



mission
interministérielle
pour la qualité
des constructions
publiques

La qualité s'invente et se partage

Octobre
2011

numéro

23

médiations

De nouvelles règles pour la passation des marchés publics en matière de construction publique et de projets urbains

SOMMAIRE

I Les nouvelles mesures pour la passation de marchés de maîtrise d'œuvre (article 74 du code des marchés publics)

1. En procédure adaptée en dessous des seuils européens
2. En procédure formalisée au-dessus des seuils européens
 - 2.1 La primauté de la procédure négociée en l'absence de concours
 - 2.2 Le jury dans la procédure d'appel d'offres
 - 2.3 L'introduction de la procédure du dialogue compétitif pour la maîtrise d'œuvre
 - 2.3.1 Pour les projets urbains :
 - la définition du projet urbain et de la maîtrise d'œuvre urbaine
 - les grandes caractéristiques des projets urbains
 - les préalables à la commande de maîtrise d'œuvre urbaine :
 - l'identification de la maîtrise d'ouvrage urbaine,
 - l'engagement d'une démarche de programmation urbaine,
 - le recours à l'assistance à maîtrise d'ouvrage urbaine.
 - la commande de maîtrise d'œuvre urbaine :
 - la disparition des marchés de définition simultanés,
 - la possibilité de recourir au dialogue compétitif,

- le déroulement de la procédure du dialogue compétitif,
- le contenu de la mission confiée au titre de l'accord-cadre monoattributaire.

2.3.2 Le recours au dialogue compétitif pour la réhabilitation d'ouvrage

2.4 Les autres procédures de commande de maîtrise d'œuvre urbaine

2.4.1 Le concours

2.4.2 La procédure négociée spécifique débouchant sur un accord-cadre multiattributaire

2.5 L'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre

II Les contrats globaux avec engagement sur performance

- 1 La nouvelle possibilité de recours au processus de conception-réalisation dans le cadre de la loi MOP
2. Les deux nouveaux marchés publics globaux : les contrats REM et CREM

III Les variantes

IV Les nouvelles règles applicables aux offices publics de l'habitat

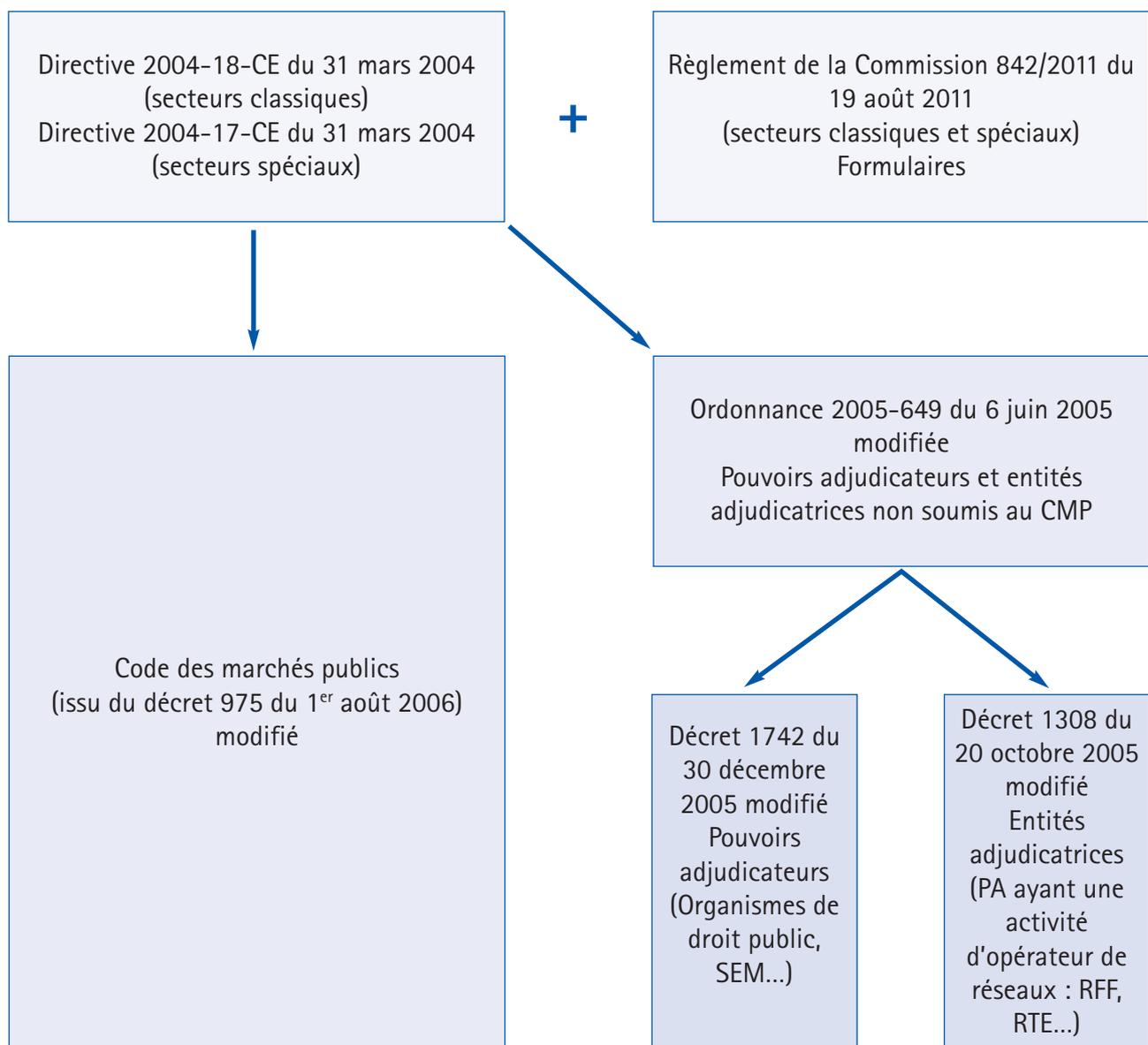
V Divers

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

■ Introduction

Le code des marchés publics (CMP) de 2006 et les deux décrets d'application de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 constituent le socle des règles applicables à la passation des marchés publics. Ces textes transposent les directives marchés publics 2004/18 et 2004/17 du 31 mars 2004. Ils sont régulièrement amendés et le décret 2011-1000 du 25 août 2011 apporte des modifications qui, pour certaines d'entre elles, ont un impact important pour la réalisation d'équipements publics et de projets urbains. Aux termes de ce Médiations, la MIQCP propose en particulier d'évoquer les évolutions du CMP qui touchent la maîtrise d'œuvre et celles qui sont susceptibles d'éclairer les maîtres d'ouvrage sur les procédures de commande pour leurs projets urbains.

