les prestations de services.

Niveaux minimaux de capacités :

le maître d'ouvrage a la liberté de fixer des niveaux minimaux de capacités, exigences minimales auxquelles doivent répondre les candidats, et qui sont indispensables pour l'exécution du marché. S'il décide d'en fixer, il ne peut exiger des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché et il doit obligatoirement les indiquer dans l'AAPC.

La justification d'un chiffre d'affaires minimal doit être en rapport avec les caractéristiques du marché, c'est à dire avec les capacités nécessaires à sa bonne exécution. L'importance et la complexité des prestations envisagés, leur montant et leur durée peuvent être considérés comme des facteurs d'influence sur la détermination d'un niveau minimal de chiffre d'affaires.

La justification d'une capacité technique minimale peut être apportée par un certificat de qualification professionnelles, mais le maître d'ouvrage doit veiller à ne pas oublier de préciser que cette justification peut être apportée par « tout autre moyen de preuve équivalent ». (Réponse du ministre de l'économie, JO Sénat du 6 mai 2011)

4) Transmission des candidatures :

Le maître d'ouvrage public peut imposer la transmission des candidatures par voie électronique et il doit assurer « la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible, de façon non discriminatoire ».

Depuis le 1er janvier 2012, l'acheteur public ne peut plus refuser de recevoir les plis électroniques de candidature et d'offres, pour tous les achats d'un montant supérieur à 90 000 euros HT.

Pour tous les achats de plus de 90 000 euros HT, depuis le 1^{er} janvier 2012, l'acheteur doit accepter de recevoir toutes les candidatures et les offres qui lui sont transmises par voie électronique, quel que

soit l'objet du marché (fournitures, travaux ou services). De fait, l'acheteur ne pourra plus imposer le papier, puisque le candidat pourra choisir librement la modalité de la voie électronique.

La direction des affaires juridiques de Bercy souligne dans une fiche explicative qu'il s'agit d'une "avancée incontestable en faveur de la dématérialisation, car elle facilitera l'investissement des entreprises dans ces nouvelles technologies, et poussera les acheteurs publics à s'équiper individuellement ou à rechercher une solution de mutualisation des moyens avec d'autres collectivités publiques".

Le mode de transmission est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence de cet avis, dans les documents de la consultation.

Les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils adressent au pouvoir adjudicateur.

En cas de transmission électronique, le maître d'ouvrage doit assurer la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible, de façon non discriminatoire.

Le dépôt des candidatures (et des offres) transmises par voie électronique ou sur support physique électronique donne lieu à un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception (c'est donc la date de réception par le maître d'ouvrage qui est à prendre en compte).

Les candidats qui présentent leurs documents par voie électronique peuvent adresser, sur support papier ou support physique électronique, une copie de sauvegarde.

NB : La copie doit être placée dans un pli scellé comportant la mention lisible de « copie de sauvegarde »

La signature électronique

La signature, manuscrite ou électronique est définie par l'article 1316-4 du code civil.

Signature électronique et signature manuscrite ont la même valeur juridique. La signature a pour fonction d'identifier la personne qui l'appose et de manifester son accord. La signature électronique permet, en outre, de garantir l'intégrité de l'acte signé.

La garantie de la fiabilité d'une signature électronique repose sur l'utilisation de la cryptographie asymétrique (clé privée et clé publique) et d'une infrastructure de gestion de clés (**IGC**).

Pour signer électroniquement, il est nécessaire de disposer à la fois :

- d'un certificat électronique, c'est-à-dire de la clé privée de signature associée au certificat (ce certificat nominatif est constitué de 3 éléments indissociables : l'identité précise du titulaire, une clé publique et une clé privée associée qui doit rester secrète),
- d'une application logicielle.

De nouvelles règles à partir du 1er octobre 2012

L'arrêté du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics autorise les signataires par voie électronique à utiliser le certificat et la signature de leur choix, sous réserve de sa conformité aux normes du référentiel général d'interopérabilité et au référentiel général de sécurité (RGS).

Le signataire utilise également l'outil technique de son choix, sous réserve de fournir gratuitement les moyens nécessaires à la vérification de cette signature et de son certificat. Il doit donc adresser, avec le document signé, un mode d'emploi permettant de procéder aux vérifications nécessaires.

NB : La vérification de la conformité des certificats de signature avec le RGS est une fonctionnalité prévue sur les profils d'acheteur. Le maître d'ouvrage doit seulement vérifier l'identité du signataire et sa capacité à engager l'entreprise.

5) Support de présentation des candidatures

Le maître d'ouvrage peut également exiger que les candidats utilisent les formulaires types proposés par le ministère des finances.

C'est en effet, ce qu'a précisé le Conseil d'Etat, dans une décision du 21 novembre 2007.

Le Conseil d'Etat a considéré que les DC4 et DC5 reprennent l'ensemble des renseignements exigibles en vertu de l'article 45 du CMP. L'acheteur public peut donc exiger, « dès lors que les circonstances le justifient, que les candidats utilisent, à peine d'irrecevabilité, ces formulaires pour présenter leur offre ». Il a par ailleurs rappelé que l'acheteur public peut renvoyer, dans son AAPC, à la consultation des formulaires pour informer les entreprises sur les renseignements exigés à l'appui de leur candidature. Ce qui lui permet de ne pas avoir à énumérer dans son avis de publicité la liste des renseignements à fournir.

Le Ministère des Finances met à la disposition des candidats plusieurs formulaires, classés dans 4 rubriques

distinctes :

- Déclaration du candidat (formulaires DC).
- Enregistrement et ouverture des plis (formulaires OUV).
- Notification de Marchés (formulaires NOTI).
- Exécution de Marchés (série EXE).

Il est recommandé d'utiliser ces formulaires qui contiennent toutes les informations nécessaires.

La rubrique « Déclaration du candidat » contient les formulaires suivants :

- Formulaire DC1 : Lettre de candidature - Habilitation du mandataire par ses cotraitants.

Ce formulaire contient la lettre de candidature, l'habilitation du mandataire par ses cotraitants et toutes les attestations sur l'honneur nécessaires. C'est un document de candidature qui doit être signé par le candidat (il remplace l'ancien DC4).

- Formulaire DC2 : Déclaration du candidat individuel ou du membre du groupement

Ce formulaire n'a pas à être signé puisque le candidat individuel ou tous les membres du groupement sont engagés dans le DC1 sur son contenu (il remplace l'ancien DC5).

- Formulaire DC3 : Acte d'engagement

- Formulaire DC4 : Déclaration de sous-traitance

Ce formulaire comporte les mêmes attestations sur l'honneur que celles du DC1 (il remplace l'ancien DC13).

Ces formulaires et leur fiche explicative sont téléchargeables à l'adresse suivante :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>

6) L'examen des candidatures

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours.

Le CMP n'impose pas à la maîtrise d'ouvrage de demander aux candidats les pièces manquantes, mais si elle procède à cette demande, c'est au bénéfice de tous les candidats.

Les candidatures sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'AAPC ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée d'un tel avis (marchés inférieurs à 90 000 € HT), dans le règlement de la consultation.

Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacités sont éliminées.

L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le maître d'ouvrage d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat.
--

L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre,

il procède à la sélection de ces candidats en appliquant des critères de sélection non discriminatoires, liés à l'objet du marché et relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'AAPC (ou dans le règlement de la consultation si la procédure est dispensée de publicité).

TA Dijon 16 décembre 2010 Sté Synapse Construction : **Candidat ayant réalisé une étude de faisabilité préparatoire au marché** : existence d'un avantage concurrentiel illégal en l'absence de communication de cette étude aux autres candidats

Il est désormais acquis qu'un candidat ayant participé à la préparation d'un marché ne peut candidater à son attribution s'il a retiré de son intervention un avantage concurrentiel par rapport aux autres candidats (CAA Lyon 1^{er} décembre 2005, District Semine).

