

Le recours obligatoire au concours préalable à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre

Quels sont les marchés publics de maîtrise d'œuvre dont la passation doit obligatoirement être précédée de l'organisation d'un concours ? La réforme des marchés publics a-t-elle modifié la classification de ces marchés soumis ou non au concours ?

Au même titre que le marché public à tranches, l'accord-cadre, le système d'acquisition dynamique, l'enchère électronique et le catalogue électronique, le concours est une « technique particulière d'achat » consacrée à l'article 8 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après, l'« Ordonnance ») et aux articles 88 et suivants de son décret d'application⁽¹⁾ (ci-après, le « Décret »).

Auparavant qualifié de « procédure » et figurant au nombre des procédures formalisées expressément listées par le Code des marchés publics, le concours est aujourd'hui défini comme un « mode de sélection » d'une prestation intellectuelle⁽²⁾. Plus précisément, selon l'article 8 de l'Ordonnance, 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 ».

Bien que l'Ordonnance ne le précise plus⁽³⁾, le concours, qui permet de choisir un plan ou un projet à l'issue de l'analyse de prestations intellectuelles remises par des candidats, est très souvent un préalable à la passation d'un marché, notamment de maîtrise d'œuvre, objet du présent dossier.

Le marché de maîtrise d'œuvre a 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 de maîtrise d'œuvre définie par la loi MOP et fait, pour sa part, partie de la catégorie des « marchés publics particuliers »⁽⁴⁾.

La mise en œuvre d'un concours pour la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre peut être vue soit comme

Auteur

Marie-Hélène Pachon-Lefèvre

Avocat associé

Astrid Layrisse

Avocat à la Cour

SCP Seban et Associés

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 8

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 88 et s.

Mots clés

Concours • Maîtrise d'œuvre • Marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence

(1) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(2) CMP, art. 26 et 38 ; articles 8 et 42 de l'ordonnance n° 2015-899.

(3) L'article 38 du Code des marchés publics précisait que le pouvoir adjudicateur choisissait un plan ou un projet « avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché ».

(4) Article 90 du décret n° 2016-360.

une opportunité de répondre au mieux aux besoins de l'acheteur notamment en facilitant le dialogue avec les candidats^[5], soit comme une procédure complexe et coûteuse, qui retarde la conclusion d'un marché.

En tout état de cause, certains acheteurs souhaitant passer un marché de maîtrise d'œuvre doivent obligatoirement recourir à cette technique d'achat, et se conformer aux dispositions du Décret relatives au concours pour organiser ce dernier.

D'autres, au contraire, par principe ou par exception, peuvent passer un marché de maîtrise d'œuvre sans procéder au préalable à l'organisation d'un concours, laquelle organisation relève alors d'une simple faculté.

Dans chacune de ces hypothèses, les acheteurs jouissent, pour conclure leurs marchés de maîtrise d'œuvre, d'une plus grande liberté qu'avant l'entrée en vigueur de la réforme des marchés publics.

Les marchés de maîtrise d'œuvre obligatoirement précédés d'un concours

Si la réforme des marchés publics n'a que très peu modifié les critères de soumission au concours préalable à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, elle a, en revanche, assoupli les modalités d'organisation de cette technique d'achat.

Une classification des marchés soumis au concours quasiment inchangée

En application de l'article 90 II. du Décret, les marchés de maîtrise d'œuvre de l'État et de ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial d'une part, et des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements lorsqu'ils agissent en tant que pouvoir adjudicateur d'autre part, qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, « 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 ».

Ainsi, en principe, la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre par l'un de ces acheteurs, dès lors que le montant estimé du marché est supérieur aux seuils de procédure formalisée, doit être précédée d'un concours, au terme duquel un ou plusieurs lauréats auront été désignés.

En revanche, les « autres acheteurs » – catégorie correspondant aux acheteurs auparavant soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics –, n'ont pas l'obligation de recourir au concours, quel que soit le montant du marché passé.

[5] Voir notamment « Le mini-guide pour bien choisir l'architecte et son équipe », élaboré conjointement par l'Ordre des architectes, le Secrétariat général et la Direction générale des patrimoines du ministère de la Culture et de la Communication, la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, et la Fédération nationale des conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement, mai 2016.