Textes régissant la commande publique



I Les nouvelles mesures pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre

L'article 74 du code des marchés publics (CMP) dédié aux procédures de passation des marchés de maîtrise d'œuvre a été modifié significativement par le décret 2011-1000 du 25 août 2011 pour utilement conforter la spécificité de la commande de maîtrise d'œuvre. Celle-ci doit conduire à mettre en œuvre des procédures restreintes pertinentes fondées autant que faire se peut sur le dialogue et la négociation, susceptibles de générer une commande de qualité et ainsi contribuer à l'amélioration du cadre de vie de nos concitoyens.

Comme pour les autres commandes, il y a lieu de distinguer d'une part, les commandes en procédure adaptée et d'autre part, celles qui relèvent de procédures formalisées qui s'imposent au dessus des seuils européens.

1. En procédure adaptée en dessous des seuils européens

Le maître d'ouvrage pourra, le plus souvent, s'en tenir à une procédure simple de mise en concurrence, restreinte, après publicité, fondée sur l'analyse des compétences, des moyens et références des candidats pour sélectionner le ou les candidats avec qui il engagera un dialogue, une négociation en vue du choix de l'attributaire du marché. La MIQCP rappelle dans son Médiations 11-1 ce que peut être le déroulement d'une mise en concurrence adaptée sans remise de prestations en soulignant l'importance de l'échange verbal entre maître d'ouvrage et candidat(s) dans ce processus de dévolution des marchés de maîtrise d'œuvre.

Dans certains cas, pour des opérations complexes ou présentant des enjeux importants, ainsi que le permet l'article 74, la mise en concurrence peut comporter une remise de prestations. Cette dernière donne lieu au paiement d'une prime qui, désormais aux termes du nouveau décret, doit être au moins de 80% du coût des prestations demandées et remises. Les modalités de détermination du montant de la prime sont alignées sur celles du concours. Le montant de cette prime comme le niveau des prestations à effectuer figurent dans la publicité. Les prestations à fournir par les candidats sélectionnés sont explicitées dans le règlement de la consultation. Cette définition du niveau des prestations demandées est indispensable puisque le texte est silencieux sur ce point. La règle qui prévaut en procédure adaptée est la liberté de définition des modalités de mise en concurrence dans le respect des principes de la commande rappelés dans l'article 1^{er} du code. Il appartient donc au maître d'ouvrage, pour chacune de ses opérations, de décider

de l'opportunité de demander des prestations et, si l'option retenue est la demande de prestations, de définir les prestations pertinentes pour mener au meilleur choix. Le maître d'ouvrage peut utilement s'entourer de compétences pour l'aider à déterminer et encadrer les prestations à remettre, à en évaluer le montant, à les analyser et à mener à bien la négociation. L'appel à un assistant à maîtrise d'ouvrage compétent, au CAUE¹ du département par exemple, a fait ses preuves et est, par conséquent, recommandé dans une procédure où le jury n'est pas requis. Les prestations demandées auront pour objet d'asseoir et d'illustrer le travail préalable initié par l'architecte pour analyser la demande du maître d'ouvrage et soumettre les idées directrices qui pourraient fonder le futur projet. Sans constituer le début du projet qui sera proposé ultérieurement par le concepteur retenu, les prestations demandées qualifiées par la Mission d'"intentions architecturales" seront composées d'écrits explicatifs et de schémas, croquis illustratifs servant de supports au dialogue, à la négociation qui s'instaurera entre le maître d'ouvrage et les candidats sélectionnés ayant remis les prestations en cause. Ainsi, l'ensemble de la prestation remise guidera et nourrira l'entretien entre le maître d'ouvrage et le candidat. Pour éviter toute surenchère dans la remise des prestations, le maître d'ouvrage pourra utilement prévoir dans le règlement de la consultation que les prestations fournies autres que celles demandées ne seront ni examinées, ni rémunérées.

Rappelons qu'en dessous des seuils européens, le maître d'ouvrage qui souhaite choisir dans le cadre de la mise en concurrence un début de projet est invité à recourir à la procédure formalisée du concours dans les conditions définies par les articles 70 et 74 du CMP. La règle de l'anonymat dans l'examen des projets n'étant pas requise, le maître d'ouvrage prévoira que les projets soient présentés par leurs auteurs.

2. En procédure formalisée au-dessus des seuils européens

2.1 La primauté de la procédure négociée spécifique en l'absence de concours

Au vu du nouvel article 74, les dispositions relatives au concours de maîtrise d'œuvre demeurent en l'état. Aussi, le lecteur pourra-t-il toujours consulter le Médiations 14-1² consacré à cette procédure pour organiser un concours. Rappelons que le concours est obligatoire pour une opération de bâtiment neuf. Bien que facultatif dans les autres cas, il peut être intéressant en cas d'enjeu architectural, de

¹ Conseil d'Architecture, d'Urbanisme et de l'Environnement

² Voir également le guide "Organisation d'un concours de maîtrise d'œuvre : dispositions réglementaires et modalités pratiques", MIQCP

réutilisation d'ouvrage ou encore de réalisation de grands ouvrages d'art, par exemple.

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 œuvre 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. La procédure négociée spécifique s'impose, en particulier quand les conditions du 2) du I seront remplies. 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) en raison de l'itération entre le programme et le projet qui caractérise la commande de maîtrise d'œuvre et qui est expressément prévue par l'article 2 de la loi MOP du 12 juillet 1985. Le maître d'ouvrage n'a donc plus la possibilité, dans cette hypothèse, de choisir la procédure d'appel d'offres. Il en va de même pour tous les autres cas prévus par l'article 35 du code qui transpose les cas de procédure négociée autorisés par la directive 2004/18. Cette modification concrétise la pertinence du recours à la procédure négociée spécifique de maîtrise d'œuvre, 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'œuvre. Le maître d'ouvrage précisera dans l'avis de publicité que le recours à la procédure négociée est fondé sur l'un des cas du I de l'article 35 et sur l'article 74 du code.

Le maître d'ouvrage devra aussi renoncer à la procédure d'appel d'offres et recourir à la négociation lorsqu'il sera dans une des hypothèses prévues au point II de l'article 35. Ainsi, par exemple, si les conditions du marché complémentaire sont remplies, il passera, après négociation, un marché complémentaire au maître d'œuvre titulaire du marché initial pour réaliser la prestation nécessaire à l'opération qui ne pouvait pas être prévue au départ.

La fiche Médiations 12-1 explicite le déroulement de la procédure négociée spécifique.

2.2 Le jury dans la procédure d'appel d'offres

Le nouveau texte conserve le jury auprès du maître d'ouvrage pour la procédure d'appel d'offres lorsqu'elle peut encore être mise en œuvre pour l'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre. Il vient utilement préciser son rôle en indiquant que le jury, composé notamment d'un tiers de maîtres d'œuvre, émet un avis motivé sur les candidatures et sur les offres. Comme dans les autres procédures d'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre, le jury donne un avis motivé qui éclaire le maître d'ouvrage qui prend la décision. En outre, le texte précise désormais que l'ensemble des membres qui le compose a voix délibérative.