Quand un opérateur économique a réalisé une étude de faisabilité préparatoire au marché, doit-il être purement et simplement exclu de la procédure d'attribution du marché ou existe-t-il un moyen de lui permettre d'y participer tout en préservant l'égalité concurrence entre les candidats ?

Cette ordonnance du 16 décembre 2010 fait valoir que l'égalité de la concurrence peut se trouver rétablie par la communication de l'étude à l'ensemble des candidats. En revanche, la concurrence demeure faussée si, comme elle avait cru pouvoir le faire en l'espèce, la collectivité se borne à reprendre dans le corps du marché, des éléments essentiels de l'étude qui ne peuvent se substituer à elle. (Source : *Contrats et Marchés publics Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur Avril 2011*)

CE 3 octobre 2012 : La procédure de passation d'un marché peut être annulée, à la demande d'un concurrent évincé, lorsque l'attributaire a donné de **fausses informations** dans son dossier de candidature.

CE 9 mai 2012 : Une commune ne peut écarter par principe l'offre d'un candidat dont le dirigeant aurait des **liens de parenté** avec l'un des membres du conseil municipal. Ce serait méconnaître les règles de libre accès à la commande publique et de mise en concurrence.

E. LA DETERMINATION DES CRITERES D'ATTRIBUTION DU MARCHE

1) Les critères de l'offre économiquement la plus avantageuse

Pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, le maître d'ouvrage définit des critères de choix qui doivent être non discriminatoires et liés à l'objet du marché.

L'article 53 du CMP donne une liste non limitative de ces critères : la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché.

Il est possible de ne retenir que le seul critère du prix. Toutefois, l'utilisation de cet unique critère est conditionnée : le maître d'ouvrage ne peut y recourir que lorsque ses besoins possèdent des spécifications techniques basiques, qui aboutissent à comparer des produits strictement similaires. Concrètement, l'unique critère du prix est réservé à l'achat simple de fournitures.

L'unique critère prix est donc inadapté aux marchés de maîtrise d'œuvre, eu égard à la complexité des prestations demandées. Il s'agit même d'un critère « faux ami », une rémunération sous-évaluée se traduisant souvent, in fine, par un coût global de bâtiment plus élevé.

En cas de pluralité de critères, le prix n'est pas un critère obligatoire, si les critères retenus permettent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard à l'objet du marché (CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse).

2) La pondération des critères en maîtrise d'œuvre

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'AAPC ou le règlement de consultation.

En ce qui concerne les marchés de maîtrise d'œuvre, la pondération des critères est très relative :

La pondération ne s'applique pas en phase de sélection des candidatures

La pondération ne s'applique pas à la procédure de concours qui est une procédure de sélection des projets, l'attribution du marché intervenant après la phase de négociation avec le lauréat. Le maître d'ouvrage ne doit donc pas pondérer les critères de jugement des projets ;

La pondération est obligatoire pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus ;

La pondération n'est pas obligatoire pour les marchés passés en procédure adaptée (CE 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes)

Si la pondération participe généralement à une meilleure définition des offres, les candidats ayant ainsi une vision plus précise des attentes et des priorités du maître d'ouvrage il s'agit d'un principe difficilement adaptable aux marchés de maîtrise d'œuvre. Comment en effet mettre en pourcentage la qualité architecturale qui recouvre de multiples composantes esthétiques, techniques, fonctionnelles, patrimoniales, sociologiques...qui sont pour une bonne part, subjectives.

3) La détermination du profil souhaité de l'équipe de maîtrise d'oeuvre

Le maître d'ouvrage va choisir une équipe de collaboration, des partenaires qui vont travailler pour lui pendant la durée du contrat, soit pendant plusieurs années. Il est donc nécessaire qu'il détermine avec soin leurs profils selon les caractéristiques de l'opération, les missions qu'il va leur confier et les moyens qu'il va leur accorder.

L'objectif d'un maître d'ouvrage n'est pas de répartir la commande ni de se préoccuper des difficultés d'une profession. Il doit par contre favoriser l'avènement d'une architecture de qualité.

Des critères adaptés aux enjeux vont permettre au maître d'ouvrage une sélection pertinente des candidats pour obtenir l'architecture la plus adaptée au contexte.

Le programme va donc induire les critères de sélection adaptés à l'opération, critères qui vont varier selon la nature, la taille et la complexité de l'opération.

Le critère essentiel : la qualité architecturale

Elle est déduite du dossier d'œuvre du candidat, lequel est constitué de photographies, de perspectives ou de plans de réalisation.

Les autres critères :

- La valeur d'usage : la qualité architecturale dépend aussi de la satisfaction des usagers et des maîtres d'ouvrage.
- La capacité de formuler des réponses pertinentes à des programmes particuliers qui ressort des références et du dossier d'œuvres.
- Les compétences de l'équipe
- Les moyens humains et matériels : Les critères objectifs comme le montant du chiffre d'affaires, sont généralement peu pertinents et ont un rôle indicatif qui ne prévaut pas sur la qualité de la production architecturale. Ils permettent néanmoins de faire apparaître des discordances entre les références indiquées, les moyens humains et le chiffre d'affaires réalisé.
- Le degré d'expérience de l'agence et la technicité de l'équipe d'ingénierie.

- La méthodologie de l'équipe

La note méthodologique : Cette note doit avoir pour objet la description du fonctionnement en interne de la maîtrise d'œuvre et éventuellement la manière dont elle propose de collaborer avec la maîtrise d'ouvrage. Elle ne doit en aucun cas être un début de réponse architecturale au projet, à l'organisation du chantier, au phasage ou toute autre prestation spécifique à l'opération, ces éléments ne pouvant être demandés que dans le cadre d'une procédure avec remise de prestations obligatoirement indemnisées. Toute réflexion sur la future opération, même uniquement par écrit, peut être qualifiée de prestation et risque l'invalidation de la procédure s'il n'y a pas d'indemnisation.

L'expérience montre que l'analyse des notes méthodologiques est fastidieuse et d'un intérêt limité. En raison du grand nombre de candidatures et du lourd investissement que cela représente pour les équipes, il n'est pas nécessaire de multiplier les documents à analyser.

IV. RAPPEL CONCERNANT LES PROCEDURES

A. LA MISE EN PLACE D'UN JURY

Le jury est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants à la consultation (article 24-I CMP). Il est désigné par le maître d'ouvrage.

Le jury doit être composé pour apporter le plus de compétence dans l'aide à la décision. Le but n'est pas seulement de répondre aux exigences réglementaires mais aussi de s'entourer des personnes les plus à même d'éclairer le maître d'ouvrage.

Le tiers de maître d'oeuvre

« Lorsqu'une qualification professionnelle est exigée des candidats pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury ont cette qualification ou une qualification équivalente » (article 24.I.e) du CMP).

La qualification « architecte » sera obligatoirement exigée pour tout marché de maîtrise d'oeuvre incluant un dépôt de permis de construire. La notion de qualification renvoie à la possession d'un diplôme accompagnée d'une expérience effective de l'exercice de la profession (cf. directive de reconnaissance de qualification professionnelle).

Le tiers des membres du jury devra donc obligatoirement comprendre des architectes. Cependant leur présence n'est pas exclusive, d'autres qualifications (ingénieurs, économistes, etc.) peuvent être demandées dans le cadre de la consultation, et elles pourront être représentées au sein de ce tiers.

