



Chrono n°
JUR/LC/LDM/67

Paris, le 11 octobre 2011

A l'attention de mesdames et messieurs les Présidents des CROA

Conseil national



Objet : Réforme du code des marchés publics

Chère Présidente, Cher Président,

Depuis plus d'un an, la réforme du code des marchés publics a mobilisé le CNOA. Du premier projet de décret qui nous a été soumis pour avis en juillet 2010 jusqu'à la publication récente, le 26 août dernier, du décret modifiant le code des marchés publics, de nombreux rendez-vous et courriers ont été échangés tant avec notre ministère de tutelle qu'avec la Direction des Affaires juridiques du Ministère des Finances.

Chacun d'entre vous a pu prendre connaissance de nos démarches, relatées régulièrement notamment dans l'email info, newsletter destinée à tous les conseillers ordinaires.

Je tenais néanmoins à faire la synthèse de nos différentes démarches, même si, pour certaines, on peut déplorer qu'elles n'aient pas atteints les résultats escomptés. Tu trouveras donc ci-joint un point d'étapes des négociations du conseil national concernant le nouveau CMP 2011.

Nous sommes en train de mettre à jour le guide de la commande publique d'architecture. Il devrait être validé très prochainement et je ne manquerai pas de t'en adresser aussitôt une version.

Enfin, si tu le souhaites, le CNOA est à ta disposition pour mettre en place des séances d'information suite à l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions.

Je te prie de recevoir, chère Présidente, Cher Président, l'expression de mes salutations les plus confraternelles.

Le Président,
Lionel CARLI

Tour Maine Montparnasse
33 avenue du Maine
BP 154
75755 Paris cedex 15

Tel. +33(0) 1 56 58 67 00
Fax +33(0) 1 56 58 67 01

www.architectes.org

Le décret du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et aux contrats relevant de la commande publique a été publié au Journal officiel du 26 août.

Il a modifié significativement l'article 74 du code des marchés publics, qui concerne l'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre.

1. L'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre en procédure adaptée

Tout d'abord, il faut rappeler que l'Ordre des architectes, au fil des modifications du CMP, a toujours demandé la suppression de toute remise de prestation architecturale en procédure adaptée.

Malheureusement, cette demande n'a pas été prise en compte. Nous le regrettons vivement, d'autant plus que nous avons alerté, fin février 2011, par lettre signée de l'ensemble des présidents de conseils régionaux et du président du CNOA, le ministre de la Culture sur les dérives inquiétantes des procédures adaptées et nous lui avons demandé la publication urgente d'une circulaire.

Dans le code remanié, la remise de prestation est donc maintenue avec toutefois une nouveauté qui consiste à définir les modalités de calcul du montant de la prime obligatoire qui devra correspondre à au moins 80% du montant des prestations demandées (comme pour la procédure de concours).

Il est évident que ce calcul sera souvent difficile à établir par la maîtrise d'ouvrage sur des éléments partiels ou hors champ de la loi MOP.

En revanche, nous espérons être entendus sur les modalités d'application de ces nouvelles dispositions.

En effet, la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère des Finances a ouvert fin juillet une large concertation concernant la circulaire d'application du code des marchés publics (circulaire relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics).

A cette occasion, nous avons découvert que, pour la première fois, ce document officiel comportait un article sur le choix de la maîtrise d'œuvre (article 14), ce qui est très bien, d'autant que cet article met en exergue la procédure adaptée sur compétences, références et moyens *« qui peut être utilisée par les maîtres d'ouvrage dans la plupart de leurs opérations »*.

La mise en œuvre en procédure adaptée, du choix du maître d'œuvre sur ses compétences, références et moyens suivie d'une négociation, a toujours été la revendication majeure du conseil national.

En revanche, nous avons été très mécontents car cet article développait la remise de « l'intention architecturale », prestation graphique préconisée par la MIQCP, prestation dont nous contestons le contenu depuis de nombreuses années.

L'ordre des architectes a toujours soutenu qu'en procédure adaptée, la prestation demandée ne pouvait être une prestation graphique, puisque c'est l'essence même de notre profession.