2.3 L'introduction de la procédure de dialogue compétitif pour la maîtrise d'œuvre

2.3.1 Pour les projets urbains

La définition du projet urbain et de la maîtrise d'œuvre urbaine

L'article 74 du code dédié à la passation des marchés de maîtrise d'œuvre est applicable pour la réalisation d'ouvrage ou encore de projet urbain ou paysager.

La notion d'ouvrage est clairement définie dans l'article 1^{er} du dit code. Elle couvre notamment les opérations de bâtiment ou d'infrastructure relevant du champ de la loi MOP du 12 juillet 1985.

En revanche, la notion de projet urbain n'est pas explicitée dans le texte en cause ; chacun sait que celle-ci fait l'objet d'acceptions différentes. La MIQCP, dans son guide "Les contrats de maîtrise d'œuvre urbaine", l'explique et rappelle qu'Alain Bourdin note que la notion est devenue une "expression valise". Sans souligner les divers sens donnés à l'expression, il convient de préciser que dans le cadre de l'article 74 du code, la notion s'identifie à celle d'opération urbaine décidée et réalisée par une maîtrise d'œuvre (voire plusieurs) qui peut être qualifiée de maîtrise d'œuvre urbaine. Le projet urbain est, en conséquence, circonscrit dans le temps et dans l'espace.

Au sens de l'article 74, le projet urbain du maître d'ouvrage se concrétise par une action sur l'espace qui donne lieu à conception au sens de la loi MOP et donc, à maîtrise d'œuvre urbaine. Ainsi, toute commande de maîtrise d'œuvre participant à la conception du projet urbain relève des dispositions de l'article 74 qui mentionne que "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 du 12 juillet 1985 susmentionnée et par le décret du 29 novembre 1993 susmentionné".

Il faut souligner qu'une fois élaboré, le projet urbain visé par l'article 74 du code se décline en opérations de construction contribuant à la réalisation de bâtiments, d'ouvrages d'infrastructure et notamment, d'espaces publics structurant et concrétisant le projet urbain. Ces opérations entreront le plus souvent dans le champ d'application de la loi MOP.

Les grandes caractéristiques des projets urbains

La spécificité du projet urbain peut être résumée de la manière suivante :

- le projet urbain participe à l'aménagement du territoire, à la fabrication de la ville ;
- généralement, plusieurs collectivités publiques sont parties prenantes dans la réalisation du projet urbain qui impliquera de multiples acteurs ;

- l'opération urbaine s'inscrit dans une démarche partenariale de longue durée et doit laisser place à la concertation, à la démarche participative, même si l'ensemble des futurs et divers utilisateurs ou usagers n'est pas toujours facile à identifier ;
- l'itération définition du programme et conception du projet est très forte ;
- le projet s'élabore en continu tout au long du processus de fabrication de la partie de la ville ou du territoire concerné et prendra le plus grand compte des données foncières.

Ce bref rappel des principales caractéristiques de l'élaboration du projet urbain conduit à affirmer que la nécessaire démarche partenariale et de maturation du projet pour fabriquer la ville est complexe et présente des enjeux fondamentaux de développement durable.

Les préalables à la commande de maîtrise d'œuvre urbaine

- L'identification de la maîtrise d'ouvrage urbaine

Le projet urbain implique généralement un ensemble de collectivités publiques, voire privées, qui vont s'organiser pour définir et mener à bien le projet qu'ils vont partager. Il reviendra à la collectivité qui initie la démarche de faire clarifier les composantes de la maîtrise d'ouvrage urbaine. Cette dernière a la responsabilité de définir et de conduire le projet et pour se faire, elle va notamment signer et gérer le marché ou l'accord-cadre de maîtrise d'œuvre urbaine. Dans le cadre du code, le maître d'ouvrage urbain sera le plus souvent la collectivité publique qui est à l'origine de la démarche et qui, en tous cas, passera la commande de maîtrise d'œuvre urbaine, après avoir arrêté avec ses partenaires le programme évoqué ci-après. Il convient de rappeler que, dans ce domaine, la maîtrise d'ouvrage peut aussi être assurée par un groupement de commandes tel que prévu par les dispositions de l'article 8 du code. Quoiqu'il en soit, dans le processus de réalisation du projet urbain où les collectivités concernées sont multiples, la maîtrise d'ouvrage doit être clairement identifiée, organisée et durable. "Elle doit assumer ses responsabilités politiques et sociales dans le projet urbain *via* la démarche et les apports de la programmation urbaine", selon François Meunier, cycle de formation les Matinales Aptitudes Urbaines.

- L'engagement d'une démarche de programmation urbaine

Même si la définition du projet urbain va se poursuivre, évoluer, s'affiner chemin faisant, il convient de souligner l'importance de la démarche de programmation que doit conduire la maîtrise d'ouvrage urbaine dès le début du processus de réflexion sur le projet. Généralement, ce dernier s'inscrit dans le cadre d'une planification d'ores et déjà

existante qui traduit une politique de développement urbain qui repose sur un diagnostic global. Mais, il faut noter que ce préalable ne remet pas en cause la nécessaire démarche de programmation urbaine orientée sur le territoire, objet de l'opération urbaine, qui va conduire à un questionnement en termes d'opportunité, de faisabilité, d'ambitions, de définition pour appréhender dans toutes ses dimensions le projet envisagé. Faut-il de surcroît rappeler que l'article 5 du code exige une définition du besoin, y compris aujourd'hui dans son aspect "développement durable", avant de passer commande. Pour le projet urbain, cette obligation de bon sens se traduira, à l'image de ce que prévoit la loi MOP pour les opérations de construction, par la mise en place d'une démarche de programmation permettant de circonscrire et de définir le projet à partir de données, d'études, de réflexions... Le programme, y compris dans sa dimension financière, fruit d'un partenariat et d'une concertation organisés et aboutis, sera le fondement du projet urbain ; il est indispensable pour sa conception. A ce stade, le programme n'est pas totalement figé, il continuera d'évoluer pendant le dialogue compétitif et la conception du projet urbain. Pour ce faire, ce programme sera essentiellement formulé en termes de performances, d'objectifs et d'enjeux à satisfaire.

