



mission
interministérielle
pour la qualité
des constructions
publiques

La qualité s'invente et se partage

Juillet
2016

numéro

24

médiations

La réforme de la commande publique de 2016 applicable à la commande de projets de construction :
quelles évolutions pour choisir les concepteurs ?

SOMMAIRE

I Dispositions générales

1. Champ d'application
2. Des concepts définis
3. Les seuils et les procédures
4. Les préalables à la commande
5. Les candidatures
6. Les offres
7. L'innovation
8. L'exécution des marchés publics

II La passation des marchés de maîtrise d'œuvre

1. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre en dessous des seuils européens
 - 1.1 Les marchés de maîtrise d'œuvre passés en procédure adaptée jusqu'aux seuils européens
 - 1.2 Les marchés de maîtrise d'œuvre inférieurs à 25 000 euros HT

2. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre au-dessus des seuils européens
 - 2.1 Le concours de maîtrise d'œuvre
 - 2.2 Le recours à une procédure formalisée en l'absence de concours

III La passation des marchés globaux

1. Les marchés de conception-réalisation
2. Les marchés globaux de performance
3. Les marchés globaux sectoriels

IV La passation des marchés de partenariat

V Autorisations d'occupation temporaire et baux

Lexique

Ordonnance n° 2015-899 : extraits
Décret n° 2016-360 : extraits

Directeur de la Publication : **Christian Romon**
Rédaction : **Nicole Sitruk**
Réalisation et communication : **Franck Vercruysse**

■ Introduction

Une réforme des directives européennes « marchés publics » de mars 2004 a été entreprise pour, d'une part, simplifier et accélérer les procédures d'achat public, en particulier en prévoyant le recours à leur dématérialisation et, d'autre part, promouvoir une utilisation stratégique des marchés publics comme levier de politique en matière d'emploi, d'innovation et de développement durable, notamment en facilitant l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Elle a donné lieu aux deux directives « marchés publics » du 26 février 2014¹ et à l'élaboration d'une directive de la même date sur les concessions.

Au-delà des objectifs européens, la volonté française d'instaurer un droit de la commande publique plus simple, plus souple, plus lisible dans un souci d'efficacité, qui devra faire l'objet après la transposition d'un véritable code de la commande publique, disposant d'une partie législative et d'une partie réglementaire, a conduit à l'élaboration d'un nombre limité de textes de transposition des directives du 26 février 2014.

L'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ci-après désigné par « le décret », traités dans la présente fiche, transposent les deux directives « marchés publics ». Ils concernent, par principe, l'ensemble des commandes qui sont des marchés publics au sens de l'article 4 de l'ordonnance, passées par les acheteurs publics au sens du droit européen, pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

Ces nouveaux textes s'appliquent aux commandes égales ou supérieures aux seuils européens et à celles qui y sont inférieures quand bien même convient-il de constater que les dispositions relatives à la procédure adaptée sont parcimonieuses. En effet, l'objectif d'unification, d'allègement des règles de passation des marchés à procédure adaptée qui ne relèvent pas de l'application des directives, et le souhait de donner aux acheteurs la possibilité de choisir, au cas par cas, la procédure la mieux à même de conduire à l'efficacité, se traduisent par un nombre restreint de dispositions propres à cette procédure.

Pour ce qui est des commandes au-dessus des seuils européens, soulignons que les textes sus-évoqués s'en tiennent aux éléments jugés essentiels pour les acheteurs, sans pour autant décrire le déroulement précis des procédures.

Cette option qui allège le corpus juridique peut être mise à l'actif de la réforme, dès lors qu'elle ne conduit pas à l'insécurité juridique et qu'elle s'accompagne de recommandations précises pour servir les objectifs fixés, notamment pour des commandes complexes ou à forts enjeux, comme la maîtrise d'œuvre.

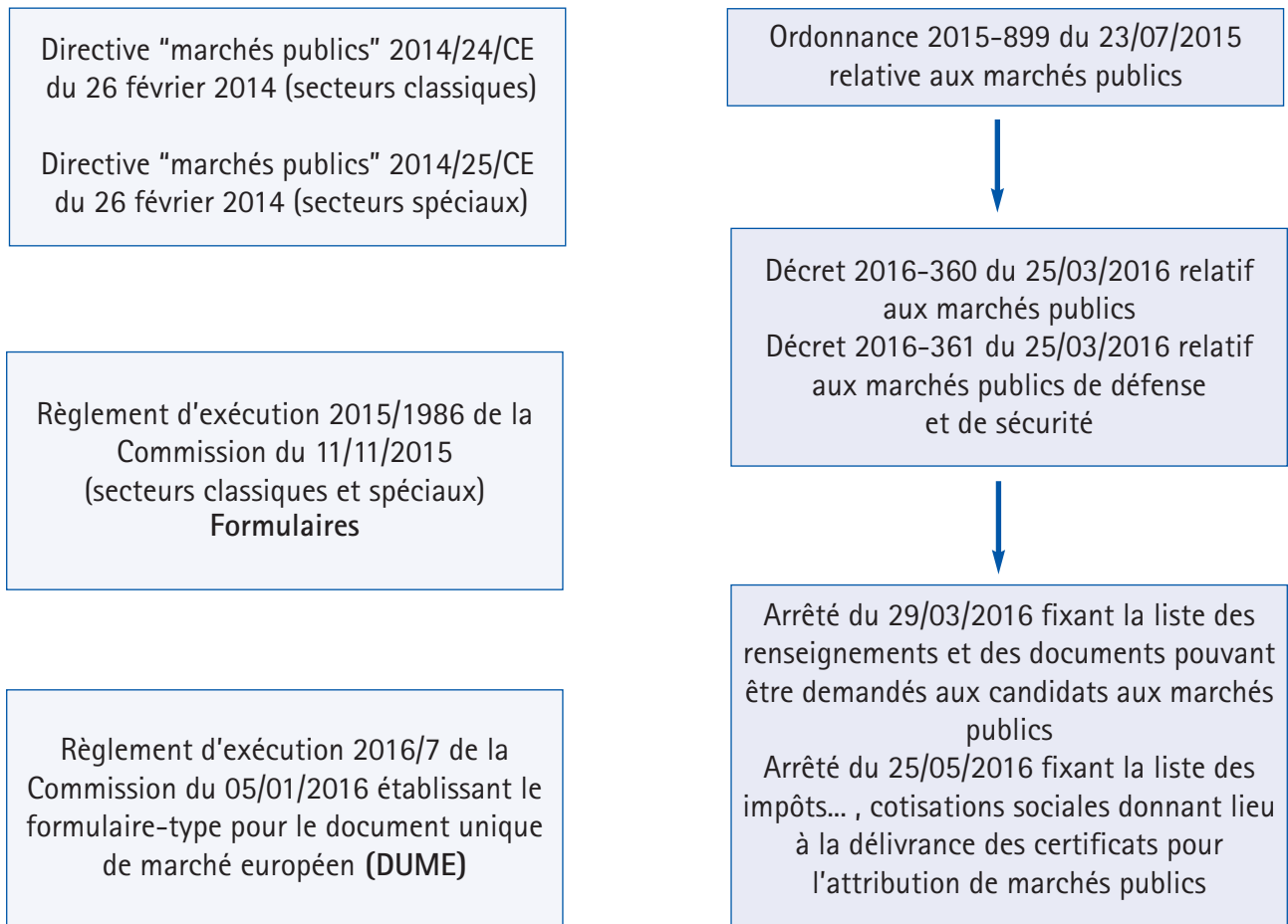
Aussi, la MIQCP propose, dans le cadre de la mission qui est la sienne, d'éclairer les maîtres d'ouvrage sur les nouvelles mesures et les pratiques à retenir pour choisir leurs concepteurs dans le nouveau cadre réglementaire résumé ci-après. La réforme est applicable depuis le 1^{er} avril 2016 pour l'ensemble des marchés publics dont la consultation a été engagée ou l'avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication à compter de cette date.

La présente fiche Médiations n'évoque pas les dispositions particulières applicables aux entités adjudicatrices. Elle ne traite pas plus des marchés publics de défense et de sécurité qui font l'objet d'un autre décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Dans le domaine de la construction, rappelons que la conception du projet conditionne la réalisation d'une construction publique de qualité. Cette spécificité a conduit les pouvoirs publics à maintenir quelques dispositions particulières pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre dans l'article 90 du décret, ou encore pour la passation de marchés globaux comportant la conception d'ouvrages relevant de la loi MOP, dans les articles 91 et 92 du décret. Ces mesures sont plus particulièrement analysées dans cette fiche, après avoir mentionné quelques nouvelles règles qui structurent et s'appliquent à l'ensemble des commandes.

¹ Directive 2014/24/CE du 26 février 2014 et directive 2014/25/CE du 26 février 2014

Textes régissant les marchés publics depuis le 1^{er} avril 2016



Présentation de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret 2016-360 du 25 mars 2016

Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015	Décret 2016-360 du 25 mars 2016
<p>Titre préliminaire</p> <p>1^e partie Dispositions générales Titre 1er Champ d'application Titre II Passation des marchés publics Titre III Exécution des marchés</p> <p>2^e partie Dispositions spécifiques aux marchés de partenariat</p> <p>3^e partie Dispositions relatives à l'Outre-Mer</p> <p>4^e partie Dispositions diverses</p> <p>5^e partie Dispositions finales</p> <p>...</p>	<p>1^e partie Dispositions générales Titre 1er Champ d'application Titre II Préparation du marché public Titre III Passation des marchés publics Titre IV Exécution des marchés publics</p> <p>2^e partie Dispositions spécifiques aux marchés de partenariat</p> <p>3^e partie Dispositions relatives à l'Outre-Mer</p> <p>4^e partie Dispositions diverses</p> <p>5^e partie Dispositions finales</p> <p>...</p>

I Dispositions générales

1. Champ d'application

1.1 Les maîtres d'ouvrage concernés par l'ordonnance et le décret sont les acheteurs au sens du droit européen, qu'ils soient pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices (appelées communément opérateurs de réseaux).

