Les marchés publics adaptés à l'aménagement ?

Le marché de «conception-réalisation» est-il adapté pour la conception et la réalisation d'un projet d'aménagement ?

1. PROBLEMATIQUE

En dehors du modèle concessif pour la réalisation des opérations d'aménagement, le marché de conception-réalisation, y compris le marché associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance, par son objet élargi, peut-il être un outil adapté aux opérations d'aménagement ?

Les éléments qui suivent devraient permettre de considérer que le marché de conception-réalisation tel que défini par le Code des Marchés publics (art. 1er. III et art. 37), ou l'Ordonnance du 23 juillet 2015 qui s'y substituera à partir du 1 avril 2016, n'a pas été conçu pour la réalisation d'une opération d'aménagement, et n'apparaît par ailleurs pas adapté pour cette réalisation.

L'intérêt d'étendre l'article 22 de la loi du 3 juin 2010 relative au Grand Paris créant un contrat a priori de type « conception-réalisation » pour la mise en œuvre d'un projet d'aménagement sera également étudié en tant qu'une évolution possible de ce type de contrat. Mais un certain nombre d'incertitudes entourent ce contrat, ce qui ne devrait pas en faire, à ce jour, une alternative satisfaisante à la concession d'aménagement soumise au droit des marchés.

2. PRATIQUE ACTUELLE

2.1 Le marché de conception-réalisation

❖ Un marché de conception réalisation **est un marché de travaux** qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, **une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux** (art. 37 CMP/art. 33 Ord.).

Ce type de marché permet ainsi au pouvoir adjudicateur d'associer la maîtrise d'œuvre aux entreprises dans un même contrat en vue de la conception et de la réalisation des ouvrages moyennant le versement d'un prix défini dans le marché.

❖ **Transfert de MO ? :**

Ce type de marché **ne transfère pas la maîtrise d'ouvrage** au groupement MOE/entreprises titulaire du marché.

La maîtrise d'ouvrage est assurée par la personne publique.

❖ **Financement et règlement du prix :**

En application de l'article 1er de la loi MOP, **le maître d'ouvrage doit assurer le financement de l'opération**. Il ne peut donc transférer la charge du financement sur le titulaire du marché. Le titulaire du marché est payé par le maître d'ouvrage du prix convenu au marché avec interdiction de toute clause de paiement différé[1] (art. 96 CMP/ art. 60 Ord.).

[1] Seul le contrat de partenariat, qui devient le marché de partenariat avec la réforme des marchés publics au 1er avril 2016, fait l'objet d'une exception à cette interdiction de paiement différé.

❖ **Conditions :**

Pour les personnes publiques soumises à la loi MOP (Etat et ses EP, Collectivités territoriales et EP), **le recours au marché de conception-réalisation est conditionné** car il constitue une dérogation à la règle de séparation de la mission de maîtrise d'œuvre de celle d'entrepreneur posée par la loi MOP (art. 18 loi MOP – 37 CMP/ art. 33 Ord.) :

- lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Exceptions : la loi MOP n'est pas applicable, et donc la conception-réalisation peut être mise en œuvre sans condition, pour notamment :

- les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation.

- les ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du titre premier du livre III du code de l'urbanisme ;

Ainsi, la réalisation des infrastructures en ZAC ou en lotissement dans le cadre d'un marché de conception-réalisation peut être confiée à un groupement ou à une seule entreprise qui effectuera les études de conception des ouvrages et réalisera ceux-ci, sans avoir à démontrer que l'opération remplit les conditions ci-dessus définies.

❖ **Etendue de la mission : le marché de conception-réalisation, malgré son caractère global, ne semble pas permettre de confier au titulaire du marché des missions plus larges que celles relevant généralement d'un aménageur.**

- Le marché de conception-réalisation, tel que défini par le code des marchés publics, **ne permet de confier au groupement titulaire que la conception des ouvrages au sens des missions de conception définies par la loi MOP et la réalisation des travaux**.

  La collectivité quant à elle conserve la maîtrise d'ouvrage de l'opération.