- Le recours à l'assistance à maîtrise d'ouvrage urbaine (AMO)

Dans le cadre de la réalisation du projet urbain, complexe par nature du fait de ses caractéristiques, plus que jamais la compétence de la maîtrise d'ouvrage est déterminante. Par définition, le projet urbain comporte des enjeux fondamentaux pour les collectivités et les citoyens. La maîtrise d'ouvrage doit être professionnelle et, pour se faire, sera accompagnée des professionnels de l'urbain pour l'aider à assumer ses responsabilités de maître d'ouvrage, dès lors qu'elle fait choix de garder cette fonction, hypothèse retenue dans le présent document. Programmation, mais aussi conduite, pilotage, gestion de l'opération urbaine constituent le cœur du métier de la maîtrise d'ouvrage urbaine et cette dernière doit, dans la durée, être en capacité de définir, décider, anticiper, organiser, animer, arbitrer... Pour mener à bien sa mission, le maître d'ouvrage constituera une équipe dédiée au projet. Le recours, au terme de marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage, à des équipes de programmation et de conduite de projet seront pertinentes. La commande d'assistance à maîtrise d'ouvrage urbaine telle que la programmation urbaine, la conduite de projet mais aussi la commande d'études de définition "amont" autres que de maîtrise d'œuvre, se fera selon les procédures générales applicables aux prestations de services. En effet, le maître d'ouvrage dispose toujours de la possibilité, avant même de définir son projet, de lancer une réflexion sur les possibilités d'avenir d'un territoire par le biais d'un ou

plusieurs marchés ou accord-cadres qui lui permettront d'arrêter des orientations dans sa démarche de programmation.

La commande de maîtrise d'œuvre urbaine

- La disparition de la procédure des marchés de définitions simultanés

La procédure de commande de maîtrise d'œuvre urbaine la mieux à même, juridiquement, de servir les objectifs de la maîtrise d'ouvrage et du projet urbain, était hier la procédure des marchés de définition. Cette procédure consistait dans un premier temps à confier, après mise en concurrence, trois marchés de définition à trois équipes de maîtrise d'œuvre pour réfléchir à une solution pour mener à bien les objectifs de la maîtrise d'ouvrage et, ensuite, à conclure avec l'auteur de la meilleure proposition un marché de maîtrise d'œuvre urbaine pour élaborer le projet urbain proposé et retenu. La Cour de justice de l'Union européenne, par décision du 10 décembre 2009, a sanctionné cette procédure aux motifs qu'elle n'était pas prévue par les directives "marchés publics" du 31 mars 2004 et qu'elle était contraire aux principes du droit européen en la matière. Pour donner suite à l'arrêt de la Cour, l'article 73 et le IV de l'article 74 qui prévoyaient le dispositif des marchés de définition, ont été supprimés par le décret du 26 avril 2010.

Cette suppression a été considérée comme préjudiciable par de nombreux maîtres d'ouvrage qui avaient des projets en cours ou qui souhaitaient réaliser prochainement des projets urbains au moyen de cette procédure jugée pertinente pour ce type d'opération.

- La possibilité de recourir au dialogue compétitif

Interrogée par de nombreux maîtres d'ouvrage sur les procédures de commande de maîtrise d'œuvre, voire d'études autres que de maîtrise d'œuvre, les mieux à même de répondre à leurs besoins pour réaliser leur projet urbain, en l'absence de la procédure sus-évoquée, la MIQCP a proposé, dans la logique de la démarche des marchés de définition, de pouvoir recourir à la procédure du dialogue compétitif pour la passation du marché de maîtrise d'œuvre urbaine, celle-ci pouvant déboucher sur un accord-cadre monoattributaire. Cette procédure devrait permettre de mener à bien le projet urbain dans le cadre d'une commande laissant place au dialogue, à la souplesse et à la continuité indispensables pour retenir le meilleur projet et l'optimiser.

La procédure du dialogue compétitif introduite dans les directives du 31 mars 2004 a été transposée dans le code des marchés publics et le décret 2005-1742 du 30 décembre 2005 pris en application de l'ordonnance du 6 juillet 2005. Pour autant, elle n'avait pas été retenue parmi les procédures de passation des marchés de maîtrise d'œuvre dans le code

du fait même de la possibilité de recourir à la procédure des marchés de définition prévue par le IV de l'article 74 qui la rendait inutile. Désormais, le nouvel article 74 mentionne que le maître d'ouvrage peut utiliser cette procédure pour la réalisation de projets urbains ou paysagers, ou encore pour une opération de réhabilitation d'ouvrage. Celle-ci n'est donc pas autorisée pour les opérations de construction de bâtiments neufs qui relèvent obligatoirement d'un concours. Le recours au dialogue compétitif n'est, dans tous les cas, possible que si les conditions attachées à son utilisation telles qu'explicitées dans l'article 36 du code sont satisfaites. Il doit s'agir de commandes complexes, parce que le maître d'ouvrage n'est pas objectivement en mesure :

"de définir seul et à l'avance les moyens techniques pour répondre aux besoins"

ou

"d'établir le montage juridique ou financier d'un projet".

S'agissant de projets urbains, le maître d'ouvrage pourra justifier de la complexité en s'appuyant sur l'une ou l'autre, voire les deux conditions prévues par le texte en expliquant les caractéristiques et les difficultés de l'opération urbaine.

- Le déroulement de la procédure du dialogue compétitif

La procédure du dialogue compétitif est une procédure mixte, en ce sens qu'elle empreinte à la procédure négociée pendant la phase de dialogue et à la procédure de l'appel d'offres pour la phase finale de remise d'offres. Elle est déclinée de manière générale dans l'article 67 du code des marchés publics.

Dans un souci d'efficacité, le maître d'ouvrage retiendra toujours une procédure restreinte qui comporte donc une étape de sélection des candidats. En maîtrise d'œuvre urbaine, celle-ci se fera dans les mêmes conditions que pour la procédure négociée spécifique ou celle du concours, c'est-à-dire sur compétences, références et moyens. Les candidats retenus seront pratiquement toujours des équipes pluridisciplinaires capables d'embrasser l'ensemble des dimensions du projet envisagé. Le maître d'ouvrage doit sélectionner au moins trois candidats à admettre au dialogue. Communication sera faite aux candidats sélectionnés du programme qui, par essence, n'est pas abouti (de l'ordre du pré-programme), du projet de cahier des charges et du règlement de la consultation.

A l'image de ce que préconise la MIQCP pour la procédure du concours, l'efficacité conduira le maître d'ouvrage urbain à organiser avec les intéressés une réunion, de préférence sur le territoire objet du projet urbain. Bien entendu, celle-ci sera prévue dans le règlement de la consultation et programmée de sorte que les candidats aient eu le temps de prendre connaissance du dossier qui leur aura été fourni. Elle précèdera la phase de dialogue avec chacun des candidats sélectionnés. Cette séance commune sera l'occasion, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, de présenter les attentes et objectifs du maître d'ouvrage et, en

tant que de besoin, de les clarifier et les préciser à travers les questions posées par les candidats et les réponses qui y seront apportées par le maître d'ouvrage. Cet échange préalable au dialogue permettra d'obtenir, dès le début du dialogue, des propositions appropriées. Il fera l'objet d'un compte rendu diffusé simultanément aux candidats retenus qui retracera les questions posées et les réponses fournies.