S'agissant des seuils des procédures formalisées, on rappellera qu'ils s'élèvent, pour les marchés de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autorités centrales (État et ses établissements publics), à 135 000 euros HT, et, pour les marchés de services passés par les autres pouvoirs adjudicateurs (notamment les collectivités territoriales et leurs établissements publics), à 209 000 euros HT^[6].

Ainsi, comme sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, la classification des marchés soumis ou non à l'organisation d'un concours est fonction notamment du montant du marché, et du type d'acheteur qui passe le marché. En outre, et bien que le concours ouvert ait été maintenu par le Décret^[7], le concours qui précède la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre demeure obligatoirement restreint^[8].

En revanche, alors que le Code des marchés publics prévoyait que « [p]euvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : (...) [l]es marchés de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours »^[9], il ressort de l'article 90 du Décret précité que tous les marchés de maîtrise d'œuvre passés après concours « sont » négociés sans publicité ni mise en concurrence. L'acheteur devra alors préciser, dans l'avis de concours, qu'il recourra à cette procédure spécifique. Ainsi, il est désormais acquis qu'en principe, un marché de maîtrise d'œuvre passé après concours est un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables autres que celles inhérentes au concours.

La classification des marchés de maîtrise d'œuvre soumis au concours nécessite de tenir compte, outre des dispositions en matière de marchés publics, des réglementations plus spécifiques, telle que la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (dite loi « LCAP »), qui a apporté des précisions sur les marchés de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment. Cette loi a notamment créé, au sein de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, un article 5-1, qui dispose que les maîtres d'ouvrages publics et privés « favorisent (...) l'organisation de concours d'architecture » pour la passation de ces marchés et, même, que les maîtres d'ouvrages soumis à la loi MOP « y recourent », « dans des conditions fixées par décret »^[10]. Il faut espérer que ce décret, non encore paru, confirmera l'absence de concours obligatoire pour la passation des marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils de procédure formalisée, en cohérence avec le Décret.

[6] Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, JO 20 septembre 2016.

[7] L'article 38 du Code des marchés publics mentionnait toutefois expressément l'existence du concours ouvert, contrairement à l'article 88 II du décret n° 2016-360, qui ne fait que le sous-entendre.

[8] CMP, art. 74 III.

[9] CMP, art. 35.

[10] Selon l'échéancier de la mise en application de cette loi, actualisé au 16 décembre 2016, la publication du décret est prévue pour le mois de mars 2017 (www.legifrance.gouv.fr).

Si ces acheteurs doivent obligatoirement lancer un concours, ce qui induit une organisation et des coûts spécifiques, on relèvera néanmoins que les modalités d'organisation du concours ont été assouplies par la réforme des marchés publics.

Des modalités d'organisation du concours assouplies

Si la plupart des dispositions du Décret réservées à l'organisation du concours précédant la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre est inchangée, d'autres dispositions laissent davantage de liberté à l'acheteur, pour déterminer les modalités de ce concours, que n'en laissaient les dispositions du Code des marchés publics.

D'abord, le jury demeure composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours⁽¹¹⁾, lesquelles doivent, pour un tiers d'entre elles et lorsqu'une qualification professionnelle « particulière »⁽¹²⁾ est exigée pour participer au concours, posséder ladite qualification. S'agissant des concours organisés par les collectivités territoriales, les membres élus de la commission d'appel d'offres font désormais expressément partie du jury. S'agissant des concours lancés par l'État, le comptable public et un représentant du service en charge de la concurrence n'ont plus à être obligatoirement invités à participer au jury⁽¹³⁾. En outre, le Décret ne mentionne plus la possibilité de désigner des personnalités dont la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, celle d'associer des agents du pouvoir adjudicateur, ou encore celle d'auditionner toute personne susceptible d'apporter des informations utiles au jury⁽¹⁴⁾.

Ensuite, en application de l'article 88 II du Décret, « [l]'acheteur détermine les modalités du concours dans le respect des principes mentionnés à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ». Ainsi, sous réserve du respect des principes de la commande publique, et de l'établissement de « critères de sélection clairs et non discriminatoires des participants au concours », l'acheteur jouit d'une grande liberté dans la détermination des modalités du concours, alors qu'auparavant, ces modalités suivaient principalement celles de l'appel d'offres restreint.