  Au sens de la loi MOP, **il appartient au maître de l'ouvrage**, « après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, **d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement**, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux. » « Il lui appartient de déterminer, eu égard à la nature de l'ouvrage et aux personnes concernées, les modalités de consultation qui lui paraissent nécessaires. **Le maître de l'ouvrage définit dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage**. »

  Par ailleurs, comme pour tout marché, la passation du marché de conception-réalisation, qui est un marché de travaux, suppose une définition préalable de ses besoins par le maître de l'ouvrage. **Les études qui sont confiées au titulaire ne devraient concerner que la conception des ouvrages c'est-à-dire que les études opérationnelles et non les études préalables nécessaires à la définition d'une opération.**

- **Le concepteur-réalisateur n'intervient pas sur le foncier :**

  Les ouvrages sont réalisés sur un terrain qui appartient au maître d'ouvrage, ou sur lequel il pourrait bénéficier de droits. La mission **ne comprend ainsi pas de mission**

foncière relative à l'acquisition des terrains. Les ouvrages appartiennent dès leur réalisation au maître d'ouvrage et **ne peuvent faire l'objet d'une cession par le titulaire du marché.**

Le marché de conception-réalisation, au sens de la réglementation des marchés publics n'est donc pas un contrat qui permet en l'état la réalisation d'une opération d'aménagement. **Son objet est à ce jour strictement limité à la seule réalisation d'ouvrages.**

❖ **Conditions de l'évolution du marché en cours d'exécution ?**

Le marché de conception-réalisation, comme tous les contrats de la commande publique ne peut évoluer librement. A ce jour, l'article 20 du CMP limite les évolutions contractuelles.

> « *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.*
>
> *Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet*. »

Le projet de décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définit également des règles restrictives d'évolution du contrat.

❖ **Procédure de mise en concurrence :**

Le marché de conception-réalisation est un marché soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence définies par le CMP à ce jour puis par l'ordonnance du 23 juillet et son décret d'application à compter du 1er avril 2016. Les règles de mise en concurrence dépendent du montant du marché.

- **Procédure adaptée :** Si le montant du marché de conception-réalisation est **en dessous du seuil européen** (5 225 000 €HT pour un marché de travaux), le marché est soumis à une **procédure adaptée définie par le maître d'ouvrage**.

  Si une remise de prestations est prévue, elle donne droit pour chaque candidat au versement d'une prime dont le montant est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

  Dans le cadre de la réforme applicable au 1 avril 2016, la remise de prestations à soumettre à un jury devrait devenir obligatoire dans le cadre des procédures adaptées.

- **Procédure formalisée :** Si le montant du marché est **supérieur au seuil visé ci-dessus**, le marché de conception-réalisation est soumis, pour les maîtres d'ouvrage soumis à la loi MOP, à la **procédure d'appel d'offres restreint spécifique avec jury** comportant au moins un tiers de maîtres d'œuvre désignés par le président du jury.

  Les candidats remettent des prestations comportant au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage. Les candidats ont droit au versement d'une prime égale au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir auditionnés. Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché.

Dans le cas des opérations limitées à la **réhabilitation de bâtiments**, les marchés de conception-réalisation peuvent être passés selon la procédure du **dialogue compétitif**.

Dans le cadre de la réforme applicable au 1 avril 2016, la procédure de passation du marché de conception-réalisation au-delà des seuils ne devrait plus être obligatoirement celle de l'appel d'offres restreint avec jury. Le projet de décret prévoit en effet que le marché sera conclu selon la procédure d'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure de dialogue compétitif selon que les conditions propres à chaque procédure seront réunies. Une remise de prestation soumise à un jury resterait cependant obligatoire.

2.2 Le marché associant la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance (marché public global de performance)

L'extension des marchés de conception-réalisation à l'exploitation ou à la maintenance (art. 73 CMP / 34 Ord. 2015) n'apparaît pas remettre en cause le caractère inapproprié de ces contrats pour la réalisation d'une opération d'aménagement.

Comme la conception-réalisation « simple », **les contrats « CREM » ne transfèrent pas la maîtrise d'ouvrage, ni le financement** de la réalisation des ouvrages **et ne permettent ni l'acquisition, ni la cession de biens par le titulaire du marché.**

Leur **objet reste centré sur la conception et la réalisation d'ouvrages auxquelles s'ajoute la composante exploitation ou maintenance** dans le but 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. Le CREM ne satisfait ainsi pas que l'objectif de réalisation d'un ouvrage, mais l'atteinte de performances par cet ouvrage. Ce type de contrat permet ainsi pour un maître de l'ouvrage de s'assurer du bon usage et du fonctionnement de l'ouvrage dans le temps, de l'intégration des ouvrages dans leur environnement, par une implication plus grande des entreprises de la conception à l'exploitation/maintenance, mais ne confère cependant pas de missions plus larges au titulaire du marché.