C'est seulement après cette diffusion que pourra s'engager le dialogue mené par le maître d'ouvrage séparément avec chacun des candidats sélectionnés, toujours dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats et selon des modalités prédéfinies dans le règlement de la consultation. Ce dernier mentionnera les étapes, les modalités du dialogue et définira les prestations qui seront demandées à chacun. Le dialogue comportera au moins deux entretiens avec chacune des équipes retenues.

Le premier entretien permettra de s'assurer de la bonne compréhension des enjeux du projet par chacun des candidats participant au dialogue et de tester les premières idées apportées sur les moyens et solutions proposés en réponse au programme sur la base des études demandées et remises avant cette rencontre. Ainsi, par exemple, une étude analysant le programme (points forts, points faibles), prenant parti sur les enjeux du projet, explorant les champs pertinents et suggérant les orientations qui pourraient être retenues, sera demandée pour servir de support au débat entre la maîtrise d'ouvrage et chacun des candidats. La seconde entrevue comportera la présentation par le candidat des études proposant l'intention urbaine qui pourrait être retenue et la discussion sur cette proposition, ses évolutions ou ajustements. A titre d'exemple, un schéma d'orientations, des croquis exprimant les choix stratégiques accompagnés d'un texte expliquant la solution proposée et les moyens qu'elle implique peuvent utilement éclairer le débat sur le bien fondé de la proposition. Une troisième rencontre de même nature peut être envisagée pour des projets d'envergure et particulièrement complexes.

Il convient de rappeler que le maître d'ouvrage a la possibilité de procéder par phase, lui permettant d'éliminer des solutions en cours de dialogue dès lors qu'il l'indique dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation. Enfin, il faut aussi noter que dans le cadre du dialogue mené individuellement avec chacun, le maître d'ouvrage peut demander à chacun des candidats s'il l'autorise à diffuser des éléments apportés dans le dialogue à l'ensemble des candidats. Dans tous les cas, cette communication ne doit pas conduire à rompre l'égalité de traitement des candidats et ne saurait s'exercer en violation du droit de la propriété intellectuelle. En toute hypothèse, le dialogue qui est un moment clé du débat sur le projet urbain, peut porter sur tous les aspects du marché. Les prestations auront

globalement pour objet de proposer à la maîtrise d'ouvrage les moyens et la solution qu'ils jugeront les plus pertinents pour affiner et répondre aux objectifs fixés. Chacune des propositions sera discutée et pourra être améliorée sans pour autant remettre en cause les règles du jeu fixées dans le règlement de la consultation. Les études demandées et remises dans le cadre du dialogue contribueront si nécessaire à compléter l'état de la connaissance des enjeux et des données du programme et à étudier les moyens et scénarios pertinents permettant de répondre aux enjeux. L'étape du dialogue est un temps d'échanges constructifs entre la maîtrise d'ouvrage et chacun des candidats conduisant à un processus itératif permettant d'avancer, d'enrichir et d'optimiser la commande au profit du projet urbain. Pendant le dialogue, la concertation citoyenne, indispensable et qui doit avoir toute sa place dans la démarche de programmation amont, ne pourra porter sur le travail fourni dans le cadre de ce dialogue compétitif intégré dans la mise en concurrence. Lorsque le maître d'ouvrage estime que le dialogue a porté ses fruits, il le déclare clos et en informe les candidats qui y ont participé.

Le maître d'ouvrage demande ensuite une offre finale complète établie sur la base du cahier des charges initial. Cette offre de chacun comportera une proposition de solution résultant des travaux qu'il a menés durant la phase de dialogue et intégrant bien entendu les évolutions du programme attachées à la solution qu'il propose. Cette offre ne peut être négociée et le maître d'ouvrage choisit l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères qu'il a retenus et pondérés. L'offre sera composée, par exemple, d'une intention urbaine qui décline les principes d'aménagement du territoire concerné par l'opération urbaine sans pour autant constituer le début de la conception du projet qui sera réalisé par l'attributaire de l'accord-cadre. Une note sur la méthodologie pour effectuer la mission et un montant d'honoraires compléteront celle-ci. Son contenu dépendra des critères de jugement retenus. Sur ce point, la MIQCP recommande, pour faire un choix averti devant conduire au meilleur projet, de retenir le critère de la qualité des études fournies et celui de la méthodologie/organisation pour effectuer la mission qui sera confiée. En cas de pluralité de critères, ce qui s'impose dans l'hypothèse d'une telle commande, compte tenu de sa complexité, si le critère prix est retenu, et ce n'est pas une obligation, il devrait être le dernier des critères, assorti d'une faible pondération. Il s'agit de choisir les meilleures propositions pour mener à bien le projet du maître d'ouvrage et non de choisir en tous cas le prestataire le moins cher.

Le nouvel article 74 du code précise que les études fournies dans le cadre du dialogue sont rémunérées en la forme d'une prime versée aux participants au dialogue correspondant à au moins 80% du coût des études demandées et définies dans

le règlement de la consultation. La prime est prévue dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation, ce dernier mentionnant également les modalités de sa réduction ou de sa suppression. Lorsque le jury intervient dans la procédure, s'il estime que les prestations remises sont incomplètes ou non conformes au règlement de la consultation, il se prononce sur l'application de la réduction de la prime ou sa suppression.

Enfin, s'agissant de commande de maîtrise d'œuvre pour un projet urbain, par nature complexe, la MIQCP estime souhaitable de faire appel au jury même si le texte n'y oblige pas. Le jury comportant un tiers de professionnels sera précieux pour guider le choix des candidats à sélectionner pour le dialogue et pour analyser les offres finales qui comportent des études porteuses du projet urbain à réaliser. Le jury, composé conformément au I de l'article 24 du code, dresse un procès verbal de son examen des candidatures dans lequel il donne un avis motivé sur chacune d'elles. Au vu de celui-ci, le maître d'ouvrage arrête la liste des candidats sélectionnés. Le jury n'intervient pas pendant la phase de dialogue. Il examine, évalue et classe les offres finales remises par les candidats après clôture du dialogue. L'avis motivé du jury sur les offres fait l'objet d'un procès verbal remis au maître d'ouvrage qui décide de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre au vu de cet avis. Dans le cadre de son examen, le jury peut inviter les candidats à apporter précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur leur offre finale.