L'ensemble suivant des maîtres d'ouvrage, pouvoirs adjudicateurs, relève du nouveau dispositif :

- les personnes morales de droit public, à savoir :
 - l'État et ses établissements publics ;
 - les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ;
 - les groupements d'intérêt public.
- les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial dont :
 - soit l'activité est financée majoritairement par le pouvoir adjudicateur ;
 - soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - soit l'organe de direction, d'administration ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

A ce titre sont concernés des SEM, des organismes privés HLM, des SPL...

- les organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs pour réaliser certaines activités en commun. Des GIE, par exemple, sont dans le champ du dispositif.

- les personnes privées autres que celles visées ci-dessus subventionnées directement par les pouvoirs adjudicateurs à plus de 50 % lorsque leur besoin est supérieur aux seuils européens et que son objet porte notamment sur la réalisation de travaux de construction relatifs à des hôpitaux, des équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, des bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif. Les prestations de services, donc de maîtrise d'œuvre liées à ces travaux, sont aussi dans le champ du dispositif.

Cependant, pour ces contrats, les règles relatives à l'exécution des marchés ne s'imposent pas.

En résumé, ainsi retrouve-t-on dans cette réforme, les maîtres d'ouvrage qui, avant le 1^{er} avril, relevaient du code des marchés publics et ceux qui relevaient de l'ordonnance du 6 juin 2005, textes abrogés par la nouvelle réglementation. Notons que pour l'application de certaines mesures, les nouveaux textes distinguent les maîtres d'ouvrage, pouvoirs adjudicateurs, en raison de leur rattachement passé au code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005.

1.2 Les commandes concernées

Les marchés publics qui entrent dans le champ de l'ordonnance de 2015 et du décret sont l'ensemble des marchés publics au sens du droit européen ; les textes prévoient néanmoins des exclusions.

Trois catégories de marchés publics qui peuvent avoir pour objet, comme avant, la commande à titre onéreux de fournitures, de services ou de travaux, sont présentées par les nouveaux textes :

- les marchés « classiques » ;
- les marchés globaux ;
- les marchés de partenariat.

La réforme étend le principe de l'obligation d'allotir la commande à l'ensemble des maîtres d'ouvrage, pouvoirs adjudicateurs pour favoriser l'accès à la commande aux petites structures. Dans le même temps, la réforme laisse plus largement place au recours aux marchés globaux évoqués au point III de la présente fiche.

2. Des concepts définis

Un des objectifs de la réforme est de clarifier et d'unifier les notions en retenant les concepts du droit européen. Aussi, les textes retiennent-ils les principales notions suivantes :

- la notion de **marché public** qui englobe les marchés « classiques », les marchés globaux et les marchés de partenariat ;
- la notion d'**acheteur** qui désigne les pouvoirs adjudicateurs (l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux...) et les entités adjudicatrices ;
- la notion de **maître de l'ouvrage** (MOA) a disparu mais les textes renvoient expressément à la loi MOP qui consacre la notion de maître d'ouvrage « acheteur » dans le domaine de

la construction, ainsi en est-il de l'article 90 du décret relatif à la maîtrise d'œuvre ;

- la notion d'**opérateur économique** qui est toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou une prestation de services ;

- la notion de **candidat** identifie tout opérateur économique qui demande à participer à une procédure de passation de marché public ;

- la notion de **soumissionnaire** désigne tout opérateur qui remet une offre.

3. Les seuils et les procédures de passation des marchés

Les règles de publicité et de mise en concurrence sont pour l'essentiel définies comme auparavant en fonction de seuils d'estimation du montant des besoins.

Les seuils européens demeurent ceux applicables au 1^{er} janvier 2016 et les modalités de leur calcul pour les services, donc pour la maîtrise d'œuvre, ne sont pas modifiées. Pour les services, il convient de distinguer le seuil applicable à l'État et ses établissements publics (sauf EPIC et établissements publics de santé) qui est de 135 000 € HT du seuil applicable aux autres pouvoirs adjudicateurs (collectivités territoriales, établissements publics locaux, établissements publics de santé, organismes HLM, SEM...) qui est de 209 000 € HT.

Rappelons seulement qu'en maîtrise d'œuvre, il y a lieu de prendre en compte dans le calcul du seuil, le montant de l'ensemble des marchés de maîtrise d'œuvre se rapportant à une opération de travaux et, le cas échéant, le montant des primes allouées pour la remise de prestations en cours de mise en concurrence. Soulignons aussi que dans le calcul, l'application du principe de précaution est fondamental afin de pouvoir mener à bien le marché qui comporte le plus souvent des avenants ou clauses de réexamen. Enfin, constatons le maintien de seuils propres à l'État français (par exemple le seuil de publicité de 90 000 € HT) et précisons que les modalités de calcul de ces seuils sont toujours identiques à celles du calcul des seuils européens.

En travaux, le seuil européen est le même pour l'ensemble des maîtres d'ouvrage, pouvoirs adjudicateurs, et est, à ce jour, de 5 225 000 € HT.

La réforme prévoit globalement trois grandes catégories de procédures et une catégorie de techniques particulières d'achat au titre desquelles figure le concours. Il y a lieu en conséquence de distinguer pour la commande de maîtrise d'œuvre :

- les marchés publics passés en procédure adaptée en deçà des seuils européens ;

- les marchés passés en procédure formalisée obligatoire au-dessus des seuils européens (sauf recours au concours) ;

- les marchés négociés passés sans publicité et sans mise en concurrence en raison de circonstances particulières ou de seuil, dans des cas limitativement énumérés dans l'article 30 du décret ;

- le concours en qualité de mode de sélection particulier débouchant sur l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre négocié sans publicité et sans mise en concurrence (articles 90 et 30 I 6° du décret).

4. Les préalables à la commande

Dans un souci d'efficacité et d'optimisation de la commande, l'ordonnance de 2015 et son décret prévoient des dispositions nouvelles en la matière qui s'appliquent de manière générale à tout marché, quelle que soit la procédure de mise en concurrence retenue, MAPA ou procédure formalisée.

Ils mentionnent que la maîtrise d'ouvrage pourra effectuer des consultations ou des études pour préparer la passation de son marché. Pour autant, rappel est fait que ces préalables ne sauraient fausser la concurrence ou violer les principes de la commande publique qui ont valeur constitutionnelle.

Plus précisément, les articles 4 et 5 du décret indiquent que si l'opérateur économique participe à la préparation du marché, le maître d'ouvrage, acheteur, prend les mesures appropriées pour que sa participation à la consultation ne fausse pas la concurrence et n'entraîne pas violation des principes sus-évoqués, en particulier d'égalité de traitement. Il s'agit par exemple, de donner à tous les candidats toutes les informations fournies préalablement à l'intéressé ou de mettre dans les documents de la consultation la prestation fournie en amont par l'opérateur. Tout en donnant la main à la maîtrise d'ouvrage, ces nouvelles mesures précisent que l'opérateur n'est exclu de la procédure que si c'est le seul moyen pour respecter la concurrence et les principes de la commande publique. Il convient donc, au cas par cas, de s'interroger sur la mise en œuvre de ces dispositions qui sont susceptibles de trouver application dans le domaine des constructions publiques, en particulier lors du lancement de la consultation de maîtrise d'œuvre. La difficulté de savoir dans quelle situation précise il y a lieu de considérer qu'il y a non-respect des principes sus-évoqués, conduit la MIQCP à confirmer, notamment pour des raisons de sécurité juridique, sa recommandation de recourir à l'accord-cadre mono-attributaire à marchés subséquents en cas de réhabilitation de bâtiment si la maîtrise d'ouvrage estime pertinent de disposer de la même équipe de maîtrise d'œuvre pour effectuer les études de diagnostic et la mission de base.

Notons également, parmi les nouveautés, que pour les investissements importants, il y a, pour l'acheteur, d'une manière générale, obligation, à partir d'un seuil fixé à 100 millions d'euros HT (article 24 du décret), de procéder à une évaluation préalable du mode de réalisation de la construction. Il s'agit de comparer les différents modes de réalisation possibles par une analyse en coût complet et au moyen de tout élément susceptible d'éclairer le maître d'ouvrage sur la meilleure option.

5. Les candidatures

Dans un souci de moralisation de la commande publique et d'efficacité, la réforme ajoute des cas d'interdiction légale de soumissionner et propose des hypothèses d'interdictions facultatives à la diligence de la maîtrise d'ouvrage qui pourra éventuellement y recourir avec discernement selon les règles fixées (article 48 de l'ordonnance).

La volonté d'alléger les procédures et de raccourcir leur durée se traduit par un certain nombre de nouvelles mesures sur les candidatures particulièrement attendues par les opérateurs économiques qui concernent l'ensemble des commandes passées en procédure adaptée, en procédure formalisée ou suite à un concours.