Comme dans un marché classique, et bien que la durée du marché doive tenir compte des délais nécessaires à la réalisation des objectifs et des engagements qui constituent son objet, il n'y a pas de paiement différé des sommes dues au titulaire du marché, qui ne finance ainsi pas les ouvrages, ni ne les préfinance. Il convient de noter que la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction. La rémunération des travaux doit ainsi être réglée avant la phase d'exploitation ou de maintenance, le marché devant par ailleurs faire apparaître de manière séparée les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou la maintenance (art. 73, 10 et 96 du CMP, art. 60 Ord. 2015 et 89 projet décret).

3. **EVOLUTION VERS LAQUELLE ALLER : si le cadre du marché de conception-réalisation ou du CREM tel que défini par le CMP apparaît trop étroit pour considérer qu'il pourrait permettre de confier la réalisation d'une opération d'aménagement, l'extension de la « conception-réalisation » type article 22 de la loi du 3 juin 2010 n°2010-597 relative au Grand Paris à tout le territoire est-elle opportune ?**

L'article 22 de la loi relative au Grand Paris a créé un contrat spécifique pour la mise en œuvre des actions et opérations nécessaires à un contrat de développement territorial qui ressemble à un marché de conception-réalisation sans pour autant en être un. **Son champ est en effet plus large et il transfère la maîtrise d'ouvrage de l'opération ce que ne permet pas le marché de conception-réalisation.**

Les communes et les EPCI peuvent conclure avec une personne morale de droit public ou privé, jusqu'à l'expiration du contrat de développement territorial, un contrat portant à la fois sur la **conception du projet d'aménagement global**, **l'élaboration d'une proposition de révision ou de modification du document d'urbanisme et la maîtrise d'ouvrage des travaux d'équipement concourant à la réalisation du projet d'aménagement**.

Les missions confiées au titulaire du contrat apparaissent très larges, de la conception du projet à sa réalisation par le titulaire en tant que maître d'ouvrage lui-même.

Le texte ne vise cependant pas expressément d'autres missions et notamment pas celles relatives aux acquisitions et cessions de terrains inhérentes aux opérations d'aménagement !

Comme pour tout contrat de la commande publique, la personne publique doit définir ses besoins et formuler les spécifications techniques qui comportent **au moins le programme global de construction de l'opération d'aménagement** avec une répartition indicative entre les programmes de logements, d'activité économique **et la liste des équipements publics à réaliser.** Le programme global de construction de l'opération d'aménagement doit tenir compte des programmes locaux de l'habitat, dès lors que ceux-ci ont été adoptés.

La loi n'identifie pas dans quelle catégorie contractuelle se range le contrat.

On peut penser que l'esprit de la loi est d'en faire un contrat sui generis en dehors de tout cadre défini par la réglementation et notamment celle relative à la commande publique.

Sans précision cependant sur son caractère dérogatoire par rapport aux règles de la commande publique, il apparaît que ce contrat devrait être qualifié selon les modalités de rémunération du titulaire et la nature et l'importance des risques pris par celui-ci, de concession de travaux ou d'aménagement ou de marché de travaux au sens européen jusqu'à la mise en œuvre de la réforme de la commande publique. Après la mise en œuvre de la réforme au 1er avril 2016, ce contrat pourrait être qualifié de marché de partenariat dès lors que l'une des caractéristiques de ce nouveau marché particulier est de transférer la maîtrise d'ouvrage au titulaire.

La loi du 3 juin 2010 ne traite pas de la notion de risque, de la notion de recettes ou des modalités de rémunération du titulaire du contrat. On peut a priori penser, dès lors que le texte ne prévoit pas le principe d'une rémunération versée par la personne publique, que le contrat serait aux risques du titulaire, celui-ci devant se rémunérer sur les recettes qu'il percevra sur l'opération, et devrait plutôt s'apparenter à une concession.

Cet article pose donc aujourd'hui un certain nombre de questions et en premier lieu celle du régime juridique du contrat identifié et des contraintes de commande publique qui devraient s'imposer à lui.

Les incertitudes qui pèsent sur ce contrat n'en font pas un cadre à reproduire sans éclaircissement.

Le droit de la commande publique est, conformément au droit européen, réparti entre les marchés, dont les marchés de partenariat, et les concessions.

Tout contrat doit rentrer dans ces catégories, sauf à justifier qu'il ne réunit aucun des éléments de définition de l'un ou l'autre de ces contrats et serait ainsi exclu de toute obligation de mise en concurrence. Cependant, le champ des marchés et des concessions est et sera encore plus large demain avec la réforme des contrats publics.

En l'état, le contrat de l'article 22 pose problème quant à sa qualification et son exclusion de toutes règles de concurrence et il n'est donc pas à reproduire pour l'ensemble du territoire. Son extension nécessiterait pas ailleurs de démontrer ce qu'il apporte réellement de nouveaux par rapport aux autres types de contrats.