- Le contenu de la mission confiée au titre de l'accord-cadre monoattributaire

La procédure de dialogue compétitif débouchera sur l'attribution d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre monoattributaire qui permettra, pendant la durée de l'opération urbaine, de passer à l'équipe titulaire de l'accord-cadre, en tant que de besoin et le moment venu, des commandes successives relevant de l'objet de l'accord-cadre. L'équipe de maîtrise d'œuvre urbaine titulaire de l'accord-cadre se verra confier le marché subséquent principal qui comportera la conception spatiale du parti d'ensemble du projet, c'est-à-dire la conception d'un plan masse du parti d'aménagement avec ses variantes et ses phasages, et un plan guide qui approfondit les prescriptions et les recommandations à émettre en matière d'architecture et de paysage pour concrétiser le projet urbain. Elle pourra aussi, ultérieurement au terme d'un autre marché subséquent et à partir d'un complément de cahier des charges prenant en compte les évolutions, réaliser la maîtrise d'œuvre (conception et suivi de réalisation) des espaces publics structurant le projet urbain. Il est enfin opportun que le titulaire de l'accord-cadre assure une mission de coordination portant sur l'ensemble des opérations (bâtiment, infrastructure, espaces verts ...) déclinant le projet

spatial afin de veiller au respect de la cohérence de toutes les composantes du projet urbain et, au fil du temps, éviter sa dénaturation tout en facilitant les adaptations en continu qui se sont révélées nécessaires chemin faisant. Un des marchés subséquents aura par conséquent pour objet l'adaptation de la conception du projet urbain et la veille sur le maintien de sa cohérence dans l'étape de réalisation des espaces et constructions qui le concrétisent. L'accord-cadre pourra comporter des missions connexes à la maîtrise d'œuvre telles que l'assistance pour présenter le projet aux instances concernées par l'opération, ou encore des propositions d'adaptation du règlement du plan local d'urbanisme résultant du projet retenu. Ces missions connexes seront liées à l'objet de l'accord-cadre. Ces dernières pourraient aussi être attribuées à l'assistant à maîtrise d'ouvrage.

La maîtrise d'œuvre des opérations qui déclinent le projet urbain, qu'il s'agisse d'espaces publics ou de bâtiment, donnera lieu à l'application de la loi MOP si le maître d'ouvrage y est assujéti. Ainsi, la construction d'un équipement public ou sa réhabilitation/réutilisation contribuant au projet urbain sera confiée, le moment venu, après mise en concurrence, comme pour toute opération de construction, à une autre équipe de maîtrise d'œuvre au terme d'un marché comportant la mission de base.

- ➔ Voir en annexe le schéma du déroulement du dialogue compétitif pour un projet urbain

2.3.2 Le recours au dialogue compétitif pour la réhabilitation d'ouvrage

La procédure du dialogue compétitif peut aussi être utilisée pour la réhabilitation d'ouvrage quelle qu'en soit la nature s'il s'agit d'opérations complexes, par exemple opération en site occupé ou sous circulation. Dans cette hypothèse, le maître d'ouvrage prendra soin, dans le cadre de l'élaboration du programme de consultation, de faire réaliser les études permettant de connaître l'état de l'ouvrage dans lequel l'opération doit intervenir. Les prestations à remettre au cours du dialogue doivent permettre d'étudier les moyens et les solutions optimales pour répondre et compléter le programme de consultation. Au titre des prestations à fournir seront prévues l'étude des scénarios possibles et une proposition du scénario susceptible de satisfaire au mieux les objectifs, contribuant ainsi à l'évolution et à l'affinement du programme.

2.4 Les autres procédures de commande de maîtrise d'œuvre urbaine

2.4.1 Le concours

Pour les projets urbains relativement simples, la procédure du concours pourra être mise en œuvre dès lors que le programme est suffisamment abouti. Il est toutefois rappelé que le concours au-dessus des seuils européens ne permet pas au jury de discuter du projet avec son auteur et que le maître d'ouvrage est tenu par le projet choisi. En urbain, le niveau du rendu de concours doit laisser place à une adaptation du projet dans le temps.

Le concours n'est jamais obligatoire pour l'attribution du marché ou de l'accord-cadre de maîtrise d'œuvre urbaine car l'opération est assimilable à une opération d'infrastructure.

2.4.2 La procédure négociée spécifique débouchant sur un accord-cadre multiattributaire

Le maître d'ouvrage urbain peut aussi utilement recourir à la procédure négociée spécifique qui pourra déboucher sur un accord cadre multiattributaire en s'appuyant sur l'article 35 du code dans les conditions évoquées au point 2-1. Dans cette hypothèse, la sélection des candidats permettra d'en retenir au moins six dès lors qu'il sera obligatoire d'attribuer l'accord-cadre à au moins trois d'entre-eux. Le maître d'ouvrage urbain peut prévoir que le premier marché subséquent qui aura pour objet d'étudier la solution la plus pertinente pour répondre aux enjeux du projet urbain, sera confié aux trois titulaires de l'accord-cadre sans mise en concurrence, l'objet de cette dernière ayant disparu du fait que ce premier marché subséquent à bons de commande sera confié à tous les titulaires de l'accord-cadre. Lors de l'exécution de ce marché, le maître d'ouvrage pourra dialoguer autant qu'il le souhaite avec chacun de ses trois prestataires titulaires d'un bon de commande et mener la concertation qu'il veut sur les prestations exécutées au titre du marché. Le second marché subséquent comportera la réalisation de la conception du projet urbain, voire celle d'espaces publics le structurant. Il sera attribué, après mise en concurrence entre les trois titulaires de l'accord-cadre, à celui qui remettra la meilleure proposition au vu des critères d'attribution définis dans l'accord-cadre.

La mise en concurrence du second marché se fera sur la base d'un cahier des charges complémentaire prenant en compte les résultats de l'exécution du premier marché. Les offres remises par les trois titulaires de l'accord-cadre émaneront des propositions faites au titre du premier marché. Il est souhaitable que ce second marché comporte en outre la mission complémentaire de coordination, de suivi de cohérence et d'adaptation du projet urbain lors de la réalisation des constructions déclinant le projet. En effet,

tout marché subséquent ultérieur sera attribué après mise en concurrence de l'ensemble des titulaires de l'accord-cadre. Or, il revient à priori à l'auteur du projet urbain d'assurer la cohérence d'ensemble.

Par ailleurs, l'accord-cadre multiattributaire peut être opérant pour mener des réflexions et études autres que de maîtrise d'œuvre, sur le devenir d'un territoire par exemple. Pour son attribution, ce sont les règles générales applicables à la commande de services qui s'appliquent.

2.5 L'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre

La suppression de l'obligation d'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre par l'assemblée délibérante pour les collectivités territoriales n'est maintenue dans le code que pour la procédure du concours. En conséquence, pour les autres procédures, ce sont les règles générales qui s'appliquent. Il en résulte qu'en procédure négociée spécifique, en appel d'offres ou en dialogue compétitif, ce sera la commission d'appel d'offres qui choisit l'offre économiquement la plus avantageuse.

En procédure adaptée, le silence du code des marchés publics nous renvoie au code général des collectivités territoriales qui s'applique alors.