Les personnes désignées par le maître d'ouvrage le sont en leur nom personnel et non en tant que représentants d'une institution. Il est recommandé qu'elles soient indépendantes de la maîtrise d'ouvrage et qu'elles n'aient pas de lien de subordination (l'indépendance est obligatoire en procédure de conception-réalisation).

Par tiers, il faut comprendre au moins le tiers de l'ensemble des membres du jury ayant voix délibérative

(le noyau dur, les personnalités facultatives et les maîtres d'oeuvre eux-mêmes).

Par exemple, un jury de 9 membres sera composé d'au moins 3 maîtres d'oeuvre.

Lorsque l'opération envisagée est située dans un espace protégé et qu'elle est soumise à l'avis conforme de l'ABF, ce dernier ne doit pas participer au jury avec voix délibérative afin de protéger la liberté et la légitimité de l'avis qui sera donné plus tard.

En revanche, il est recommandé d'associer l'ABF dès la programmation afin de pouvoir intégrer dans le programme ses premières réflexions sur les conditions de la faisabilité de l'opération et sa compatibilité avec le site choisi. Cette association en amont permettra à l'ABF d'expliciter les lignes fortes du cadre urbain ou paysager et de joindre au programme une note écrite de sensibilité patrimoniale et paysagère faisant ressortir les éléments fondamentaux du contexte à prendre en compte.

De plus l'ABF peut être entendu en tant qu'expert, tout au long de la procédure : en participant aux travaux de la commission technique afin d'analyser l'insertion des projets dans le tissu urbain ou paysager, en étant ensuite entendu par le jury afin de lui rappeler les règles attachées au site ainsi que sur les points sensibles et de l'éclairer sur son analyse des projets.

En dehors des espaces protégés l'avis de l'ABF n'est pas légalement requis, il peut donc faire partie des jurys de concours pour faire valoir la qualité architecturale et urbaine et mettre à profit son expertise et savoir-faire dans ce domaine.

B. LA PROCEDURE DE PRINCIPE : LE CONCOURS

1) Quand organiser un concours ?

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché (article 38 du CMP).

→ Pour tous les marchés supérieurs à 130.000€ HT (Etat) et 200.000 € HT (collectivités territoriales), sauf dans les cas dérogatoires suivants :

- réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant,
- ouvrage réalisé à titre de recherche, essai ou expérimentation,
- marché sans mission de conception,
- ouvrage d'infrastructure

NB : dans ces quatre cas, le maître d'ouvrage peut recourir soit à la procédure négociée spécifique soit à la procédure d'appel d'offres. Mais bien que non obligatoire, l'organisation d'un concours reste possible.

→ En dessous de ces seuils, lorsque le maître d'ouvrage le juge opportun et lorsque l'enjeu architectural, technique, urbain ou paysager nécessite un débat autour de plusieurs solutions.

Il ne faut pas confondre classement du jury et négociation.

L'article 70 - VII du CMP dispose : "Après réception de l'avis et des procès-verbaux du jury, et après examen de l'enveloppe contenant le prix, le ou les lauréats du concours sont choisis par le pouvoir adjudicateur".

L'article 70 - VIII : " Le ou les lauréats sont invités à négocier et le marché qui fait suite au concours est attribué.

Le jury classe des projets sans considération de la rémunération de l'équipe de maîtrise d'œuvre.

2) Le niveau de rendu des prestations

Le niveau des prestations est annoncé dans l'avis d'appel public à la concurrence (esquisse, esquisse +, APS). Mais c'est dans le règlement de concours que sont précisément définies les prestations demandées aux candidats.

Le maître d'ouvrage doit définir précisément les prestations demandées et doit déterminer sans ambiguïté les contraintes de mise en forme (nombre et format de panneaux, échelles, couleurs, matériaux, maquettes, etc.).

L'appréciation de l'indemnisation se fait à partir des prestations réclamées, par référence aux éléments normalisés : par exemple concours sur esquisse ou sur APS.

Pour la plupart des opérations, le format de l'esquisse ou de l'esquisse + est suffisant.

Il a l'avantage de permettre une évolution du projet, au cours de l'exécution du marché, dans le cadre du dialogue qui s'instaure entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre.

Il convient de réserver le niveau APS à des projets dont le programme présente une complexité importante.

Concours sur esquisse

- Plan masse au 1/500ème
- Plans des niveaux significatifs au 1/500ème
- Schéma de principe de traitement des façades au 1/200ème
- Coupe significative au 1/200ème nécessaire à la compréhension du projet
- Détails significatifs au 1/200ème
- Note explicative des choix architecturaux (4 à 5 pages)
- Note sur la compatibilité du projet avec l'enveloppe financière et les exigences du programme.

Concours sur esquisse +

- Plan masse au 1/500ème
- Plan schématique de tous les niveaux (sauf répétitifs) au 1/200ème faisant apparaître clairement les principes de structure (trame envisagée, etc.), les circulations verticales et horizontales, les espaces affectés à chaque entité fonctionnelle et les espaces majeurs accompagné d'un schéma fonctionnel portant sur l'ensemble ou, si nécessaire, sur une partie sensible de l'équipement
- Élévation d'une ou deux des façades principales au 1/200ème
- Une ou deux coupes significatives au 1/200ème
- Éventuellement, quelques détails significatifs au 1/100ème, imposés par le maître d'ouvrage,
- Note explicative des choix architecturaux (4 à 5 pages)
- Note sur la compatibilité du projet avec l'enveloppe financière et les exigences du programme.

Concours sur APS

- Plan masse au 1/200ème
- Perspective d'inscription dans le site
- Plans de tous les niveaux au 1/200ème, faisant apparaître l'ensemble des locaux et circulations
- Élévation d'une ou des façades principales au 1/200ème
- Une ou des coupes significatives au 1/200ème, nécessaires à la compréhension du projet
- Éventuellement plusieurs détails significatifs au 1/100ème
- Notice explicative (10 pages) comprenant :
 - explication du parti architectural technique et économique,
 - justification des dispositions techniques,
 - matériaux de façades, toitures et espaces extérieurs,
 - commentaires sur l'entretien, la maintenance, l'usage,
 - tableau de surfaces utiles et hors oeuvre nettes,
 - phasages éventuels,
 - estimation provisoire du coût des travaux, qui pourra servir de référence pour la négociation du marché avec le lauréat et son éventuel engagement sur le coût de réalisation de l'ouvrage,
 - calendrier prévisionnel pour les études et les travaux.

NB : Ce niveau de prestation correspond à des opérations exceptionnelles.

Les maquettes

Elle permet de visualiser le futur ouvrage et de se rendre compte de son impact architectural et environnemental. L'échelle demandée doit être en rapport avec l'échelle des prestations demandées dans le cadre du concours. Il est recommandé de demander une maquette blanche.

Le maître d'ouvrage ne peut pas exiger des candidats la production d'une maquette précise, détaillée et correspondant à un projet élaboré et fini.

La fourniture d'une maquette doit faire l'objet d'une indemnisation en tant que telle, distincte de la prime attribuée aux candidats. En effet cette prestation supplémentaire n'est pas prévue par l'article 74 du CMP mais par l'article 49 du CMP qui précise que « le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché (...). Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime ».

Le montant de cette indemnisation doit donc correspondre à l'investissement fourni par les candidats compte tenu du degré de précision demandé et de la complexité de l'opération.

C. LA PROCEDURE NEGOCIEE SPECIFIQUE

La procédure négociée « spécifique » est une procédure par laquelle le maître d'ouvrage, après avis d'un jury, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à 3, et engage les négociations avec ces derniers afin de choisir le titulaire du marché (article 74-III du CMP).

Le maître d'ouvrage peut limiter la mise en compétition à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats.

La procédure se déroule en deux phases : une phase de sélection de candidature sur dossier et une phase de négociation.