Dès septembre 2014, les pouvoirs publics français, anticipant la transposition des directives, ont pris des dispositions par décret pour faciliter et alléger la remise des candidatures des opérateurs économiques. Ces mesures sont reconduites dans les articles 44 et 53 du décret. Elles peuvent se résumer de la manière suivante :

- instauration d'un plafonnement du chiffre d'affaires que peut demander, sauf exception justifiée, le maître d'ouvrage au titre des garanties financières, au double du montant du marché à passer. Sur ce point, la Mission ne peut que rappeler que, bien entendu, le montant de ce plafond n'est pas obligatoirement retenu et que le chiffre d'affaires d'un maître d'œuvre ne saurait être déterminant pour faire une sélection pertinente ;
- le maître d'ouvrage ne peut demander des renseignements ou documents justificatifs qu'il peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations ou d'un système de stockage numérique dès lors que la candidature donne les informations nécessaires pour consulter le système en cause et que son accès est gratuit ;
- le maître d'ouvrage peut prévoir que les candidats qui ont fourni des documents ou renseignements dans une consultation précédente ne sont pas obligés de les fournir à nouveau dès lors qu'ils demeurent valables. Le maître d'ouvrage utilisera cette possibilité qui allège les candidatures et qui, en tout état de cause, deviendra une obligation en 2018. Pour ce faire, le maître d'ouvrage prendra soin de préciser dans l'avis

de marché que le candidat doit indiquer dans sa candidature les documents concernés ainsi que les références de la consultation pour laquelle les documents ont été fournis.

S'ajoutent de nouvelles mesures qui simplifient et clarifient aussi le travail de la maîtrise d'ouvrage. L'article 55 du décret laisse la possibilité, comme avant, dans un délai raisonnable qui n'est plus mentionné dans le texte, de « repêcher » des candidatures incomplètes sans avoir aujourd'hui l'obligation d'informer les candidats ayant un dossier complet. Il mentionne aussi clairement que le maître d'ouvrage peut se limiter à vérifier les justificatifs demandés pour l'accès à la commande publique en procédure restreinte, conseillée par la MIOCP pour la maîtrise d'œuvre, aux seuls candidats susceptibles d'être sélectionnés.

La remise de candidature en la forme d'un DUME (formulaire européen) est un choix du candidat (article 49 du décret). Ainsi, le maître d'ouvrage doit prévoir dans l'avis de publicité l'hypothèse d'une candidature en DUME ou sous toute autre forme. Les formulaires DCI et DC2², actualisés pour prendre en compte la réforme, peuvent être utilisés avec pertinence par les candidats.

Sur le fond, une évolution concernant la demande des références, figure dans l'article 3 de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats. Elle est libellée en ces termes : « [...] afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des [...] services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ». Cette ouverture pourra servir d'appui à une prise en compte de références de plus de trois ans en maîtrise d'œuvre. Il conviendra de faire valoir que l'exigence des trois ans limite la concurrence dès lors que la réalisation d'un projet peut facilement s'étaler sur une durée de un à trois ans et que seules des structures importantes, peu nombreuses chez les concepteurs, disposeront de plusieurs références sur trois ans.

6. Les offres

Des nouvelles dispositions ont été introduites par souci de simplification et de souplesse mais aussi d'efficacité de la commande au regard des objectifs retenus.

L'article 57 du décret est silencieux sur la remise d'une offre signée engageant le soumissionnaire. Il résulte de la lecture de cet article et de l'article 102 du décret que seule la signature du marché est exigée de l'auteur de l'offre économiquement la plus avantageuse à l'attribution du marché, et ceci, pour toute commande.

² www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-marchés-publics

Pour autant, le maître d'ouvrage peut demander dans les documents de la consultation, la signature des offres à leur remise de sorte qu'elles engagent leurs auteurs sur leur contenu et sur le délai de leur validité.

Par ailleurs, relevons que, même si l'acte d'engagement ne figure plus, comme auparavant, dans le contenu obligatoire du marché, il peut être opportun de le maintenir et de prévoir en conséquence que l'offre revêt la forme d'un acte d'engagement dont le formulaire ATTRI 1-² du modèle vient d'être mis à jour par le ministère des finances pour tenir compte de la réforme.

L'article 62 du décret qui s'applique aux procédures formalisées et aux MAPA, rappelle que la pondération des critères n'est exigée qu'en procédure formalisée, fait évoluer la liste des critères d'attribution des marchés et a modifié les règles précédentes. Il prévoit qu'en cas de recours à un critère unique, seul le critère prix peut être retenu pour attribuer un marché de produits ou de services standardisés. Pour les autres types de commandes, le critère de choix unique ne peut être que le coût global.

Si l'acheteur opte pour une pluralité de critères pour attribuer la commande, ce que préconise la MIOCP pour le choix des concepteurs ou d'autres prestataires intellectuels comme le programmiste ou le conducteur d'opération, le critère prix ou coût ne saurait être déterminant dans le choix. Il figure désormais obligatoirement à côté des critères qualitatifs également retenus qui doivent demeurer essentiels pour choisir la meilleure offre. Le critère prix peut être explicité en termes de cohérence du prix, notamment au regard du temps à consacrer à l'exécution de la mission.

7. L'innovation

Favoriser l'innovation est un des objectifs de la réforme. Aussi le dispositif prévoit un marché particulier, le partenariat d'innovation, décrit dans les articles 93 à 95 du décret. Ce mode de commande à un ou plusieurs opérateurs au terme d'un marché passé avec chacun, permet le processus de recherche et développement et ensuite l'acquisition des prestations qui en sont le résultat.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, la mise en concurrence, au-dessus des seuils européens, prend la forme d'une procédure concurrentielle avec négociation.

Signalons également à ce titre, le maintien des dispositions du passé relatives aux marchés publics réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux dans l'article 97 du décret qui permet aussi de concilier les exigences de ces programmes et de la commande publique.

8. L'exécution des marchés publics

La réforme comporte des mesures nouvelles quant à l'exécution des marchés qui auront des incidences sur la rédaction des clauses du marché et sa gestion. Ces dispositions apportent de la souplesse, elles peuvent être mises à profit pour mieux gérer l'opération afin de satisfaire au mieux la demande du maître d'ouvrage et au-delà, la qualité du projet. Les règles relatives à la modification des marchés ont, en particulier, été remaniées. Si par principe, les modifications du marché ne peuvent, ainsi que le mentionne l'article 65 de l'ordonnance, changer sa nature globale, l'article 139 du décret énumère les différentes possibilités d'évolution des marchés selon des règles qui sont plus réalistes et opérationnelles qu'auparavant. Le fait, par exemple, de pouvoir formuler dès le départ dans le marché des clauses de réexamen, permet de tenir compte de la particularité de certains marchés, comme ceux de maîtrise d'œuvre qui nécessitent une adaptation au cours de l'exécution du projet, ainsi qu'en dispose expressément la loi MOP. Disposer que les modifications du marché sont autorisées, quel qu'en soit le montant, si elles ne sont pas substantielles, facilite la gestion des projets en constructions publiques. Le texte définit précisément ce qu'il faut entendre par modification substantielles. D'autres mesures, notamment relatives à la sous-traitance, améliorent les conditions de réussite d'un projet. A titre d'exemple, citons la possibilité octroyée au maître d'ouvrage pour définir des tâches essentielles qui ne pourront pas être sous-traitées.

II La passation des marchés de maîtrise d'œuvre

Les marchés de maîtrise d'œuvre, distincts par principe des marchés de travaux aux termes de la loi MOP du 12 juillet 1985, obéissent à des règles spécifiques et, en conséquence, font l'objet d'une définition. Cette dernière figure dans l'article 90 du décret et demeure pratiquement à l'identique de celle des anciens textes.

Pour le choix de la maîtrise d'œuvre, l'article 90 du décret, tout en prévoyant des mesures particulières, renvoie à un certain nombre de procédures prévues pour tout type de commande qui seront applicables sans disposition spécifique dédiée à la maîtrise d'œuvre. Pour autant, il conviendra dans tous les cas, de tenir compte de la particularité et des enjeux pour effectuer des choix judicieux conduisant à la conclusion d'un marché opérationnel au service de la qualité.

Le présent document s'attache à mettre en exergue les principales modifications engendrées par la réforme qui ont un impact significatif sur le choix des concepteurs par les maîtres d'ouvrage qui réalisent ou réhabilitent des constructions publiques.

1. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre en-dessous des seuils européens

1.1 Les marchés de maîtrise d'œuvre passés en procédure adaptée jusqu'aux seuils européens

Aucune disposition particulière n'est prévue pour les MAPA de maîtrise d'œuvre, sauf sur l'indemnisation des prestations. L'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que l'acheteur détermine les modalités de la procédure adaptée qu'il entend mettre en œuvre dans le respect des principes de la commande publique et renvoie au décret pour plus de précisions sur les conditions et modalités de mise en œuvre de la procédure. Néanmoins, l'ordonnance édicte, de manière générale, des mesures applicables aux MAPA et aux procédures formalisées dans son article 51 qui sont les suivantes : « I.- Les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public . Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution ».

L'article 52 de l'ordonnance précise également de manière

générale que « I.- Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution ».

Pour ce qui est du décret, son article 27, consacré à la procédure adaptée, rappelle que les modalités de cette procédure sont librement définies par l'acheteur « 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 ». Par ailleurs, l'article précise que lorsque le maître d'ouvrage a prévu de négocier, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, s'il s'en est réservé la possibilité dans les documents de la consultation. Cette nouvelle mesure donne suite à la jurisprudence qui s'est prononcée en ce sens pour l'application des précédents textes. La Mission souhaite que, dans tous les cas, une négociation globale portant sur tous les aspects de l'offre puisse être engagée avec le soumissionnaire, maître d'œuvre. Enfin, une procédure formalisée ou un concours peut encore aujourd'hui être choisi par l'acheteur en dessous des seuils européens à condition d'en appliquer intégralement les règles.