Les procédures formalisées pour l'attribution de mission de maîtrise d'œuvre urbaine

Complexité du projet	Type de programme	Procédure	Type de contrat	Observations
Projet urbain relativement simple	Programme suffisamment abouti	Concours de maîtrise d'œuvre	Accord-cadre monoattributaire ou marché	<ol style="list-style-type: none"> 1. Le maître d'ouvrage est tenu par le projet choisi. 2. La règle de l'examen des projets par le jury dans l'anonymat s'impose.
Projet urbain complexe	Programme fonctionnel	1 ^{ère} option : dialogue compétitif de maîtrise d'œuvre	Accord-cadre monoattributaire débouchant sur plusieurs marchés subséquents attribués au titulaire de l'accord-cadre	<ol style="list-style-type: none"> 1. La phase du dialogue avec chacun des candidats sélectionnés est, par principe, étanche. 2. La concertation dans la phase du dialogue est limitée. 3. La cohérence de la mise en œuvre du projet peut être confiée à l'équipe titulaire de l'accord-cadre. 4. Pas de limitation du nombre de marchés subséquents tant qu'ils restent dans l'objet de l'accord-cadre.
		2 ^e option : procédure négociée spécifique	Accord-cadre multiattributaire débouchant sur un premier marché subséquent à bons de commande puis, après mise en concurrence, un second marché subséquent pour réaliser la conception urbaine.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Le premier marché subséquent à bons de commande confié aux titulaires de l'accord-cadre donne de la souplesse, en particulier pour faire de la concertation et dialoguer en continu. 2. L'attribution des autres marchés subséquents doit faire l'objet d'une mise en concurrence entre les trois titulaires de l'accord-cadre et conduit donc en pratique à en limiter le nombre.

II Les contrats globaux avec engagement sur performance

1. La nouvelle possibilité de recours au processus de conception-réalisation dans le cadre de la loi MOP

L'article 74 de la loi "Grenelle II" du 12 juillet 2010 a modifié l'article 18-I de la loi MOP du 12 juillet 1985 pour autoriser le recours au marché de conception-réalisation lorsque des motifs d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. L'article 37 du code des marchés publics introduisant cette nouvelle possibilité de recours à la conception-réalisation pour les opérations de travaux sur existants pour lesquelles est exigé un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études, permet au maître d'ouvrage de passer un marché global de conception-réalisation comportant le dit engagement qui est un engagement sur un résultat mesurable. Les opérations de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure relevant de la loi MOP pour lesquelles sera demandé cet engagement pourront donc être réalisées au terme d'un seul contrat comportant la conception et les travaux, voire l'exploitation ou la maintenance dans les conditions fixées par le nouvel article 73 évoqué ci-après.

2. Les deux nouveaux marchés publics globaux : les contrats REM et CREM

Pour donner suite aux lois Grenelle I et II, en dérogation au principe de l'allotissement prévu par l'article 10 du code, le nouvel article 73 dudit code autorise des marchés globaux avec engagement sur performance mesurable. Cet article prévoit deux types de marchés globaux avec engagement sur performance.

- D'une manière générale, l'acheteur public peut confier à un prestataire un marché global associant la réalisation et l'exploitation/maintenance (REM) dès lors qu'il comporte un engagement sur performance mesurable, c'est-à-dire vérifiable pendant l'exécution ou au terme du marché. La performance peut être de différente nature pourvu qu'elle puisse répondre à cette exigence du texte. De surcroît, le recours à ce marché global nécessite que la rémunération soit liée à l'atteinte des performances prévues. Ce type de marché pourra concerner des travaux et le lecteur pourra alors utilement se référer à la fiche Médiations 20 même si

celle-ci est antérieure à l'article 73 du code.

- Le texte permet également la conclusion d'un marché global comportant la conception, la réalisation et l'exploitation/maintenance (CREM) dès lors que l'engagement sus-évoqué est prévu dans le contrat. Dans l'hypothèse d'opération de travaux, il y a lieu de rappeler que si celle-ci relève de la loi MOP, ce qui sera très souvent le cas ; les conditions de recours au marché de conception-réalisation sont limitées et, ainsi que l'indique l'article 73, elles devront être satisfaites pour passer ces marchés globaux. Ainsi, sauf exception, le contrat global CREM n'est possible que si des motifs d'ordre technique ou, dans une opération de réhabilitation ou de réutilisation de bâtiments existants, des motifs d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Au-dessus du seuil européen, ces marchés de travaux entrant dans le champ de la loi MOP sont passés selon la procédure d'appel d'offres restreint particulière définie dans l'article 69 du code qui prévoit l'intervention d'un jury et la remise d'une offre qui comporte un début de projet qui donne lieu à indemnisation à hauteur d'au moins 80% du coût des prestations demandées. La procédure du dialogue compétitif pourra aussi être utilisée si l'opération de réhabilitation de bâtiment est complexe. Lorsque ces marchés "MOP" sont passés en procédure adaptée, la mise en concurrence comportera une remise de prestations nécessaire pour ne pas conclure le marché de travaux sur la seule base du programme ; elle sera également indemnisée à hauteur de 80% du coût des prestations demandées.

III Les variantes

L'article 50 du code consacré aux variantes vient d'être modifié, en ce sens qu'il ne prévoit plus la mention qui obligeait les candidats à répondre à la solution de base à côté de la variante qu'ils proposaient. Si la possibilité de remettre seulement une offre variante est concevable pour des fournitures ou services courants, dans le domaine des travaux, compte tenu de la nature de la commande, il est recommandé au maître d'ouvrage de demander dans le règlement de la consultation une offre de base à côté de l'éventuelle variante. Dans tous les cas, il est rappelé qu'en procédure formalisée, si plusieurs critères de jugement des offres sont retenus, le maître d'ouvrage peut autoriser les variantes et que le défaut d'autorisation les interdit. En revanche, en procédure adaptée, les variantes sont de droit sauf interdiction expresse du maître d'ouvrage. Quelle que soit la procédure mise en œuvre, procédure formalisée ou procédure adaptée, la question des variantes doit être étudiée avec le maître d'œuvre dans le cadre de l'établissement du dossier de consultation des entreprises. C'est le maître d'œuvre qui proposera les exigences minimales auxquelles doivent répondre les éventuelles variantes, étant entendu que celles-ci ne doivent pas dénaturer le projet de la maîtrise d'œuvre.

IV Les nouvelles règles applicables aux offices publics de l'habitat

L'article 132 de la loi 2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 soumet, pour la passation de leurs marchés, les offices publics de l'habitat aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005. Ces organismes relevant auparavant du code des marchés publics sont désormais soumis au décret du 30 décembre 2005 pris en application de la dite ordonnance. L'objectif est de simplifier les procédures pour ces maîtres d'ouvrage et de leur appliquer les règles qui s'appliquent aux autres organismes de l'habitat.