Depuis le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011, la procédure négociée spécifique devient la procédure de principe en cas de dérogation au concours.

Si le maître d'ouvrage ne retient pas le concours, par exemple pour la réhabilitation d'un bâtiment, le nouvel article 74 prévoit que la procédure négociée spécifique doit être mise en oeuvre par le maître d'ouvrage chaque fois que celui-ci est autorisé à y recourir par le I de l'article 35 du dit code qui liste les cas d'utilisation possible de la procédure négociée après publicité et mise en concurrence. En pratique, on peut considérer que cette condition est satisfaite chaque fois que le marché comporte la mission de conception du projet (mission de base en bâtiment ou mission témoin en infrastructure). Le maître d'ouvrage n'a donc plus la possibilité, dans cette hypothèse, de choisir la procédure d'appel d'offres.

Cette modification concrétise la pertinence du recours à la procédure négociée spécifique de maîtrise d'oeuvre, plus efficiente que la procédure de l'appel d'offres qui est beaucoup trop rigide pour choisir un prestataire intellectuel, en l'occurrence son maître d'oeuvre.

La négociation des conditions du marché est une étape essentielle qui va permettre d'arrêter le contenu du marché de maîtrise d'oeuvre.

L'article 12.2 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics précise que le maître d'ouvrage dispose d'une marge de manoeuvre importante et la négociation peut porter sur le prix, la quantité, la qualité, le délai, les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...).

La liste donnée par la circulaire n'est pas limitative : la négociation doit donc pouvoir porter sur les conditions financières du marché (prix, clauses de révision, délais de paiement), les conditions techniques, les conditions administratives (délais, responsabilités, garanties), les droits de propriété intellectuelle.

Afin d'assurer aux candidats l'égalité de traitement tout au long de la procédure et de garantir la transparence de la procédure, le maître d'ouvrage devra particulièrement veiller à la traçabilité des échanges effectués avec chacun des candidats ainsi qu'à les maintenir à un même niveau d'information.

Avant toute négociation, il est indispensable qu'il y ait une rencontre collective pour expliquer les attentes de la maîtrise d'ouvrage, présenter le programme (qui est un document contractuel) et lever les zones d'ombre éventuelles.

Cadre de la négociation

La négociation porte sur les conditions de réalisation de la mission, et ne doit pas constituer un début de prestation intellectuelle.

Cette phase de dialogue est importante car elle permet de rentrer dans le détail du futur fonctionnement du tandem maître d'oeuvre /maître d'ouvrage.

Il est préconisé d'organiser la phase de négociation en deux temps :

Tout d'abord, **une première réunion** permet aux équipes admises à négocier (reçues individuellement) de présenter leur organisation et d'exposer leur manière de répondre au programme et attentes du maître d'ouvrage. Elle est également l'occasion d'examiner les conditions d'exécution de la mission et son contenu.

A l'issue de ce premier échange, les équipes adressent leur proposition (offre), y compris financière, au maître d'ouvrage.

Lors de la seconde réunion, les candidats présentent leur offre, finalisent la discussion avec le maître d'ouvrage sur les conditions d'exécution de la mission et le contenu de leur proposition (contenu de la mission – mission de base et missions complémentaires, délais, disponibilité et organisation dans le suivi du dossier et du chantier, forfait de rémunération ..).

D. L'APPEL D'OFFRES

La procédure d'appel d'offres ne peut plus être mise en œuvre que si les conditions de l'article 35 du CMP précisant le recours à la procédure négociée, ne sont pas remplies. Cette nouvelle disposition va raréfier le recours à la procédure d'appel d'offres pour les marchés de maîtrise d'œuvre. De plus, le nouvel article 74-III du CMP précise également que désormais tous les membres du jury ont voix délibérative comme c'est le cas pour la composition du jury de concours.

L'appel d'offres est la procédure par laquelle le maître d'ouvrage choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats (article 33 du CMP). Puisqu'il n'y a pas négociation, les offres sont intangibles, ce qui oblige le maître d'ouvrage à définir un cahier des charges très précis pour pouvoir obtenir des offres immédiatement et objectivement comparables.

L'article 59 du CMP autorise la personne responsable du marché à procéder à une mise au point des composantes du marché à la condition que cette mise au point ne remette pas en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché.

En fait, puisqu'il n'y a pas négociation, les offres sont intangibles, ce qui oblige le maître d'ouvrage à définir un cahier des charges très précis pour pouvoir obtenir des offres immédiatement et objectivement comparables.

L'appel d'offres n'est donc pas approprié pour les marchés de maîtrise d'œuvre.

E. LA PROCEDURE ADAPTEE

1) Définition

La procédure adaptée est une procédure dont les modalités sont librement fixées par le maître d'ouvrage en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Le maître d'ouvrage peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix (art. 28 CMP).

Pour sa procédure adaptée, le maître d'ouvrage peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le CMP, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le CMP, le maître d'ouvrage est tenu d'appliquer les modalités prévues par le code.

2) La procédure adaptée soumise à un certain formalisme

•

La passation du marché doit faire l'objet d'une publicité

•

Le contenu du dossier de candidature est encadré

Le maître d'ouvrage ne peut exiger des candidats plus de documents que ceux exigés par les articles 45, 46 et 48 pour les procédures formalisées, à savoir :

-

les renseignements et documents à produire pour faire acte de candidature (article 45), ces informations permettant au maître d'ouvrage d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

-

les documents à produire pour être attributaire du marché (article 46)

-

les modalités de présentation des offres (article 48) sous forme d'acte d'engagement.

3)

L'absence de pondération des critères

- Le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 a modifié l'article 53 du Code des marchés publics pour expressément préciser que la pondération des critères ne s'applique pas à la procédure de concours. Il dispose en effet que « *pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération* ».

- La pondération des critères n'est prévue qu'au stade de l'attribution du marché ainsi que le précise l'article 53-I du Code des marchés publics. Il ne doit pas y avoir de pondération pour les critères de sélection des candidatures.

- Ce n'est que lorsque le marché est passé selon une procédure formalisée que les critères d'attribution du marché doivent être pondérés (article 53-II du Code des marchés publics). Le maître d'ouvrage peut en procédure adaptée se contenter d'une hiérarchisation des critères sans avoir besoin de se justifier.

4) La remise de prestations en procédure adaptée

Le Code des marchés publics prévoit la possibilité de remise de prestations en procédure adaptée. Néanmoins, il prévoit également que « toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime ».

Depuis le décret du 25 août 2011, l'indemnisation des prestations rendues par les candidats en procédure adaptée se fait dans les mêmes conditions que le concours de maîtrise d'œuvre. « *Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis d'appel public à la concurrence, et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20%* » (article 74 du CMP).

5) La sélection sur le montant des honoraires encadrée

De plus en plus, dans les avis d'appel publics à la concurrence, sont demandés un montant d'honoraires dans les critères de sélection alors même qu'aucune enveloppe financière prévisionnelle n'est définie dans les documents de la consultation.

Il a donc été nécessaire à plusieurs reprises cette année d'alerter le pouvoir adjudicateur sur les risques de recours administratifs que ce type de procédure peut lui faire courir. En effet, cela laisse entendre qu'aucune définition préalable des besoins n'a été réalisée, ce qui est contraire à l'article 5 du Code des marchés publics.

Concernant les offres anormalement basses, il y'a peu de jurisprudence. L'appréciation de ces offres entrent dans le champ du contrôle restreint du juge. Le caractère anormalement bas d'une offre ne relève pas que de la simple appréciation du prix. Il repose également sur l'appréciation technique de l'offre en question. Le maître d'ouvrage a le devoir de rejeter une offre anormalement basse. S'il ne le fait pas, il engage sa responsabilité car il crée une rupture d'égalité entre les candidats.

La direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie a mis en ligne une [fiche technique sur l'offre anormalement basse](#).

Comment identifier une Offre anormalement basse ?

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse "si son prix ne correspond pas à une réalité économique", comme précisé dans le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics. Bercy précise que "le pouvoir adjudicateur peut apprécier la dimension économique des offres à partir de plusieurs référentiels", à savoir la prise en compte du prix de l'offre, l'utilisation d'une formule mathématique, la comparaison avec les autres offres, la comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur, et au vu des obligations qui s'imposent aux soumissionnaires.

Comment traiter une offre suspectée d'être anormalement basse ?

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications à leurs auteurs et d'en apprécier la pertinence, afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Il est tenu de suivre les étapes décrites par [l'article 55 du Code des marchés publics](#). Cette procédure constitue une obligation qui peut, le cas échéant, être sanctionné par le juge.

Concrètement, le pouvoir adjudicateur doit :

- demander des explications au candidat qui a déposé l'offre,
- apprécier la pertinence des explications fournies par le candidat,
- décider de l'admission ou du rejet de l'offre en cause.

Quels sont les risques à retenir une offre anormalement basse ?

Comme le souligne la DAJ, "le pouvoir adjudicateur est libre d'apprécier les justifications fournies et de considérer que l'offre suspectée originellement d'être anormalement basse, est finalement celle qui est économiquement la plus avantageuse". Elle fait cependant peser un risque sur les deniers publics, si les motifs de la différence de prix n'ont pas été identifiés, du fait d'une mauvaise exécution possible du marché.

Les risques sont de plusieurs types :

- risques opérationnels : financier, défaillance, qualité, ou encore travail dissimulé,
- risques juridiques.

Le Tribunal Administratif de Toulouse, dans une ordonnance du 6 décembre 2013, a estimé qu'une communauté de communes a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne sollicitant pas des informations sur le prix et a donc annulé partiellement la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre pour la réalisation d'une crèche intercommunale et d'un relais d'assistante maternelles. Pour fonder cette décision, le juge administratif s'est fondé sur le guide à l'intention des maîtres d'ouvrages établis par la MIQCP en estimant que le taux retenu était inférieur de plus de moitié au taux fixé dans ledit guide.

F. LES PROCEDURES PARTICULIERES

1) La procédure de conception-réalisation

Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au maître d'ouvrage de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

La procédure de conception réalisation est prévue par l'article 18-I de la loi du 12 juillet 1985 (loi MOP). Elle déroge au principe posé par l'article 7 de loi MOP qui précise que « pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle de l'entrepreneur ».

Conditions d'utilisation

L'article 37 du CMP précise les conditions dans lesquelles les maîtres d'ouvrage sont autorisés à utiliser cette procédure dérogatoire.

Les maîtres d'ouvrage soumis aux dispositions de la loi MOP ne peuvent, en application de l'article 18-I de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Les motifs d'ordre technique

Ils sont liés à la destination ou à la mise en oeuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations

dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en oeuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

La notion d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique

L'article 7.1.3.1 de la circulaire du 14 février 2012 est consacré aux marchés de conception-réalisation. Cet article précise que ce nouveau cas de recours au marché de conception-réalisation « ne concerne que les opérations de travaux sur bâtiments existants ».

La loi n°2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion permet jusqu'au 31 décembre 2018 le recours à la conception-réalisation sans justifier de motifs techniques, pour la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques, soumis à la loi MOP lorsque ces opérations sont réalisées par des organismes d'habitation à loyer modéré et des SEM de construction et de gestion de logements sociaux.

Le maître d'ouvrage peut désormais utiliser plusieurs procédures pour la passation des marchés de conception-réalisation

Le décret 2008-1355 du 19 décembre 2008 a modifié l'article 69 du CMP pour élargir le choix des procédures de passation des marchés de conception - réalisation et ainsi permettre dans certaines conditions, le recours à la procédure de dialogue compétitif ou à la procédure adaptée. Lorsque le montant du marché est inférieur à 5.150 000€ HT, il peut être passé selon une procédure adaptée.

Le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 prévoit également la possibilité de recourir à la conception-réalisation lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

TA 9 janvier 2014 CROA BASSE NORMANDIE c/ Communauté de Communes de Bayeux

Dans 3 décisions, le Tribunal administratif a considéré que les contraintes invoquées par la communauté de communes concernant le recours au modulaire ne constituaient des motifs d'ordre techniques justifiant le recours à la conception-réalisation. La communauté de communes avait invoqué le fait que le type de construction modulaire était industrialisé et standardisé et que l'architecte ne disposait d'aucune marge de manœuvre. Il s'agissait en l'espèce de la construction de bâtiments scolaires.

2) L'accord-cadre

L'accord cadre est un contrat conclu entre un maître d'ouvrage et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

L'accord cadre n'est pas un contrat public mais constitue une étape préalable pouvant aboutir à la conclusion d'un ou plusieurs marchés ultérieurs.

En passant un accord-cadre, le maître d'ouvrage se propose par la suite de commander un ou plusieurs marché(s) aux titulaires de l'accord-cadre. Réciproquement, les titulaires se portent candidats à des marchés futurs alors même que toutes les caractéristiques des contrats à venir ne

sont pas encore fixées.

La passation d'un accord-cadre respecte les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Les procédures de passation d'un accord-cadre sont les mêmes que celles des marchés publics, le maître d'ouvrage devant respecter les règles de publicité, délais, critères.

3) Le contrat de partenariat

C'est l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 qui a défini cette nouvelle catégorie de contrat administratif.

Ce sont des contrats globaux qui associent concepteurs, entrepreneurs, exploitants et dérogent au principe posé par l'article 7 de la loi MOP selon lequel la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle de l'entrepreneur.

Dans la mesure où ils associent concepteurs et réalisateurs, la passation de ces marchés est conditionnée de la même manière restrictive que les marchés de conception-réalisation.

Le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 introduit dans le Code, à l'article 73, la possibilité de conclure des contrats globaux de performance associant soit la réalisation, l'exploitation ou la maintenance pour satisfaire des objectifs chiffrés de performance. Il peut s'agir par exemple de contrats de performance énergétique institués par les lois « grenelle I et II ».

CAA Lyon, 2 janvier 2014 CROA AUVERGNE c/ Commune de Commentry

Pour la cour administrative d'appel de Lyon dans un arrêt du 2 janvier 2014, la complexité invoquée par la commune de Commentry (Auvergne) afin de justifier le recours au contrat de partenariat pour la réalisation d'une piscine municipale n'était pas avérée.

La complexité, l'un des motifs permettant d'opter pour un montage en contrat de partenariat, ne se décrète pas. Faute d'avoir pu démontrer une véritable complexité l'empêchant de procéder en loi MOP, la commune de Commentry (Auvergne, 7 100 habitants) vient de voir le contrat de partenariat signé en 2011 censuré par la cour administrative d'appel (CAA) de Lyon. Ce contrat porte sur la conception, la construction, le financement et la maintenance d'une nouvelle piscine municipale. Confié à la Société d'équipement de l'Auvergne (entreprise publique locale), il a été en partie exécuté au moment où la cour se prononce, puisque la piscine a été inaugurée l'été dernier.

La cour juge en l'espèce que l'irrégularité, étant particulièrement grave et non régularisable, « est de nature à justifier la résolution du contrat ». C'est-à-dire son anéantissement rétroactif. La Ville et son cocontractant sont enjoins de mettre fin à leurs relations contractuelles. Ce qui les place dans une situation complexe juridiquement, s'agissant d'un contrat d'une durée de vingt ans...