L'ensemble de ces éléments est applicable à la maîtrise d'œuvre. Soulignons que si, dans tous les cas, le choix des concepteurs repose, comme auparavant, sur la remise d'une offre dans le cadre d'une procédure restreinte, recommandée par la MIQCP, le maître d'ouvrage prendra soin de retenir des critères de jugement des offres qui permettent un choix fondé préférentiellement sur le savoir-faire des concepteurs. L'article 57 du décret sur les offres mentionne que pour la commande de prestations de services, la qualité de l'offre peut être évaluée sur la base de ce savoir-faire, de l'efficacité, de l'expérience ou de la fiabilité de l'équipe qui exécutera la mission.

Ce sont l'analyse de l'aptitude et de la compétence professionnelle et, à partir de l'offre remise, l'échange entre le maître d'ouvrage et le(s) maître(s) d'œuvre, qui conduiront au meilleur choix. Le dialogue indispensable avec le(s) concepteur(s) permettra, non seulement de discuter de l'offre dans toutes ses composantes mais aussi, d'apprécier les qualités humaines pour mener à bien la mission à confier.

Pour l'application des règles de publicité, le décret distingue deux catégories de maîtres d'ouvrages, pouvoirs adjudicateurs : ceux qui, hier, relevaient du code des marchés publics, à savoir l'Etat et ses établissements publics (sauf les EPIC) et les collectivités territoriales, leurs établissements publics (sauf les OPH) et leurs groupements, et ceux qui relevaient de l'ordonnance du 6 juin 2005, en l'occurrence les autres acheteurs, donc les autres pouvoirs adjudicateurs.

Aux termes de l'article 34 du décret, les premiers disposent de toute latitude pour déterminer la forme, le contenu de leur publicité et le support de publication jusqu'au seuil de 90 000 euros HT, en fonction de la nature et de l'importance de la commande. A partir de ce dernier seuil jusqu'aux seuils européens, l'avis de marché leur est imposé et celui-ci est publié dans un JAL ou au BOAMP en fonction de l'objet de la commande et du marché de l'offre.

A partir du seuil de 90 000 euros HT, ces maîtres d'ouvrages mettent gratuitement l'ensemble des documents de la consultation sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence. Cette contrainte de l'article 39 du décret est de nature à modifier les habitudes en procédure restreinte, utilisée en maîtrise d'œuvre. Dans cette hypothèse, il convient d'autoriser la mise à disposition de documents provisoires susceptibles d'évoluer sans modifications substantielles jusqu'à la sélection des candidats. Toutes ces dispositions applicables à partir de 90 000 € HT ne s'imposent pas aux autres acheteurs, ce seuil ne leur étant pas applicable.

Le régime de publicité retenu en MAPA est par conséquent très proche du précédent. Les règles de publicité en MAPA sont résumées dans le tableau de synthèse figurant ci-contre. On remarquera l'intérêt d'avoir mentionné dans le décret lui-même, la notion de publicités complémentaires en explicitant que celles-ci peuvent s'en tenir à l'essentiel dès lors qu'elles renvoient à l'avis principal dont les références sont fournies.

Pour la maîtrise d'œuvre, la mission propose quel que soit le maître d'ouvrage, pour les opérations relevant de la loi MOP en MAPA au-dessus de 25 000 euros, d'effectuer une publicité en la forme d'un avis de marché qui est publié au regard de la nature, de l'importance de l'opération et du marché de l'offre dans un JAL ou sur le site du BOAMP ; le choix de publication s'inscrit dans le respect des principes de la commande publique notamment de libre accès à la commande qui conduit à l'efficacité. Citons la jurisprudence du Conseil d'État, Région Nord-Pas-de-Calais du 7 octobre 2005 relative à la consultation de programmistes pour l'implantation à Lens d'une antenne du musée du Louvre qui, pour un marché bien inférieur à 90 000 euros, a sanctionné une publication se limitant à *La Voix du Nord* et au site Internet de la collectivité au motif que le marché était de portée nationale et que la publication était insuffisante auprès des opérateurs ayant vocation à y répondre.

Concernant les modalités de mise en concurrence en MAPA, l'article 90 du décret se limite à indiquer dans son point III que lorsque l'acheteur n'est pas soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée ou lorsqu'il n'organise pas de concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient

d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur. Cette mesure qui s'applique à la procédure adaptée conduit à considérer qu'une remise de prestations peut être demandée par le maître d'ouvrage. Elle doit donner lieu à une prime mais celle-ci est librement fixée par celui-ci. La MIOCP estime que la remise de prestations devrait être réservée à des situations pour lesquelles des alternatives prévues dans le programme de l'opération demeurent à explorer. Dans le cas de demande de prestations, ces dernières feront l'objet d'une prime qui permet d'obtenir des études de qualité servant efficacement de support au choix, même si le texte actuel n'exige plus le minimum de 80%.

Pour la MIOCP, dans la majorité des cas, la mise en concurrence peut opportunément se limiter à une sélection de candidats, fondée sur leurs compétences, références et moyens, qui remettront des offres sans prestation permettant d'attribuer le marché de maîtrise d'œuvre dans les meilleures conditions. Il s'agit d'évaluer la capacité et l'art du concepteur à traduire l'ensemble des objectifs du programme du maître d'ouvrage au regard, dans un premier temps, de l'examen, notamment des références fournies au stade des candidatures, et, dans un deuxième temps, d'apprécier, au vu des offres remises et au terme de l'échange instauré dans le cadre de la négociation, le savoir-faire pour réaliser le projet.

1.2 Les marchés de maîtrise d'œuvre inférieurs à 25 000 euros HT

Remarquons que l'article 30 I.- 8° du décret prévoit que les marchés estimés inférieurs à 25 000 euros HT peuvent être passés sans publicité et sans mise en concurrence tout en précisant que la maîtrise d'ouvrage « *veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin* ». En maîtrise d'œuvre, la pluralité d'opérateurs est une réalité qui devra conduire à ne pas avoir recours au même concepteur qui a donné satisfaction, pour l'ensemble des « petits » projets.

Dès lors qu'ils relèvent du champ d'application de la loi MOP, les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent légitimer dans certains cas une consultation de quelques concepteurs qu'un maître d'ouvrage sollicitera sur la base d'un cahier des charges allégé qui comporte en particulier le programme et une estimation des travaux de l'opération envisagée. Le principe de proportionnalité sera respecté.

Que le maître d'ouvrage retienne le principe d'une consultation sommaire ou qu'il fasse directement appel à un concepteur, il doit s'attacher à confier sa commande au regard du professionnalisme de son futur partenaire et prestataire concepteur.

La publicité en MAPA : prestations de services et, notamment, de maîtrise d'œuvre

État et ses EP (sauf EPIC), collectivités territoriales, leurs EP et groupements (sauf exceptions, OPH)	Autres acheteurs : PA, SEM, organisme HLM, SPL...
≥ 25 000 € HT	≥ 25 000 € HT et < 209 000 € HT
<ul style="list-style-type: none"> ■ Modalités de publicité choisies librement en fonction du montant et de la nature de la commande ■ Publicité complémentaire possible avec un contenu plus restreint que l'avis principal si les références de cet avis sont fournies 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Modalités de publicité choisies librement en fonction du montant et de la nature de la commande ■ Publicité complémentaire possible avec un contenu plus restreint que l'avis principal si les références de cet avis sont fournies
<p style="text-align: center;">≥ 90 000 € HT et < 135 000 € HT (Etat et ses EP) ≥ 90 000 € HT et < 209 000 € HT (CT, leurs EP et GRTS)</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Avis de marché dans : <ul style="list-style-type: none"> - BOAMP ou JAL ; - autre publicité dans la presse spécialisée ou JOUE si nécessaire ■ Publicité complémentaire possible ■ Documents de la consultation mis à disposition gratuitement sur profil acheteur dès publication de l'avis de marché 	

2. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre au-dessus des seuils européens

2.1 Le concours de maîtrise d'œuvre : un mode de sélection d'un projet et le choix d'un lauréat

Notons tout d'abord que le concours de services est présenté dans l'article 88 du décret comme un mode de sélection particulier et non plus *stricto sensu* comme une procédure. Le concours de maîtrise d'œuvre peut déboucher sur une procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence pour l'attribution d'un marché au lauréat du concours. Cette présentation clarifie le fait qu'il y a lieu de bien distinguer la sélection du lauréat de l'attribution d'un marché négocié à ce dernier qui peut se faire directement. Pour attribuer le marché, le maître d'ouvrage se limite à négocier avec le(s) lauréat(s). Dans ce cas de procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence, il ne saurait être question de critères d'attribution du marché, le maître d'ouvrage définit, seulement dans le cadre du concours, des critères d'évaluation des projets permettant au jury d'apprécier et de classer les projets remis par les concurrents. Le maître d'ouvrage, au

vu de l'avis du jury, choisit le lauréat voire les lauréats dans le cadre du concours lui-même. La MIQCP estime qu'un concours bien organisé devrait conduire à la désignation d'un seul lauréat.

Cette distinction entre concours et attribution du marché implique désormais la publication d'un avis de résultats du concours, consécutif à ce mode de sélection, indépendamment de l'avis d'attribution du marché. La publication de ces deux avis est requise au-delà des seuils européens.

L'obligation de concours

Au-dessus des seuils européens, l'obligation de concours de maîtrise d'œuvre perdure pour la réalisation de bâtiments neufs par les maîtres d'ouvrage qui relevaient, avant avril, du code des marchés publics. Ainsi donc, l'État et ses établissements publics (sauf EPIC), les collectivités territoriales et leurs établissements publics (exceptés les OPH) et leurs groupements restent soumis à l'obligation de concours lorsqu'ils construisent des bâtiments neufs.