En attendant que le dispositif soit complété par un décret s'insérant dans le code de la construction et de l'habitat, on relèvera les principales conséquences de cette modification pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre.

En dessous des seuils européens, les organismes définissent librement leur publicité et les modalités de mise en concurrence dans le respect des principes de la commande publique.

En procédure formalisée, le concours est dans tous les cas facultatif. La MIQCP rappelle que le concours a fait ses preuves dans le domaine du logement social et a été porteur de qualité au bénéfice de nos concitoyens. Pour les opérations soumises à la loi MOP, la procédure du concours de maîtrise d'œuvre est décrite dans les articles 41 et 41-2 du décret du 30 décembre 2005. Le jury et l'indemnisation des prestations à hauteur de 80% de leur coût demeurent.

Le maître d'ouvrage qui confiera la mission de base prévue par la loi MOP pourra avec pertinence utiliser la procédure négociée en vertu du 1-2° de l'article 33 du décret du 30 décembre 2005 en faisant valoir que le programme se précisera après l'attribution du marché. La procédure est définie aux articles 34 à 37 du décret qui ne prévoit pas de disposition particulière pour la maîtrise d'œuvre.

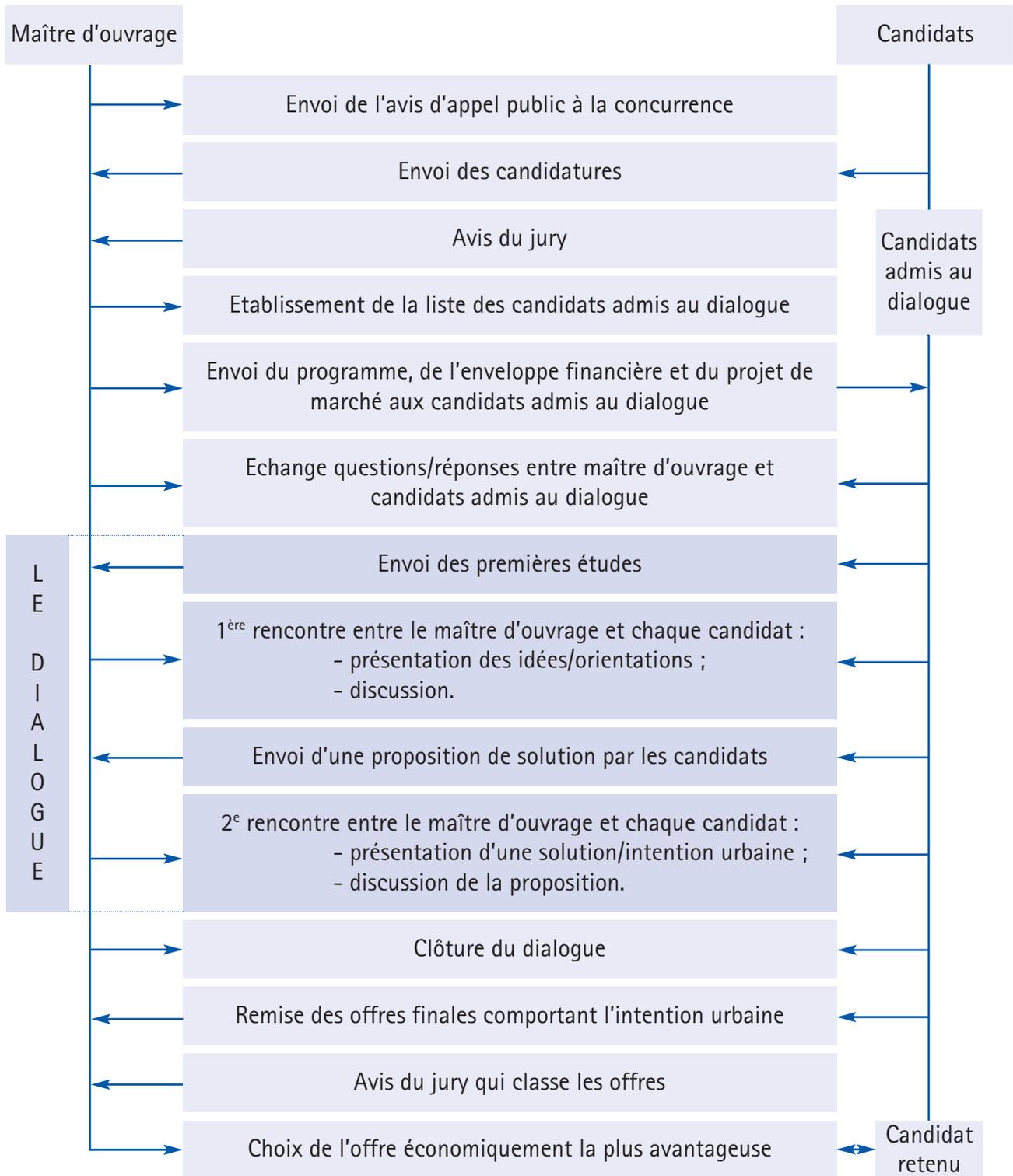
Enfin, rappelons qu'en cas d'opération complexe, le maître d'ouvrage pourrait recourir à la procédure du dialogue compétitif.

Bien que souvent inappropriée, la procédure d'appel d'offres est possible. En cas de recours à cette procédure, le maître d'ouvrage utilisera l'appel d'offres restreint, plus pertinent en maîtrise d'œuvre compte tenu du marché de l'offre et du fait qu'il s'agit, avant tout, de choisir une équipe compétente.

■ V Divers

Le lecteur notera enfin qu'un nouvel arrêté du ministère des finances de l'économie et de l'industrie du 27 août 2011 a été pris en application des articles 40 et 150 du code relatifs à la publicité. Il se substitue au précédent arrêté du 28 août 2006. Il précise les règles de publicité en indiquant que le modèle national d'avis qu'il diffuse s'applique aux commandes comprises entre 90 000 euros et les seuils européens. Il n'est donc pas obligatoire en deçà de 90 000 euros HT. Il rappelle l'obligation d'utiliser au-dessus des seuils européens les modèles européens désormais issus du règlement de la commission 842/2011 du 19 août 2011. Faut-il rappeler qu'un modèle spécifique est dédié à la procédure du concours. Enfin, il indique que les avis complémentaires peuvent être plus succincts que l'avis principal pourvu qu'ils fassent expressément référence à ce dernier.

Annexe : le déroulement du dialogue compétitif pour un projet urbain (avec jury, tel que recommandé par la MIQCP)





*mission
interministérielle
pour la qualité
des constructions
publiques*

Grande Arche - Paroi Nord
92055 La Défense Cedex
Téléphone : 01 40 81 23 30
Télécopie : 01 40 81 23 78
www.miqcp.gouv.fr