**V. LES FORMALITES A SUIVRE APRES L'ATTRIBUTION
DU MARCHE**

A. L'INFORMATION DES CANDIDATS NON RETENUS

La parution du décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 réformant le référé précontractuel et instaurant le référé contractuel a nécessité des modifications des articles du code des marchés publics concernant la gestion des relations avec les candidats non retenus.

Le Code des Marchés Publics prévoit deux types d'information :

- L'information immédiate des candidats, dès que le maître d'ouvrage a fait son choix sur une candidature ou une offre, en indiquant les motifs de ce rejet (Art 80 du CMP)
- L'information faite à la demande des prestataires ayant participé à la consultation (Art 83 du CMP). Cette obligation s'impose pour les procédures adaptées lorsque le maître d'ouvrage ne s'est pas volontairement soumis à l'obligation d'information immédiate.

1) Information obligatoire des candidats en procédure formalisée (art 80 du CMP)

- Au stade des candidatures, dès qu'il a fait son choix, le maître d'ouvrage doit aviser tous les autres candidats du rejet de leur candidature, sans attendre la fin de la procédure, en indiquant les motifs détaillés.
- Au stade de l'attribution, le maître d'ouvrage doit informer les autres candidats du rejet de leur offre ou proposition lorsque le candidat à qui il est envisagé d'attribuer le marché a produit ses attestations fiscales et sociales. Cette information contient les motifs détaillés du rejet de leur offre ou de leur proposition, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre.
- Lorsque le maître d'ouvrage décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe les candidats des motifs de sa décision, dans les plus brefs délais (cette obligation s'impose pour les procédures formalisées et les MAPA).
- Le maître d'ouvrage doit respecter un délai d'au moins 16 jours avant de signer le marché de maîtrise d'œuvre (le point de départ est la notification du rejet des candidatures). Ce délai est réduit à 11 jours en cas de notification par voie électronique. Ce délai de suspension a pour objet de permettre aux candidats évincés d'introduire le cas échéant une procédure de référé précontractuel.

2) Information sur demande pour les procédures adaptées (art 83 du CMP)

L'information des candidats n'est pas obligatoire. Le maître d'ouvrage n'est pas tenu d'informer de sa propre initiative les candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre.

Le maître d'ouvrage est tenu de communiquer à tout candidat qui en fait la demande par écrit, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Les motifs doivent être suffisamment détaillés pour permettre au candidat de contester, le cas échéant, le rejet de sa candidature ou de son offre.

Lorsque l'offre a été écartée pour un motif autre que l'offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable, le maître d'ouvrage doit préciser au candidat les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires. Il n'est toutefois pas tenu de communiquer le montant du marché, cette information figurant dans l'avis d'attribution.

La jurisprudence en la matière n'est pas constante :

Un arrêt de la **Cour administrative d'appel de Marseille en date du 28/09/2010** a indiqué qu'informer un candidat par un entretien téléphonique du rejet de son offre est suffisant.

CAA Bordeaux 7 juin 2011 : L'obligation d'information du candidat évincé s'applique également dans un marché à procédure adaptée.

Le maire d'une Commune avait attribué des marchés passés en procédure adaptée sans informer les candidats évincés du rejet de leur candidature et de leur offre. Cette procédure était juridiquement possible au regard de l'article 80 du Code des marchés publics qui n'oblige les maîtres d'ouvrage à informer les candidats évincés qu'en procédure formalisée.

Or, par un arrêt rendu le 7 juin 2011, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que l'information du candidat évincé, « qui relèvent des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures présente un

caractère substantiel et trouve également à s'appliquer, y compris aux marchés passés selon la procédure adaptée.

Cette décision est en contradiction avec l'arrêt « **Grand port maritime du Havre** » du **19 janvier 2011**, dans lequel le Conseil d'Etat, se fondant sur l'article 80 du CMP, a confirmé l'absence d'obligation pour l'acheteur public d'informer les candidats évincés en Marché à procédure adaptée.

Le cas particulier d'une procédure déclarée sans suite : information des candidats obligatoire en procédure formalisée et adaptée

Lorsque le maître d'ouvrage décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe les candidats des motifs de sa décision dans les plus brefs délais

B. LA TRANSMISSION AU CONTRÔLE DE LEGALITÉ

La transmission des marchés ou des accords cadres permet au représentant de l'Etat de disposer des éléments nécessaires à l'appréciation de leur légalité à la date où ceux-ci deviennent exécutoires.

Cette obligation incombe aux collectivités territoriales selon l'article 82 du CMP.

Seuls les marchés et accords cadre d'un montant supérieur à 207.000€ HT font l'objet d'une transmission au Préfet.

Il n'y a donc pas de contrôle sur la légalité des procédures adaptées.

C. LA NOTIFICATION DU MARCHE

La notification est obligatoire. Les marchés d'un montant supérieur à 15.000€ HT doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution.

La notification ne peut intervenir qu'à l'expiration du délai de suspension de la signature du marché et lorsque l'ensemble des pièces du marché a été transmis au contrôle de légalité, si ce contrôle est obligatoire.

Cependant le Code des Marchés Publics n'impose pas de délai de notification.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en l'envoi d'une copie du marché signé par l'autorité compétente.

Le maître d'ouvrage doit apporter la preuve du caractère exécutoire du marché. Le marché de maîtrise d'œuvre qui va être notifié au titulaire doit donc comporter une mention apposée par le maître d'ouvrage précisant la date de la transmission au contrôle de légalité.

La date d'effet du marché est la date de réception par le titulaire de la notification du marché.

D. LA PUBLICATION D'UN AVIS D'ATTRIBUTION

La publication d'un avis d'attribution est obligatoire pour les marchés et accords cadres. Donnât lieu à une procédure formalisée. L'avis d'attribution est publié dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché.

Le maître d'ouvrage est dispensé d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés passés selon une procédure adaptée et pour les marchés subséquents fondés sur un accord cadre.

VI. LE MARCHÉ DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

A. CARACTERISTIQUES D'UN CONTRAT DE MAÎTRISE D'OEUVRE

Le contrat de maîtrise d'oeuvre est passé une fois que l'attributaire du marché a été choisi. L'équipe de maîtrise d'oeuvre ne peut pas travailler sans contrat.

D'une part, le maître d'ouvrage est tenu « de notifier le marché avant tout commencement d'exécution » en application de l'article 81 du CMP.

D'autre part, le maître d'ouvrage doit savoir que l'attributaire ne peut pas commencer la mission de maîtrise d'oeuvre, sans signature de contrat, ni ordre de service, notamment :

- en vertu de la loi MOP qui oblige à la contractualisation avant tout démarrage d'étude,
- et pour les architectes, par respect du Code des Devoirs Professionnels qui le leur interdit.

Le marché de maîtrise d'oeuvre a pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou de plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi MOP et par le décret « missions ».

Pour un ouvrage de bâtiment, la mission de base fait obligatoirement l'objet d'un contrat unique. Elle peut être complétée par des missions complémentaires : diagnostic, OPC, mission SSI, etc.

Il comporte un acte d'engagement et un « cahier des charges ».

L'acte d'engagement est la pièce signée par le candidat dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement (établi donc en un seul original) est ensuite signé par la personne publique.

Certaines mentions doivent figurer dans les pièces constitutives du marché. Il s'agit notamment de l'identification des parties contractantes, l'objet du marché, la mission et la rémunération, les conditions de règlement, etc.

Le marché de maîtrise d'oeuvre est conclu « à prix provisoire ». Il prévoit les conditions de détermination du prix définitif.

Il précise d'une part les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel assorti d'un seuil de tolérance, sur lequel s'engage le maître d'oeuvre, et d'autre part les conséquences pour celui-ci des engagements souscrits.