Comme précédemment, le concours ne s'impose pas à ces

maîtres d'ouvrage :

- pour leur opération de réutilisation ou de réhabilitation d'ouvrages, ou lorsqu'ils réalisent un projet urbain ou paysager ;
- pour l'attribution de marchés relatifs à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- pour l'attribution de marchés relatifs à des ouvrages d'infrastructures ;
- pour l'attribution d'un marché qui ne comporte pas de conception, comme par exemple, un marché d'OPC.

Comme avant, les autres acheteurs dont les autres pouvoirs adjudicateurs comme les SPL, les SEM, les organismes HLM lorsqu'ils sont directement maîtres d'ouvrage, conservent la souplesse d'organiser ou pas un concours.

Au-delà de la règle, en cas de concours facultatif, quel que soit le maître d'ouvrage, ce sont la nature et les enjeux de l'opération qui le guident dans le choix d'un concours. Ce dernier peut s'avérer pertinent pour optimiser la qualité du projet, eu égard à la demande exprimée dans le programme de l'opération qui comporte les éléments importants de l'enveloppe financière prévisionnelle.

Sur le jury

Le jury reste un élément constitutif du concours avec un rôle d'avis identique à celui défini précédemment dans le code des marchés publics. Pour autant, le nouveau texte est succinct sur sa composition et son fonctionnement. Il s'agit là d'une souplesse qui ne doit pas conduire à amoindrir le rôle du jury qui est fondamental. Quand bien même aucun quorum n'est exigé pour les réunions du jury, l'efficacité conduit la maîtrise d'ouvrage à le prévoir dans les documents de la consultation. Sur la composition du jury, si le tiers de maîtres d'œuvre reste incontournable, le texte n'évoque plus la possibilité de désigner en qualité de membres du jury des personnalités dont la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, par exemple, le futur gestionnaire du bâtiment. Le silence du texte octroie la possibilité de le prévoir, de même qu'il laisse la souplesse de décider que, par exemple, l'Architecte des Bâtiments de France pourra être entendu, comme par le passé, par le jury sur un projet pour lequel son avis sera sollicité.

L'article 89 du décret mentionne néanmoins que pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, exceptés les établissements sociaux ou médico-sociaux et les OPH, les membres élus de la commission d'appel d'offres sont membres du jury. Il indique aussi que les autres maîtres d'ouvrage se réfèrent à leurs propres règles pour désigner les membres de cette instance collégiale qui a vocation à éclairer le choix du projet qui reste de la responsabilité du maître d'ouvrage.

Sur le déroulement du concours débouchant sur un marché de maîtrise d'œuvre.

L'organisation du concours lui-même n'est pas fondamentalement modifiée par les nouveaux textes.

Toutefois, désormais, l'examen anonyme des projets par le jury s'impose pour tout concours, en deçà des seuils européens comme au-delà. L'objectif d'unicité de la règle a prévalu sur celui de la souplesse. La présentation des projets par leurs auteurs lors de leur examen par le jury n'est donc plus autorisée en concours en dessous des seuils européens. De plus, même si l'obligation pour la maîtrise d'ouvrage de rendre anonymes des rendus qui ne le seraient pas en totalité, malgré la demande faite dans le règlement de concours, n'est plus explicitement prévue, le maître d'ouvrage se donnera les moyens pour remplir cette exigence.

Au titre des évolutions, remarquons aussi que l'obligation d'une sélection d'au moins trois candidats en cas de concours restreint ne figure plus dans l'article 88 du décret dédié au concours qui dispose que le nombre de candidats sélectionnés « *est suffisant pour garantir une concurrence réelle* ». La MIQCP rappelle qu'il s'agit d'avoir un vrai choix de projets et qu'en maîtrise d'œuvre, le nombre de trois rendus minimum a fait ses preuves.

Enfin, la distinction sus-évoquée entre le concours lui-même et l'attribution du marché qui y fait suite a conduit à supprimer la mention relative à la présentation de l'offre comportant la demande d'honoraires au moyen d'une enveloppe séparée de celle du rendu, celle-ci ne pouvant être donnée au jury. Notons, d'une part, que l'article 88 sur le concours dispose que le jury analyse les projets exclusivement sur le fondement des critères d'évaluation des projets et que le maître d'ouvrage désigne le ou les lauréats au vu de l'avis du jury, d'autre part, que l'article 30-6° indique que le marché faisant suite au concours peut être confié au lauréat sans publicité et sans mise en concurrence, celui-ci devant néanmoins être négocié avec le, voire, les lauréats. Il résulte de ces dispositions que l'offre, support de la négociation conduisant à l'attribution du marché, émane du ou des lauréats.

Dès lors, deux possibilités s'offrent au maître d'ouvrage. Ce dernier peut prévoir, dans le règlement de concours, qu'il demande l'offre au lauréat après l'avoir désigné, afin d'en prendre connaissance et d'engager la négociation avec l'intéressé qui débouche sur l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre. Le maître d'ouvrage peut aussi souhaiter procéder en deux temps. Il indique alors dans le règlement du concours le déroulement des deux étapes qui peuvent être les suivantes : le maître d'ouvrage demande aux candidats sélectionnés dans le cadre du concours une proposition au moment de la remise du rendu par enveloppe séparée, comme par le passé.

Les propositions sont conservées par le secrétariat du concours qui assure le respect de l'anonymat, le jury comme le maître d'ouvrage n'ayant pas à connaître leur contenu pendant le concours qui s'achève par la désignation du lauréat. Une fois que ce dernier est désigné, le maître d'ouvrage lui demande s'il confirme sa proposition qui, si tel est le cas, devient l'offre du lauréat sur le fondement de laquelle s'engage la négociation qui mène à l'attribution du marché. Le lauréat aura la possibilité d'actualiser la proposition remise au moment du rendu s'il l'estime nécessaire. Cette option peut être préférée par des maîtres d'ouvrage qui craignent des offres inconsidérées données après choix du lauréat sans préalable en la matière et qui sont convaincus, ainsi que le préconise la MIQCP, que le concours doit aboutir à la désignation d'un seul lauréat, auteur du meilleur projet.

Quelle que soit l'option retenue par le maître d'ouvrage, la négociation porte sur l'ensemble des éléments que constitue l'offre : contenu et conditions d'exécution de la mission pour réaliser et optimiser le projet retenu, montant de la rémunération pour le mener à bien.

Sur la prime

L'article 88 sur le concours perpétue l'indispensable principe de l'obligation de rémunérer le travail fourni dans le rendu de concours au moyen d'une prime. L'article 90 maintient l'indemnisation du prix estimé des études affecté d'un abattement au plus égal à 20 %, dans les concours de maîtrise d'œuvre organisés par les maîtres d'ouvrages soumis à la loi MOP, qu'ils organisent un concours obligatoire ou à titre facultatif. La prime est allouée aux candidats qui ont remis des prestations conformes à la demande et sur proposition du jury ; la rémunération du titulaire du marché qui fait suite au concours tient toujours compte de la prime.

Il en résulte que l'ensemble des maîtres d'ouvrage relevant de l'obligation de concours sont assujettis à la règle des 80 % même lorsqu'ils organisent un concours à titre facultatif, mais aussi des pouvoirs adjudicateurs comme les organismes HLM, les SEM de construction pour leurs opérations entrant dans le champ d'application de la loi MOP.

En revanche, les maîtres d'ouvrage qui ne relèvent pas de la loi MOP et qui organisent un concours, fixent librement le montant de la prime à verser aux concurrents. Faut-il rappeler que dans tous les cas, il s'agit d'indemniser un travail demandé et fourni par les concepteurs qui mérite, quel que soit le commanditaire, une juste indemnisation. Les projets remis sont d'autant mieux étudiés qu'ils sont équitablement défrayés.

2.2 Le recours à une procédure formalisée en l'absence de concours

La procédure concurrentielle avec négociation

Recours à la procédure

L'article 90 du décret indique clairement qu'au-dessus des seuils européens, en l'absence de concours, les maîtres d'ouvrage pouvoirs adjudicateurs, mettent en œuvre la procédure formalisée de leur choix dès lors que les conditions de son recours sont réunies. La réforme apporte une avancée importante en fixant clairement des conditions de recours à la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation qui se substitue à l'ancienne procédure négociée, beaucoup plus ouvertes que les anciens textes. L'article 25 du décret mentionne en particulier au 1^{er} de son II que le recours à cette procédure est possible dès lors que « *le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles* » et au 3^o de son II que cette procédure peut être retenue « *lorsque le marché public comporte des prestations de conception* ».

A ce dernier titre, tous les marchés publics de maîtrise d'œuvre comportant de la conception qui ne ressortent pas de l'obligation de concours peuvent faire l'objet de cette procédure. Il en sera ainsi de toute mission de base en réhabilitation de bâtiment. Elle est, sans doute, dans la plupart des opérations de construction, la mieux à même de conduire à une commande de qualité globale en réponse aux attentes de la maîtrise d'ouvrage, lorsque le concours ne s'avère pas opportun au regard de la nature de l'opération ou de ses enjeux.

Déroulement de la procédure

Cette procédure, décrite dans les articles 71 à 73 du décret, est applicable à la commande de maîtrise d'œuvre sans autre spécificité que celle prévue à l'article 90 sur l'indemnisation des prestations évoquée ci-après.

