



## CONCEVOIR UN OUVRAGE : QUELLES PROCÉDURES ET QUELS MARCHÉS ?

Par Laurent Bonnard et Marion Terraux, avocats au cabinet Seban & Associés

**L**a conception et la réalisation d'un ouvrage par les personnes publiques se révèlent un investissement important. Les règles de la commande publique ne doivent dès lors pas être subies comme une contrainte dans la mise en œuvre d'un tel projet mais plutôt comme un levier d'efficacité. En effet, le choix de la procédure doit s'opérer en fonction des caractéristiques de l'ouvrage pour permettre à la personne publique de retenir une offre économiquement avantageuse.

### ■ Dans quelles circonstances est-il opportun de recourir à un appel d'offres ?

L'appel d'offres est prévu par les articles 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après, l'« ordonnance marchés publics ») et 66 à 70 du décret n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après, le « Décret marchés publics »). Il s'agit de la procédure formalisée classique qui exclut toute négociation et se prête donc à des projets d'infrastructures standards qui ne nécessitent pas des réflexions particulières de conception.

### ■ Pour un projet de faible envergure, puis-je me dispenser de recourir à une procédure particulière ?

Tout projet de construction d'un ouvrage, aussi minime soit-il, nécessite la mise en œuvre d'une procédure dans la mesure où les personnes publiques sont seulement exemptées d'une procédure de mise en concurrence pour leur besoin dont la valeur est inférieure à 25 000 €. En revanche, dès lors que la valeur du besoin est inférieure à 5548 000 €, la personne publique pourra se contenter de

passer un marché à procédure adaptée dont la procédure se révèle moins formelle et laisse la place à la négociation.

### ■ J'ai défini mon besoin mais je souhaite pouvoir négocier avec les candidats, est-ce possible ?

Oui, il est possible de négocier avec les candidats dans le cadre des procédures de dialogue compétitif ou de procédure concurrentielle avec négociation. Cette dernière procédure se révèle la plus adaptée dans l'hypothèse où le projet de la personne publique est déjà bien défini. Elle permettra effectivement à l'acheteur de négocier avec les soumissionnaires « les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales ». Toutefois, il n'est possible de recourir à cette procédure que dans des cas limitativement énumérés par le paragraphe II de l'article 25 du décret marchés publics. La principale condition pour recourir à cette procédure est que le marché public comporte des prestations de conception.

### ■ Mon projet est complexe et je ne parviens pas à en définir toutes les composantes techniques, quelle procédure est-elle adaptée ?

La procédure de dialogue compétitif est particulièrement adaptée aux situations dans lesquelles l'acheteur public entend réaliser une infrastructure complexe dont il n'est pas à même de définir les composantes techniques. En effet, cette procédure prévue par les articles 24, 75 et 76 du décret marchés publics permet à l'acheteur « de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre ». Ainsi,

l'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, un projet partiellement défini et il développera son projet avec les candidats au fil de la procédure. Une fois que l'acheteur a défini son projet, les candidats seront amenés à lui présenter une offre. Il n'est toutefois possible de recourir à cette procédure que dans les conditions énumérées au paragraphe II de l'article 25 du décret marchés publics précité. On retiendra notamment les conditions tenant au fait que le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ou que le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante.

### ■ Quelle est la procédure la plus adaptée pour développer un projet architectural original ?

Le concours est une procédure spécifique prévue par les articles 8 de l'ordonnance marchés publics et 88, 89 du décret marchés publics. La spécificité de cette procédure réside dans le rôle du jury, en charge d'apprécier les candidatures et les projets des candidats. En effet, dans un premier temps, l'acheteur devra définir des critères de sélection clairs et non discriminatoires des participants au concours. Le jury émettra un avis sur les candidats et, en cas de procédure restreinte, l'acheteur se fondera sur cet avis pour retenir les candidats qui pourront présenter un projet. Dans un second temps, les participants présenteront un projet et le jury appréciera les plans et projets ainsi présentés par les participants de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères d'évaluation des projets définis dans l'avis de concours. L'acheteur retiendra le lauréat sur la base de l'avis du jury. On appellera l'attention des acheteurs sur la circonstance que les candidats ayant soumis un projet devront

être indemnisés dès lors qu'ils ont remis des prestations conformes au règlement du concours.

### ■ Suis-je obligé de recourir à un marché de maîtrise d'œuvre pour concevoir l'ouvrage avant de le faire réaliser ?

Non, si le principe demeure la dissociation des activités de conception et de réalisation de l'ouvrage, il est également possible de confier l'ensemble de ces prestations à une entreprise ou un groupement d'entreprises. En effet, le marché de conception-réalisation est un marché global qui permet de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. Toutefois, il résulte de l'article 33 de l'ordonnance marchés publics que les personnes publiques soumises à la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique ne peuvent recourir à ce marché 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 ».

### ■ Je n'ai pas la trésorerie pour financer l'ouvrage, existe-t-il un marché permettant de lisser le financement ?

Le marché de partenariat - ancien partenariat public-privé - permet de confier à un opérateur économique la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens matériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ainsi que tout ou partie de leur financement. En principe, le partenaire assure la conception et la construction de l'ouvrage ainsi que son financement et il se rémunère sur la base d'un loyer

payé par la personne publique cocontractante. La conclusion d'un tel marché est cependant soumise à des conditions très strictes et doit être limitée à des projets d'une envergure et d'une complexité particulière.

### ■ Suis-je obligé de passer par un marché public pour réaliser un ouvrage ?

Non, il est envisageable de confier la conception et la réalisation d'un ouvrage à un tiers dans le cadre d'une concession. Cette solution présente plusieurs avantages. En premier lieu, la personne publique n'aura pas à financer le projet. En deuxième lieu, la passation d'une délégation de service public permet de négocier avec les candidats. En troisième lieu, l'attributaire aura à sa charge la maîtrise d'ouvrage de l'intégralité du projet d'infrastructure, ce qui implique qu'il devra assurer la conception et la réalisation de l'ouvrage. En revanche, cette solution implique que le cocontractant se voit transférer un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Dès lors, elle ne peut s'inscrire que dans des projets bien particuliers. ●

### Choisir selon ses besoins

On recommandera aux personnes publiques de bien appréhender, en amont de toute procédure, leur besoin et les contraintes – techniques et financières notamment – auxquelles elles doivent faire face. En effet, au regard de ces éléments, elles pourront opter pour la procédure et le marché qui leur permettent de répondre au mieux à leur besoin et d'optimiser leurs investissements.