En particulier, désormais, les délais de réception des candidatures et des offres ne sont plus calqués sur ceux de l'appel d'offres⁽¹⁵⁾ mais sont librement déterminés par l'acheteur dans l'avis de concours⁽¹⁶⁾, et le système

des enveloppes n'existe plus. En concours restreint, le Décret n'impose plus un nombre minimal de candidats devant être invités à participer au concours⁽¹⁷⁾. Toutefois, ce nombre doit être « suffisant pour garantir une concurrence réelle »⁽¹⁸⁾.

Par ailleurs, il n'est plus expressément mentionné que le pouvoir adjudicateur peut procéder à l'analyse préalable des prestations avant de les transmettre au jury⁽¹⁹⁾. Cela s'impose toutefois pour les besoins de l'anonymisation des offres qui est requise avant examen par le jury⁽²⁰⁾.

À l'issue du concours, l'acheteur choisit le ou les lauréats du concours au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury – lequel n'est pas contraignant –, publie un avis de résultats de concours, puis négocie avec ce ou ces lauréats et attribue le marché.

Enfin, il demeure que seuls les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours pourront percevoir une prime, dont le montant est librement défini par l'acheteur, mais doit être indiqué dans les documents de la consultation, et non plus dans l'avis de concours⁽²¹⁾. Toutefois et comme auparavant, dès lors que l'acheteur est soumis à la loi MOP, le montant de la prime ne peut être inférieur à 80 % du prix estimé des études à effectuer par les candidats⁽²²⁾. Ces primes sont désormais attribuées « sur » proposition du jury, et non « conformément » aux propositions du jury⁽²³⁾.

Finalement, les modalités d'organisation du concours sont allégées, ce qui rend le recours au concours moins contraignant pour les acheteurs qui y sont soumis, ou souhaitent y recourir⁽²⁴⁾.

Les marchés de maîtrise d'œuvre non précédés d'un concours

Il est d'autres marchés de maîtrise d'œuvre qui sont passés, par principe ou par exception aux règles exposées *supra*, sans être précédés d'un concours. La réforme des marchés publics offre une grande liberté à l'acheteur dans la détermination des modalités de passation de ces marchés, et, en même temps, induit un certain nombre d'incertitudes.

Une classification des marchés pouvant être passés sans concours

passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

(17) Le nombre de candidats admis à concourir ne pouvait être inférieur à trois (article 70 III 3° du CMP).

(18) Article 88 II du décret n° 2016-360.

(19) CMP, art. 70 IV.

(20) Article 88 III du décret n° 2016-360.

(21) Article 88 IV du décret n° 2016-360.

(22) Article 90 III du décret n° 2016-360 ; CMP, art. 74 III.

(23) Article 90 III du décret n° 2016-360 ; CMP, art. 70 VII.

(24) Certains considèrent cependant qu'il ne faut pas simplifier les procédures pour des marchés aussi spécifiques que ceux de la maîtrise d'œuvre (S. Dyckmans, « Denis Dessus : "Le décret marchés publics dégrade un peu plus la maîtrise d'œuvre" », www.achatpublic.info, 28 avril 2016).

(11) Article 89 du décret n° 2016-360.

(12) Précision ajoutée par le décret n° 2016-360.

(13) CMP, art. 24 II.

(14) CMP, art. 24 I, III et IV.

(15) CMP, art. 70 I.

(16) Le terme « avis de concours », déjà employé en pratique, est consacré par le décret n° 2016-360 en remplacement du terme général « avis d'appel public à la concurrence » (article 70 I du CMP). Le formulaire standard de l'avis de concours (formulaire standard 12) figure en annexe IX du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la

quasiment inchangée

Les marchés de maîtrise d'œuvre pouvant être conclus sans organiser, au préalable, un concours, peuvent être classés en trois catégories.

Tout d'abord, les marchés de maîtrise d'œuvre répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée précités peuvent être passés sans concours et, comme tous les autres marchés publics, selon une procédure adaptée^[25].

Ensuite, en application de l'article 90 II 2° du Décret, la passation des marchés de maîtrise d'œuvre des « autres acheteurs », qui répondent à un besoin dont le montant est supérieur à ces seuils, n'a, comme auparavant^[26], pas à être précédée d'un concours. Ils sont passés selon l'une des procédures formalisées mentionnées aux articles 25 et 26 du Décret, ou, si les conditions mentionnées à l'article 30 du Décret sont remplies, négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables. Les « autres acheteurs » soumis à la loi MOP peuvent toutefois choisir de recourir au concours et, dans ce cas, le Décret précise que ce concours sera restreint.