C'est une procédure restreinte qui comporte une sélection de candidats admis à remettre des offres. Précisons sur cette première étape que le délai de remise des candidatures est plus court, par principe 30 jours, et que le nombre minimal de trois candidats à sélectionner est toujours prévu. Notons en revanche que l'article 90, dédié à la maîtrise d'œuvre, ne prévoit plus l'intervention du jury pour examiner et émettre un avis sur les candidatures. Dans le silence du texte, il appartient à la maîtrise d'ouvrage de décider, eu égard à son organisation, ses moyens et aux enjeux de son opération, de faire appel à un jury qui peut être composé comme le jury de concours, pour la guider dans sa sélection de candidats. Dans l'esprit de la réforme tendant à privilégier la souplesse et

l'efficacité, la mission considère, en droit comme en opportunité, que le maître d'ouvrage peut, en tant que de besoin, prévoir dans les documents de la consultation l'appui d'un jury composé comme un jury de concours. Il en définit le rôle qui peut être celui retenu dans l'ancien article 74 du code des marchés publics (avis sur les candidatures).

Sur la négociation des offres, remises au préalable, il est précisé que le maître d'ouvrage indique dans les documents de la consultation, les exigences minimales qui ne peuvent relever de la négociation. Rappelons que la procédure est d'autant plus performante en maîtrise d'œuvre, qu'elle laisse place à l'échange, à la discussion sur la grande majorité des éléments du cahier des charges. Le décret permet expressément une négociation en plusieurs phases faisant l'objet d'offres successives, sans négociation des offres finales. Il ouvre aussi la possibilité, si cela est annoncé, de retenir l'offre initiale sans négociation si elle donne pleinement satisfaction. L'expérience montre en maîtrise d'œuvre que la discussion de l'ensemble des composantes de l'offre conduit à des évolutions nécessaires à son optimisation.

Enfin, l'article 90 du même texte relatif à la maîtrise d'œuvre indique que la remise de prestations dans l'offre d'une procédure adaptée ou formalisée doit conduire au versement d'une prime dont le montant est fixé par le maître d'ouvrage. La procédure concurrentielle avec négociation sera plutôt retenue lorsque le choix de la maîtrise d'œuvre peut être fait sans prestation incluse dans l'offre, qui, en tout état de cause, ne saurait être l'équivalent d'un rendu de concours comportant des plans ou le début d'un projet sous peine de requalification en concours.

Le dialogue compétitif

Recours au dialogue compétitif

L'utilisation de cette procédure est plus ouverte que par le passé. En effet, l'article 25 du décret retient les mêmes cas d'ouverture que pour le recours à la procédure concurrentielle avec négociation. Au regard de cet article et de l'article 90 du décret, en maîtrise d'œuvre, dès lors que le concours n'est pas retenu, le maître d'ouvrage peut mettre en œuvre un dialogue compétitif pour la réalisation d'opérations de réhabilitation mais aussi, et ceci est nouveau, pour des opérations de construction neuve qui ne relèvent pas du concours obligatoire. Dans ce dernier cas, la difficulté est de demander des solutions en support au dialogue qui ne peuvent être un rendu de concours car si tel était l'hypothèse, la requalification en concours pourrait être évoquée.

Rappel doit être fait que, de par sa définition même, cette procédure suppose comme avant, que le dialogue avec les candidats sélectionnés ait pour objet de « *définir ou développer*

per une ou plusieurs solutions » de nature à optimiser la réponse au programme de la maîtrise d'ouvrage. Dans le cas de réhabilitation complexe, cette procédure est efficace, elle permet l'examen de solutions susceptibles de vérifier la faisabilité du programme, en dialogue avec la maîtrise d'ouvrage. Elle sera aussi souvent préférée pour la commande de maîtrise d'œuvre urbaine.

Déroulement de la procédure

Les articles 75 et 76 du décret sont peu précis et ne comportent pas de grandes novations. Retenons que le délai minimum de remise des candidatures est de 30 jours, qu'en phase finale du dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une réelle concurrence. Soulignons que l'article 90 dédié à la maîtrise d'œuvre quant à lui ne prévoit pas de mesures spécifiques sauf sur l'indemnisation des prestations, son point III, déjà évoqué dans la présente fiche, qui s'applique à toute procédure donc, au dialogue compétitif.

En d'autres termes, la présence d'un jury dans le cadre d'un dialogue compétitif de maîtrise d'œuvre n'est pas mentionnée dans les nouveaux textes. L'ancien article 74 du code des marchés publics prévoyait déjà l'intervention du jury comme une faculté laissée à l'initiative de la maîtrise d'ouvrage. La mission rappelle que l'allègement des textes ne doit pas conduire à des interdictions mais à la souplesse. Dès lors, le maître d'ouvrage peut prévoir dans les documents de la consultation, l'appui d'un jury qui peut être composé comme un jury de concours. Il en définit le rôle qui peut être celui retenu dans l'ancien article 74 du code des marchés publics. (avis sur les candidatures et les offres finales).

Pour la commande de maîtrise d'œuvre, la prime à verser aux participants au dialogue est toujours exigée mais son montant est fixé librement. L'obligation des 80 % n'est plus dans le texte. Le maître d'ouvrage soucieux d'avoir un dialogue efficace définit avec pertinence les prestations demandées en support au dialogue et les rémunère à leur juste valeur.

L'appel d'offres

Pratique de l'appel d'offres

L'appel d'offres est une procédure qui, désormais, pour l'ensemble des maîtres d'ouvrage, n'a plus lieu d'être retenue, en droit comme en opportunité, pour la commande de maîtrise d'œuvre qui comporte de la conception ; nous l'avons évoqué ci-avant en citant la possibilité de faire dans cette hypothèse, en l'absence de l'organisation d'un concours, usage de la procédure concurrentielle avec négociation ou du dialogue compétitif pertinent, par exemple, pour la commande en réhabilitation complexe.

Rappelons que l'appel d'offres n'est pas souhaitable en maîtrise d'œuvre car l'enjeu de la commande implique une discussion des offres dans toutes leurs composantes avec leur auteur pour les optimiser au profit du projet de construction porté par le maître d'ouvrage.

Déroulement de la procédure

Avoir donné la possibilité d'examiner les offres avant les candidatures en appel d'offres ouvert est la principale innovation dans cette procédure. Elle démontre bien que l'appel d'offres est plutôt opportunément réservé à des commandes de fournitures ou de services standardisés. Cette procédure est mal adaptée pour la commande de prestations intellectuelles, notamment de maîtrise d'œuvre, fondée en premier lieu sur la compétence et le savoir-faire des concepteurs.

Là encore, l'article 90 ne fait plus référence à l'intervention d'un jury, tout en admettant que cette procédure pourrait comporter des prestations indemnisées remises dans le cadre de la mise en concurrence, la Mission estime que le jury n'est pas interdit au regard des considérations précédemment développées.

En résumé, c'est l'absence de dispositions particulières dans ces procédures formalisées pour la commande de maîtrise d'œuvre qui constitue un changement notable pour un grand nombre de maîtres d'ouvrage (État, collectivités territoriales, entreprises publiques locales...). L'article 90 dédié à la maîtrise d'œuvre se limite à prévoir l'indemnisation des prestations éventuelles dont le montant est laissé à l'appréciation du commanditaire. Ce dernier peut, néanmoins, prévoir un jury pour l'accompagner dans ces procédures.

Passation des marchés de maîtrise d'œuvre pour les PA Etat et ses établissements publics (sauf EPIC), les collectivités territoriales, leurs établissements publics (sauf OPH) et leurs groupements, au 1^{er} avril 2016

Publicité	Procédure
< 25 000 € HT	
Néant	Néant
≥ 25 000 € HT	
Publicité adaptée	
> 90 000 € HT	
<p>Avis de marché : - JAL ou BOAMP ; - si nécessaire, dans presse spécialisée ou JOUE.</p> <p>Documents de la consultation mis à disposition sur profil d'acheteur dès publication de l'avis de publicité</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Procédure adaptée - Coucours, procédures formalisées de maîtrise d'œuvre (appliqués dans leur intégralité)
<p>Etat et ses établissements publics ≥ 135 000 € HT</p> <p>Collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ≥ 209 000 € HT</p>	
<p>Avis de pré information possible (modèle européen) envoyé pour publication à l'OPUE ou publication sur profil d'acheteur. Il peut valoir avis de marché dans certains cas si conditions remplies.</p> <p>Avis de marché (modèle européen) dans :</p> <ul style="list-style-type: none"> - BOAMP ou JOUE ; - Publicité complémentaire possible avec un contenu plus restreint que l'avis principal si les références de cet avis sont fournies. <p>Documents de la consultation mis à disposition sur profil d'acheteur dès publication de l'avis de publicité</p>	<p>Bâtiment neuf : concours obligatoire + marché négocié sans publicité et sans concurrence</p> <p>Réhabilitation de bâtiments :</p> <ul style="list-style-type: none"> - concours (facultatif) ; - procédure concurrentielle avec négociation (si conditions remplies) ; - dialogue compétitif si recherche de solutions (si conditions remplies) ; - appel d'offres possible. <p>Infrastructure / Projet urbain (neuf ou réhabilitation) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - concours (facultatif) + marché négocié sans publicité et sans concurrence ; - procédure concurrentielle avec négociation (si conditions remplies) ; - dialogue compétitif si recherche de solutions (si conditions remplies) ; - appel d'offres possible.