B. LA REMUNERATION

Les conditions financières du contrat, dont la rémunération forfaitaire de la maîtrise d'oeuvre, sont négociées par le maître d'ouvrage à partir d'une proposition établie par la maîtrise d'oeuvre.

Cette négociation porte sur l'étendue de la mission, son degré de complexité, le coût prévisionnel des travaux et les conditions de l'engagement de la maîtrise d'oeuvre au respect des coûts.

Le coût prévisionnel des travaux n'étant pas établi par le maître d'oeuvre au stade de l'esquisse, le maître d'ouvrage peut dans ce cas, arrêter provisoirement le forfait de rémunération à partir de sa propre estimation des travaux. Le contrat prévoit alors les conditions de réajustement du montant forfaitaire provisoire de la rémunération.

L'article 29 du décret 93-1268 du 29 novembre 1993 prévoit que la rémunération doit tenir compte de l'étendue et du degré de complexité de la mission et du coût prévisionnel des travaux. Cette disposition n'impose pas de méthode d'estimation du forfait de rémunération de la maîtrise d'oeuvre. En pratique, le pourcentage est la méthode la plus utilisée, dans le sens où elle permet facilement de prendre en compte les dispositions de l'article 29 : étendue, complexité et coût prévisionnel des travaux. Mais rien n'interdit de présenter sa rémunération sur la base d'un devis (estimation du temps à passer) ou d'un panachage de ces deux méthodes. Pour certaines opérations, le maître d'ouvrage pourra préférer négocier avec le maître d'oeuvre sur la base d'un devis, ce qui lui permettra d'estimer avec précision son engagement. Cependant

C. LES AVENANTS

L'article 20 du Code des marchés publics modifié par le décret du 19 décembre 2008 prévoit que « en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

La régularité d'un avenant s'apprécie au cas par cas, en raison des circonstances de l'espèce.

La notion de sujétions techniquement imprévues est interprétée strictement par la jurisprudence. Il s'agit de difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties.

La passation d'un avenant doit être préalable au commencement de l'exécution des prestations (CE 30 janvier 1995, société Viafrance). Il donne lieu à la rédaction du rapport de l'exécutif à transmettre au contrôle de légalité, au même titre d'un marché.

Une augmentation très importante du budget et/ou des honoraires peut aller jusqu'au bouleversement de l'économie du marché ou porter atteinte aux conditions de la concurrence initiale. Ces avenants peuvent dans ce cadre faire l'objet de recours de la part des autorités de contrôle ou des candidats évincés.

En pratique, la jurisprudence tend à considérer qu'une augmentation par avenant dépassant 15% à 20 % du prix d'un marché bouleverse l'économie du contrat.

Néanmoins, la cour administrative d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 25 février 2013 a jugé valide un avenant passé dans le cadre d'un marché de maîtrise d'œuvre, qui augmente de 28,48% la rémunération de l'équipe. Se fondant notamment sur les caractéristiques du marché, la cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de bouleversement de l'économie du marché.

Le Juge administratif a adapté l'article 20 du CMP aux marchés de maîtrise d'œuvre conclus à prix provisoires. Pour considérer que l'augmentation de 28,48% ne conduit pas à un bouleversement de l'économie du marché, la cour a estimé que les évolutions du programme réalisées se rapportaient à des missions indissociables des prestations du marché initial. Il n'y avait donc pas conclusion d'un nouveau marché de maîtrise d'œuvre, mais bien une poursuite de la mission au regard du programme initial des travaux.

La cour s'est adaptée aux circonstances de l'espèce et aux spécificités du marché pour justifier sa décision. Compte tenu de la complexité du marché de maîtrise d'œuvre, l'évolution même importante de la rémunération est acceptable.

La question du caractère régulier d'un avenant n'est donc pas un problème de pourcentage. Ce n'est pas le niveau d'augmentation de l'avenant qui traduit le bouleversement ou non de l'économie, mais sa confrontation aux caractéristiques initiales du marché, son analyse factuelle.

D. LES ALEAS EN COURS D'EXECUTION

1) Quelles sont les conséquences d'une mise en liquidation judiciaire d'une entreprise en cours de chantier ?

La mise en liquidation judiciaire d'une entreprise a pour effet d'interrompre l'exercice de ses activités. Celle-ci n'est donc plus en mesure de remplir ses obligations contractuelles qui découlent d'un marché public.

L'entreprise défaillante doit donc en informer le pouvoir adjudicateur en produisant une copie du jugement de liquidation judiciaire qui désigne le liquidateur.

Le maître d'ouvrage doit ensuite adresser une mise en demeure au liquidateur de se prononcer sur la poursuite de l'exécution du contrat. Si le liquidateur confirme que l'entreprise n'est plus en mesure d'exécuter les prestations du marché ou en l'absence de réponse au bout d'un mois, le maître d'ouvrage est fondé à prononcer la résiliation de plein droit du marché sans indemnisation du titulaire conformément à l'article 46.1.2 du CCAG travaux.

La seule exception à la possibilité de résilier est la situation dans laquelle le prononcé de la liquidation s'accompagne d'une période de maintien de l'activité de l'entreprise auquel cas le liquidateur peut exiger l'exécution des contrats en cours.

En cas de liquidation judiciaire d'une entreprise, l'architecte peut avec l'accord du maître d'ouvrage lancer une nouvelle consultation afin d'éviter un retard de chantier trop important, établir une pré-réception mentionnant les éventuelles malfaçons et établir le décompte de l'entreprise défaillante.

2) Quelles sont les conséquences des intempéries sur les marchés de travaux ?

Prolongation des délais d'exécution

L'article 19.2.3 du CCG travaux dispose que « en cas d'intempéries au sens des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, entraînant un arrêt de travail sur les chantiers, les délais d'exécution des travaux sont prolongés ».

Sont considérés comme des intempéries au sens de l'article L5424-8 du Code du travail « les conditions atmosphériques et les inondations lorsqu'elles rendent dangereux ou impossible l'accomplissement du travail eu égard soit à la santé ou à la sécurité des salariés, soit à la nature ou la technique du travail à accomplir ».

En l'espèce, la neige ainsi que les très faibles températures peuvent être considérés comme des intempéries.

Le délai d'exécution sera donc prolongé du nombre de journées constatées au cours desquelles le travail a été arrêté, en déduisant, le cas échéant le nombre de journées d'intempéries prévisibles tel qu'indiqué dans les documents particuliers du marché (en l'espèce 15 jours).

Le pouvoir adjudicateur devra alors le notifier par ordre de service au titulaire du marché, en précisant la durée exacte de la prolongation.

L'indemnisation au titre du marché des dommages subis

La neige est un phénomène naturel qui peut être admis comme événement de force majeure lorsqu'elle empêche toute exécution des prestations.

Aux termes de l'article 18.3 du CCAG – Travaux, le titulaire du marché peut prétendre à une indemnité au titre des pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible ou en cas de force majeure sous réserve :

- qu'il ait pris toutes dispositions utiles pour que ses approvisionnements, son matériel, ses installations de chantiers et les ouvrages en construction ne soient endommagés,
- qu'il ait signalé immédiatement les faits par écrit

En pratique, il appartient aux entreprises de signaler au maître d'œuvre immédiatement la nature et l'importance des dommages subis et de demander l'application de l'article 18.3 du CCAG – Travaux. Ultérieurement et en tout état de cause au plus tard pendant le délai de réclamation suivant la notification du décompte général, il présentera sa demande d'indemnité chiffrée assortie de toutes justifications nécessaires.

C'est à l'entreprise d'apporter la preuve des frais supplémentaires qu'elle a du supporté en raison des intempéries.