Enfin, il existe quatre exceptions, inscrites à l'article 90 II 1° du Décret, au principe selon lequel les marchés de maîtrise d'œuvre de l'État et de ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, d'une part, et des collectivités, de leurs établissements publics et de leurs groupements, d'autre part, sont passés après concours lorsque leur montant est supérieur aux seuils de procédure formalisée.

Premièrement, le concours n'est pas obligatoire 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.

Deuxièmement, il n'est pas obligatoire lorsque le marché attribué ne confie aucune mission de conception au titulaire. Cette exception vise, notamment, les marchés ayant pour objet la réalisation d'une simple mission d'ordonnement, de pilotage et de coordination (« OPC ») du chantier objet du marché de maîtrise d'œuvre.

Troisièmement, le concours n'est pas obligatoire pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures, quelle que soit la nature des travaux envisagés, à savoir une rénovation ou une construction neuve. En conséquence, l'obligation de lancer un concours préalablement à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre ne concerne que les marchés relatifs aux bâtiments.

Ces trois exceptions étaient déjà consacrées, selon les mêmes termes, par l'article 74 III du Code des marchés publics.

Le Décret reprend également la quatrième exception présente dans ce code, à savoir que les marchés publics de maîtrise d'œuvre relatifs à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants n'ont pas à être précédés d'un concours, tout en l'élargissant aux marchés relatifs « à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ». Ainsi, désormais, tout marché de maîtrise d'œuvre relatif à la

réalisation d'un projet urbain ou paysager pourra être conclu sans que l'acheteur n'ait à organiser préalablement un concours entre les candidats.

Finalement, au vu de ces quatre exceptions, le concours n'est obligatoire, pour les marchés de maîtrise d'œuvre de l'État et des collectivités territoriales dont le montant est supérieur aux seuils de procédure formalisée, que, principalement, pour les marchés relatifs à des ouvrages neufs de bâtiments.

Il demeure que, notamment pour les projets d'ampleur, l'acheteur peut avoir intérêt à lancer volontairement un concours, celui-ci permettant de créer une émulation favorable à l'innovation, de comparer des prestations concrètes, et, *in fine*, de maximiser ses chances de choisir un maître d'œuvre qui répondra précisément à ses besoins. Mais il doit alors suivre la procédure du concours dans son intégralité.

Une liberté incertaine dans le choix de la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre

Si la liberté dans le choix de la procédure de passation des marchés de maîtrise d'œuvre des « autres acheteurs » est expressément mentionnée par le Décret, lorsque ceux-ci n'organisent pas volontairement un concours, le Décret est muet sur la procédure de passation des marchés de l'État et des collectivités locales, non précédée d'un concours en vertu de l'une des quatre exceptions précitées.

Au contraire, l'article 74 III du Code des marchés publics prévoyait, pour ces marchés, que si le pouvoir adjudicateur n'organisait pas de concours, la procédure applicable était, soit l'appel d'offres, soit la procédure négociée, sous réserve, pour cette dernière, que les conditions de l'article 35 de ce code soient remplies. On relèvera que ces procédures avaient pour spécificité de faire intervenir un jury, composé de la même manière que le jury de concours.

En outre, le pouvoir adjudicateur pouvait recourir au dialogue compétitif, sous réserve que les conditions propres à cette procédure soient remplies, afin d'attribuer un marché de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

En l'absence de toute précision dans le Décret, il semble que l'État et les collectivités locales qui bénéficient de l'une des quatre exceptions précitées à l'obligation d'organiser un concours, devront se référer aux règles générales de passation des marchés. Ainsi, ils pourront mettre en œuvre une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, s'ils remplissent les conditions de l'article 30 du Décret, ou bien soit un dialogue compétitif, soit une procédure concurrentielle avec négociation, s'ils remplissent les conditions de l'article 25 II du Décret. À défaut, l'acheteur devra lancer un appel d'offres ouvert ou restreint.

Finalement, si la réforme des marchés publics n'a que peu modifié la classification des marchés de maîtrise d'œuvre soumis ou non à l'organisation préalable d'un concours, elle donne, globalement, plus de liberté aux acheteurs pour l'organisation de la passation de leurs marchés de maîtrise d'œuvre.

[25] Définie à l'article 27 du décret n° 2016-360.

[26] Article 41-2 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.