Passation des marchés de maîtrise d'œuvre pour les autres PA (SEM, organismes HLM, SPL...),
 au 1^{er} avril 2016

Publicité	Procédure
Néant	Néant
<p>< 25 000 € HT</p> <p>Modalités de publicité choisies librement en fonction des caractéristiques du marché : montant, nature de la commande</p> <p>Publicité complémentaire possible avec un contenu plus restreint que l'avis principal si les références de cet avis sont fournies.</p>	<p>≥ 25 000 € HT</p> <ul style="list-style-type: none"> - Procédure adaptée - Concours, procédures formalisées de maîtrise d'œuvre (appliqués dans leur intégralité)
<p>≥ 209 000 € HT</p> <p>Avis de pré information possible (modèle européen) envoyé pour publication à l'OPUE ou publication sur profil d'acheteur. Il peut valoir avis de marché dans certains cas, si conditions remplies.</p> <p>Avis de marché (modèle européen) dans :</p> <ul style="list-style-type: none"> - JOUE ; - Publicité complémentaire possible avec un contenu plus restreint que l'avis principal si les références de cet avis sont fournies. <p>Documents de la consultation mis à disposition sur profil d'acheteur dès publication de l'avis de publicité</p>	<p>≥ 209 000 € HT</p> <p>Bâtiment, infrastructure ou projet urbain, neuf ou réhabilitation :</p> <ul style="list-style-type: none"> - concours (facultatif) ; - procédure concurrentielle avec négociation (si conditions remplies) ; - dialogue compétitif si recherche de solutions (si conditions remplies) ; - appel d'offres possible.

III La passation des marchés globaux

En dérogation à l'obligation d'allotir, les articles 33 et 35 de l'ordonnance autorisent les maîtres d'ouvrage à passer deux types de marchés globaux et, certains d'entre-eux, à passer, comme avant, des marchés globaux sectoriels dans des conditions précises qui ont été parfois restreintes par comparaison aux précédents textes.

1. Les marchés de conception-réalisation

Conditions de recours aux marchés de conception-réalisation

L'article 33 de l'ordonnance précitée dispose que les maîtres d'ouvrage qui sont assujettis à la loi MOP ne peuvent pratiquer ces marchés globaux que si les conditions exigées par la loi, qu'il rappelle, sont réunies.

L'exception pour les organismes HLM et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux qui, pour leur opération relevant de la loi MOP, peuvent jusqu'au 31 décembre 2018, faire appel à la conception-réalisation sans condition, ne crée pas de modification par rapport au passé.

Si on s'en tient à la lecture de cet article, sauf cas prévus par des législations particulières, seuls des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique d'un ouvrage existant, rendant nécessaire l'association de l'entreprise aux études de l'ouvrage, autorise le marché global de conception-réalisation.

La loi MOP n'est pas modifiée par l'ordonnance de 2015. L'habilitation législative donnée par l'article 42 de la loi 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification des entreprises ne le permettait pas.

Déroulement de la procédure

Pour conclure ce type de marché qui demeure juridiquement un marché de travaux, les nouveaux textes ne prévoient plus de procédure particulière en tant que telle, ce sont les procédures communes qui s'appliquent pour tout marché public qui seront mises en œuvre dans les conditions qu'elles fixent. Pour autant, la particularité de cette commande qui comporte la réalisation de prestations de nature différente et l'efficacité recherchée, ont conduit à des dispositions spécifiques prenant en compte la complexité de ces marchés globaux. Ainsi, pour leurs marchés de conception-réalisation relevant de la loi MOP, les commanditaires, quelle que soit la procédure formalisée qu'ils retiennent au-dessus des seuils

européens, doivent désigner un jury comportant un tiers de professionnels. Il aura pour rôle, comme dans les précédents textes, d'examiner les candidatures et les prestations remises dans l'offre. Celles-ci sont au moins des études d'avant-projet sommaire (APS) en bâtiment, des études d'avant-projet (AVP) en infrastructure. Le jury rend un avis motivé sur les candidatures et les projets remis, il auditionne les candidats, auteurs des projets remis. Saluons ces dispositions dédiées à la conception-réalisation qui sont indispensables à l'efficacité. En revanche, on ne peut que s'interroger sur la pertinence des dérogations prévues pour la mise en œuvre de ces mesures, notamment en réhabilitation. La Mission recommande aux maîtres d'ouvrage qui pratiquent la conception-réalisation de les prévoir dans tous les cas. La maîtrise d'ouvrage doit analyser les projets remis dans l'offre avec des professionnels car, dans ce contrat global, il sera difficile de faire évoluer le projet qui aura permis d'établir le prix des travaux. Faisons confiance aussi à la maîtrise d'ouvrage pour prévoir une pluralité de critères pour attribuer le marché dont l'un, voire plusieurs, porteront avec efficacité sur la qualité du projet. La MIQCP estime que la procédure d'appel d'offres n'est pas souhaitable en processus de conception-réalisation, un échange sur le cahier des charges est fructueux pour passer cette commande globale. La procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif sont préférables. La procédure adaptée qui pourra être retenue en deçà du seuil européen pourra utilement prévoir les modalités particulières sus-évoquées.

Sur l'indemnisation du projet fourni dans l'offre, le IV de l'article 91 du décret indique que les maîtres d'ouvrage mentionnés à l'article 1^{er} de la loi MOP alloue une prime en procédure formalisée comme en procédure adaptée et que son montant est égal au prix des études de conception à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La prime est prise en compte dans le versement de la rémunération du titulaire. Les documents de la consultation précisent son montant et les modalités de sa réduction, voire de sa suppression en cas d'offres irrégulières. Sur ce dernier point, aujourd'hui, l'article 59 du décret dispose expressément qu'une offre irrégulière peut être régularisée dans un délai approprié, dès lors que le maître d'ouvrage l'a prévu dans les documents de la consultation, que celle-ci n'est pas une offre anormalement basse et que la régularisation n'implique pas de modification substantielle.

Notons aussi une disposition nouvelle qui peut conduire la maîtrise d'ouvrage à prévoir précisément la mission qui sera confiée au concepteur dans le groupement de concepteurs-réalisateur, au-delà des exigences de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture. L'article 45 du décret relatif aux groupements d'opérateurs économiques dispose que pour les prestations de services ou de travaux, le maître d'ouvrage peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par

l'un des membres du groupement. Cette mesure à caractère général peut être utile en conception-réalisation pour éviter que le rôle de l'équipe de conception ne soit réduit à la conception du projet remis pour le permis de construire. Elle peut aussi être mise à profit pour indiquer clairement qui, au sein du groupement par exemple, assure la mission de BIM management dans ce processus de marché global, comme d'ailleurs en maîtrise d'œuvre classique. Notons que l'article 35 bis de l'ordonnance impose l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation.

2. Les marchés globaux de performance

L'utilisation des marchés globaux de performance

Elle est circonscrite par la définition même de la notion explicitée dans l'article 34 de l'ordonnance de 2015 ainsi libellé « *Nonobstant les dispositions de l'article 33, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés comportent des engagements de performance* ». L'article 92 du décret ajoute que la rémunération de l'exploitation ou de la maintenance est liée à l'atteinte des engagements de performance.

Ces dispositions élargissent les possibilités de recourir à ces marchés, en particulier dans le domaine d'application de la loi MOP, par rapport au texte antérieur qui cantonnait le recours à ce type de marchés comportant la conception-réalisation de l'ouvrage aux cas où au moins une des conditions exigées par la loi MOP pour recourir à la conception-réalisation était remplie (Cf. III-1).

Toutefois, les conditions résultant de la définition même du marché global de performances doivent être satisfaites, l'objet principal de la commande doit être l'atteinte de performances mesurables sur lesquelles s'engage le titulaire du marché. Ce dernier comporte obligatoirement des prestations significatives d'exploitation ou maintenance dont la rémunération est fonction de l'atteinte des engagements pris figurant dans le marché.

La passation des marchés globaux de performance

Ce sont, par principe, les règles communes qui s'appliquent. L'article 92 du décret édicte cependant des mesures particulières pour tenir compte de la singularité et de la complexité de ce type de commande.

Dans son point III, l'article 92 précise que lorsque le marché

comporte des travaux dans le champ d'application de la loi MOP, les dispositions spécifiques prévues au II de l'article 91 du décret pour les procédures formalisées en marchés de conception-réalisation, s'appliquent. Il y a donc intervention du jury dans la procédure de choix du titulaire du marché, l'offre comportant un APS en bâtiment... De plus, l'article 92 crée l'obligation de faire apparaître dans tout marché global de performance de manière séparée les prix respectifs de la réalisation et de l'exploitation.

Toute procédure qui comporte la remise de prestations de conception doit prévoir leur indemnisation à hauteur d'au moins 80 % de leur estimation, la prime versée étant prise en compte dans la rémunération du titulaire.

L'attribution du marché se fait sur le fondement d'une pluralité de critères parmi lesquels figurent le coût global et un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance. Dans l'hypothèse d'un marché qui comporte la conception d'ouvrage, la mission propose d'ajouter un critère relatif à la qualité du projet présenté dans l'offre globale.

3. Les marchés globaux sectoriels

Le champ de ces marchés

Il est désormais défini, secteur par secteur, par l'article 35 de l'ordonnance qui se substitue aux anciennes définitions prévues par les textes particuliers. Au vu du nouveau texte, le recours aux marchés globaux sectoriels n'est possible que si le marché comporte l'ensemble des prestations requises aux termes de la définition donnée par l'article. Ainsi, par exemple, le marché global sectoriel devra comporter au titre du 1° de l'article « *la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense* ». Si l'ensemble de ces prestations ne figurent pas dans le marché, ce dernier ne sera pas un marché global sectoriel relevant de l'article 35 de l'ordonnance et, quand l'opération relève de la loi MOP, il ne pourra comporter des prestations de conception et réalisation que si l'une des conditions de l'article 33 du décret qui rappelle les exigences de la loi MOP, est satisfaite.