E. SOLUTIONS POUR OBTENIR LE PAIEMENT DES HONORAIRES

A l'amiable, il faut relancer la créance directement auprès du maître d'ouvrage par LRAR et le mettre en demeure de procéder au paiement de la note d'honoraires sous un délai fixé dans le courrier.

Il est également possible de saisir le Comité consultatif de règlement amiable des marchés publics.

Au contentieux : Il est possible de saisir le Tribunal administratif dont relève le maître d'ouvrage, par une requête introductive d'instance.

N.B : Attention à la prescription quadriennale : sont prescrites au profit de l'Etat, des départements et des communes, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de 4 ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. Ex : La facture est réceptionnée par le maître d'ouvrage le 5 janvier 2010. Le délai de prescription commence à courir le 1^{er} janvier 2011 et prend fin le 31 décembre 2014.

La prescription recommence à courir lorsque la cause de la suspension a disparu.

F. LA RESILIATION DU CONTRAT DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

Réponse ministérielle du 9 novembre 2010 du ministre de l'intérieur :

Les marchés publics, parce qu'ils sont des contrats administratifs par détermination de la loi, entraînent au bénéfice du pouvoir adjudicateur, un certain nombre de prérogatives dont, notamment la possibilité de prononcer la résiliation unilatérale du marché en cours d'exécution. Le maître d'ouvrage public peut ainsi résilier le marché unilatéralement. Cependant, la décision de résiliation d'un marché doit être prise dans les mêmes conditions que la décision de conclure ledit marché.

Le pouvoir de résiliation unilatérale dont disposent ainsi les personnes publiques n'est pour autant pas sans limite et doit répondre aux conditions strictes fixées par la jurisprudence. La résiliation doit notamment être motivée et peut faire, selon les cas, l'objet d'une indemnisation.

A noter toutefois, pour les marchés de maîtrise d'œuvre qui y font référence, que le CCAG PI prévoit 2 cas où le titulaire pourra demander la résiliation à la personne publique :

- lorsqu'il rencontre au cours du marché des difficultés techniques imprévisibles dont la solution nécessiterait la mise en œuvre de moyens hors de proportion avec le montant du marché
- lorsqu'il justifie être dans l'impossibilité d'exécuter son marché par cas de force majeure

Attention cependant à la mise en œuvre de ces articles, car c'est le pouvoir adjudicateur qui doit résilier le marché. En marché public comme en marché privé une résiliation abusive à l'initiative du maître d'œuvre peut entraîner une condamnation à payer des dommages et intérêts pour le préjudice subi par le maître d'ouvrage.

La résiliation pour « perte de confiance » par l'architecte n'est pas possible en marché public.

G. ATTENTION AU DEVOIR DE CONSEIL

Comme tout professionnel, l'architecte est tenu envers le maître d'ouvrage à une obligation générale de renseignement et de conseil durant l'exécution de sa mission. Cette obligation résulte de la loi, des usages et de l'équité. Elle est ainsi affirmée par plusieurs dispositions du décret du 20 mars 1980 portant Code des devoirs professionnels des architectes (article 12, 33 et 36).

Ce devoir de conseil est élargi par l'article L.111-1 du code de la consommation, selon lequel tout professionnel prestataire de service doit, avant la conclusion de son contrat, mettre le « consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service rendu ».

Outre des avis et des conseils, l'architecte doit fournir à son client les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services qu'il lui rend. Il doit ainsi signaler tous les risques et inconvénients que présente le projet de construction.

S'agissant par exemple des études relatives aux sols, le fait qu'elles soient confiées à des tiers (bureaux d'études ou cabinets d'ingénieurs-conseils) ne dispense pas l'architecte de sa responsabilité de conseil.

Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée en cas d'incident, il doit donc mettre en garde le maître d'ouvrage, par écrit (en recommandé avec accusé de réception) contre l'état du sol ou du sous-sol, le conseiller de prendre toutes les mesures particulières nécessaires ou même éventuellement le dissuader de poursuivre son projet.

Ce devoir de conseil est largement étendu et notamment en ce qui concerne le respect des capacités financières du maître d'ouvrage. L'article 36 du Code des devoirs professionnels précise d'ailleurs que lorsque l'architecte a la conviction que les disponibilités dont dispose son client sont manifestement insuffisantes pour les travaux projetés, il doit l'en informer.

Il est donc indispensable que l'architecte **formalise par écrit** les estimations du coût des travaux ; à défaut, il sera dans l'incapacité de démontrer qu'il a rempli son obligation de conseil et de renseignement.

L'architecte a également un devoir d'information juridique. Il doit s'assurer que le projet envisagé respecte la réglementation et les contraintes administratives. L'architecte voit par exemple sa responsabilité engagée pour un dossier de permis de construire ne respectant pas les exigences de sécurité incendie. Il doit également vérifier les limites du terrain en examinant le plan d'occupation des sols ainsi que les titres de propriété et le cahier des charges d'un lotissement.

En cas de litige avec son client, le plus difficile pour l'architecte est de prouver qu'il a correctement informé son client. L'information écrite et la validation de chaque phase de la mission de l'architecte constituent des formalités indispensables pour se constituer des preuves et être exonéré de sa responsabilité.

QUELQUES CONSEILS

Dès la phase de programmation, l'architecte doit remplir sa mission de conseil : rappeler par écrit au client que la souscription d'une assurance dommage-ouvrage est obligatoire, qu'il faut prévoir une étude de sols.

Concernant les délais, l'architecte s'engage sur les délais qui sont de son ressort : ceux des études, pas ceux des travaux, pas ceux de la livraison de l'ouvrage, pas ceux de l'instruction du permis de construire. Il ne peut donc y avoir que des pénalités de retard, pour l'architecte, que sur les phases d'études.

L'architecte ne doit pas s'engager non plus sur un prix ferme et définitif. Son contrat pourrait alors être requalifié en contrat de construction de maison individuelle avec des obligations spécifiques.

Au stade des études préliminaires, l'architecte doit se renseigner, non seulement sur les règles d'urbanisme applicables à l'opération, mais également sur l'existence éventuelle d'un règlement de copropriété ou de lotissement, de servitudes... Il appartient au maître d'ouvrage de fournir ces informations à l'architecte, mais s'il ne le fait pas spontanément, l'architecte doit les solliciter.

De même pour les études de sols, si le maître d'ouvrage refuse de commander une étude de sols, l'architecte doit en prendre acte par écrit et attirer l'attention de son client sur les risques ainsi pris.

Le choix des entreprises doit être fait avec sérieux car la responsabilité de l'architecte peut être retenue en cas d'entreprise défailante en cours de chantier.

L'architecte doit vérifier leur existence juridique, leurs qualifications, leurs assurances, leur taille par rapport au chantier voire leur solidité financière (Cassation. Civ3 11 avril 2012).

Au final, c'est le maître d'ouvrage qui choisit les entreprises avec lesquelles il va contracter. Si l'une de ces entreprises semble peu fiable, il faut en prévenir le client par écrit et l'informer des risques qu'il prend avec cette entreprise. Attention au choix du moins-disant : l'architecte doit informer son client des risques pris en recherchant toujours le prix le plus bas sur la qualité.

L'architecte doit faire attention aux sous-traitants. Ceux-ci doivent être déclarés, par l'entreprise principale au maître d'ouvrage. Le paiement des sous-traitants, direct ou non, doit être convenu.

Il faut impérativement faire des comptes-rendus de chantier et y noter tout ce qui pose problème et tout ce qui a été décidé avec les entreprises et le maître d'ouvrage. Ces comptes-rendus devront être diffusés à tous les intervenants. Ces comptes-rendus peuvent avoir une réelle importance, notamment dans le cadre d'une expertise.

TABLE RONDE