La passation des marchés globaux sectoriels

Dans le silence du décret, les marchés globaux sectoriels obéissent aux règles de passation des marchés publics édictées par le nouveau dispositif.

Rappelons, en particulier, que les marchés publics relevant de ces secteurs d'activité et de la loi MOP, qu'ils constituent ou pas des marchés globaux sectoriels, sont soumis aux dispositions particulières de l'article 91 du décret dès lors qu'ils comportent la conception et la réalisation d'ouvrage.

■ IV Les marchés de partenariat

Les anciens contrats de partenariat deviennent clairement des marchés publics relevant de la réforme et, par conséquent, des marchés de partenariat.

Conditions de recours à ces marchés

Au regard des articles 71 et 72 du décret, les marchés de partenariat peuvent être conclus par tout acheteur, à l'exception des organismes relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie par l'arrêté mentionné par l'article 12 de la loi 2010-1645 du 28 décembre 2010, des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaires dotées de la personnalité morale publique.

Toutefois, l'État est autorisé, comme précédemment, à recourir à ce mode de réalisation. Il peut, en particulier, sous réserve de certaines conditions, conclure des marchés de partenariat pour le compte des organismes non autorisés visés ci-dessus.

L'objet de ces marchés est plus ouvert que dans le passé. Ils peuvent par exemple intégrer le démantèlement ou la destruction d'ouvrages.

Leur recours est désormais encadré par des seuils relativement bas et des conditions d'accès fondées uniquement sur l'évaluation de l'efficacité de ce mode de réalisation et une étude de soutenabilité budgétaire. L'utilisation d'un tel marché doit présenter un bilan plus favorable que les autres modes de réalisation, notamment sur le plan financier. Un contrôle de ces évaluations et études préalables est mis en place.

La passation des marchés de partenariat

La passation relève des dispositions communes édictées pour autant qu'elles n'aient pas fait l'objet de dérogations ou d'aménagements prévus dans des dispositions particulières qui font l'objet de la partie II de l'ordonnance et du décret. Relevons notamment que les marchés de partenariat ne sont pas soumis à un nombre important des mesures du décret consacrées à l'exécution des marchés publics.

Pour tenir compte de la spécificité attachée à la construction, l'article 158 du décret est ainsi rédigé « *Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages [...] est confiée au titulaire, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural. Parmi les critères d'attribution du marché figure la qualité globale des ouvrages* ».

La possibilité pour l'acheteur de faire réaliser un projet au moyen d'un concours conduisant à un choix de lauréat et à la conclusion d'un marché de maîtrise d'oeuvre cédé ensuite au titulaire du marché de partenariat perdure.

La pluralité de critères s'impose et, lorsque le marché comporte la conception d'ouvrage, le commanditaire retiendra un critère relatif à la qualité du projet architectural remis dans l'offre.

V Autorisations d'occupation temporaire et baux

Signalons que, dans un souci de clarification et de sécurité juridique, l'ordonnance du 23 juillet 2015 modifie dans son article 101, l'article L 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques pour préciser que les autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT) ne peuvent notamment avoir pour objet la réalisation de travaux relevant de l'ordonnance et qu'il en est de même pour les baux relevant de l'article L 2341-1 de ce code. L'article 101 de l'ordonnance modifie également en ce sens les articles L 1311- 2 et L 1311- 5 du code général des collectivités territoriales.

Ces nouvelles dispositions ont pour objet de mettre fin à des commandes de prestations, notamment de travaux, dans le cadre juridique d'AOT ou de baux, dès lors qu'elles constituent des marchés publics devant relever de l'application des règles de la commande publique.

En conclusion

La réforme apporte souplesse dans les procédures de marchés publics qui permet une adaptation en fonction de la nature, de la particularité et des enjeux des commandes. Celle-ci doit conduire à l'efficacité qui, dans le domaine de la construction, se concrétise par la réalisation de projets d'équipements publics et d'habitat de qualité durable au service de nos concitoyens. Leur cadre de vie est essentiel. Cette exigence requiert plus que jamais une maîtrise d'ouvrage publique professionnelle et responsable ainsi que le préconise la loi MOP. Dans ce contexte, au regard de l'ampleur et des enjeux de la réforme, les pouvoirs publics accompagnent le dispositif par des recommandations répondant à la demande des acheteurs. Par cette fiche, la MIQCP souhaite apporter un appui aux collectivités publiques dans leur métier de maître d'ouvrage et contribuer à l'efficacité de la commande de maîtrise d'œuvre, fondamentale pour des constructions publiques de qualité globale durable dans un contexte nouveau où le bien-être de l'homme doit demeurer une priorité.

LEXIQUE

BOAMP	Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics
DUME	Document Unique de Marché Européen
EP	Établissement Public
EPIC	Établissement Public à caractère Industriel et Commercial
GIE	Groupement d'Intérêt Économique
JAL	Journal d'Annonces Légales
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
MAPA	Marché À Procédure Adaptée
OPC	Ordonnancement, pilotage et coordination
OPH	Office Public de l'Habitat
OPUE	Office des Publications de l'Union Européenne
PA	Pouvoir Adjudicateur
SEM	Société d'Économie Mixte
SPL	Société Publique Locale

■ Ordonnance n° 2015-899

Article 8 Définition du concours

Le concours est un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, 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 du traitement de données.

Article 32 Allotissement

I.- Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots.

Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allotir un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

II. - Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir un marché public, il motive son choix selon des modalités fixées par voie réglementaire.

Section 4 Marchés publics globaux

Article 33 Marchés publics de conception-réalisation

I.-Les acheteurs peuvent conclure des marchés publics de conception-réalisation qui sont des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Toutefois, sans préjudice des dispositions législatives spéciales, les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée ne peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

II.-Les conditions mentionnées au second alinéa du I ne sont pas applicables aux marchés publics de conception-réalisation conclus, jusqu'au 31 décembre 2018, par les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux, soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, et qui sont relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation.

Article 34 Marchés publics globaux de performance

Nonobstant les dispositions de l'article 33, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables.

Article 35 Marchés publics globaux sectoriels

Sans préjudice des dispositions législatives spéciales et nonobstant les dispositions des articles 33 et 34, les acheteurs peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur :

1° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ;

2° La conception, la construction et l'aménagement des infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ;

3° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;

4° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés par l'Etat à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;

5° La conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires. Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance des établissements pénitentiaires, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance ;

6° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente. Cette mission ne peut conduire à confier l'enregistrement et la surveillance des personnes

retenues ou maintenues à d'autres personnes que des agents de l'Etat ;

7° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes visés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique ;

8° La revitalisation artisanale et commerciale au sens de l'article 19 de la loi du 18 juin 2014 susvisée.

Article 35 bis Identification de la maîtrise d'œuvre

Parmi les conditions d'exécution d'un marché public global figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation.

Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire ; elle comprend les éléments de la mission définie à 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, adaptés à la spécificité des marchés publics globaux.

Article 52 Critères d'attribution

I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38.

II. - Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence.

■ Décret n° 2016-360

Chapitre IV Règles générales de passation

Article 47 Réduction du nombre de candidats

L'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

L'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Le nombre de candidats retenus est suffisant pour assurer une concurrence effective.

Toutefois, pour les pouvoirs adjudicateurs, en appel d'offres restreint, le nombre minimal est de cinq ; en procédure concurrentielle avec négociation et en dialogue compétitif, il est de trois. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises.

Article 56 Invitation des candidats sélectionnés

L'acheteur invite simultanément et par écrit les candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

En cas d'appel d'offres restreint, de procédure concurrentielle avec négociation, de procédure négociée avec mise en concurrence préalable ou de dialogue compétitif, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes :

- 1° La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;
- 2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. Toutefois, dans le cas du dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue mais dans l'invitation à remettre une offre finale ;
- 3° Dans le cas du dialogue compétitif, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues utilisées ;
- 4° La liste des documents à fournir ;
- 5° La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation ;
- 6° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés au II de l'article 41, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

.../...

Article 62 Attribution du marché public

I. - Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles 60 ou 61, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.

II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63 ;

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;

c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution.

[...]

Article 90 Marchés publics de maîtrise d'œuvre

I. - Les marchés publics 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 la mission définie par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée.

II. - Les marchés publics de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés dans les conditions suivantes :

1° Pour l'Etat, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements lorsqu'ils agissent en tant que pouvoir adjudicateur, ils sont négociés, en application du 6° du I de l'article 30, avec le ou les lauréats d'un concours restreint organisé dans les conditions de l'article 88.

Toutefois, ces acheteurs ne sont pas tenus d'organiser un concours dans les cas suivants :

a) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;

b) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;

c) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures ;

d) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;

2° Pour les autres acheteurs, ils sont passés selon l'une des procédures mentionnées à l'article 25 ou 26 ou, si les conditions mentionnées à l'article 30 sont remplies, négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Si ces acheteurs sont soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée et choisissent d'organiser un concours, celui-ci est restreint.

III. - Lorsque l'acheteur est soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée et organise un concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La prime est allouée aux candidats sur proposition du jury.

Lorsque l'acheteur n'est pas soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée ou lorsqu'il n'organise pas de concours, les participants qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur.

Dans tous les cas, le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation à la procédure.



mission
interministérielle
pour la qualité
des constructions
publiques

92055 La Défense Cedex
Téléphone : 01 40 81 23 30
miqcp@developpement-durable.gouv.fr
www.miqcp.gouv.fr