A l'issue de quelques réunions en présence de la MIQCP, de la DGP et des représentants de la maîtrise d'œuvre, nous sommes parvenus à une nouvelle rédaction qui définit le contenu d'une prestation en procédure adaptée :

« Dans le cas d'opérations complexes ou présentant des enjeux importants, sans pour autant demander aux candidats de remettre le début du projet, qui ne sera ultérieurement proposé que par le maître d'œuvre retenu, le maître d'ouvrage pourra solliciter une prestation indemnisée lui permettant de l'éclairer sur la façon dont chaque candidat pourrait appréhender son programme et le mettre en œuvre.

Cette prestation permet aux candidats d'analyser la cohérence entre les intentions exprimées par le maître d'ouvrage et l'ensemble des contraintes de l'opération. Son contenu précède l'esquisse et se traduit par la production de documents formalisant cette analyse et exprimant la compréhension du programme et les orientations envisagées par les candidats. Les pièces graphiques qui traduisent la réponse architecturale et technique, et qui sont des éléments du rendu de la phase esquisse, sont exclues de cette prestation préalable.

Ce travail peut s'évaluer au temps à passer (environ quelques jours selon la complexité de l'opération), ce qui permet au maître d'ouvrage d'estimer facilement le coût de la prestation demandée. Le montant de la prime obligatoire à allouer aux candidats doit représenter au moins 80% de ce coût ».

C'est cette proposition qui a été adressée à la DAJ par lettre commune avec l'UNSA, la CICF et l'UNTEC. Elle a par ailleurs recueilli le soutien de notre ministère de tutelle.

2. L'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre, en cas de dérogation au concours (au dessus des seuils)

En cas de dérogation à la procédure de concours (réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant, ouvrage d'infrastructure, ouvrage réalisé à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation), l'ancienne version du CMP prévoyait l'utilisation soit de la procédure négociée spécifique soit de la procédure d'appel d'offres.

L'Ordre des architectes insiste depuis de nombreuses années sur le fait que la procédure d'appel d'offres n'est pas appropriée pour l'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre, cette procédure imposant la rédaction d'un cahier des charges intangible et interdisant de surcroît toute négociation.

Dans la nouvelle rédaction de l'article 74, le recours à l'appel d'offres est désormais strictement limité. Il n'est possible que « *dans l'hypothèse où les conditions de l'article 35 ne sont pas remplies* », ce qui signifie que cette procédure ne peut désormais être utilisée que pour les marchés de maîtrise d'œuvre ne comportant pas de mission de conception.

Ce résultat répond à une demande forte de la profession ! La procédure négociée spécifique devient donc la procédure de principe en cas de dérogation au concours.

C'est d'ailleurs dans un souci de plus de clarté que le CNOA a proposé que cette interprétation figure formellement dans la circulaire d'application du CMP :

« En cas de dérogation à l'obligation de concours (réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant, ouvrage d'infrastructure, ouvrage réalisé à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation) la procédure négociée spécifique doit être retenue pour choisir le maître d'œuvre.

En effet, chaque fois que le maître d'ouvrage confiera au maître d'œuvre, en application de la loi du 12 juillet 1985, une mission complète ou, dans le domaine de l'infrastructure, une mission de conception, les conditions prévues au titre de l'article 35, et en particulier du 2° du I (les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage) seront remplies.

Le recours à l'appel d'offres est donc limité aux hypothèses où la procédure négociée n'est pas possible en vertu de l'article 35, ce qui signifie que cette procédure sera limitée à l'attribution de marchés de maîtrise d'œuvre ne comportant pas de phase de conception, ce qui est par exemple le cas pour l'attribution de la mission d'ordonnancement et de pilotage de chantier prévue par la loi MOP. Seuls en effet ces marchés permettent la rédaction d'un cahier des charges précis et intangible ».

3. Le dialogue compétitif

Il est désormais possible d'utiliser la **procédure de dialogue compétitif** pour l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

Le CNOA a toujours été défavorable à cette procédure complexe et onéreuse et garantissant très difficilement le respect de la propriété intellectuelle. Dans l'hypothèse où ce point venait toutefois à être introduit, nous avons demandé au ministère de l'Economie de prévoir dans cette procédure l'intervention d'un jury ; ainsi que le versement obligatoire d'une prime, en précisant que son montant est égal « au prix estimé de toutes les études demandées par le maître d'ouvrage et définies par le règlement de la consultation affecté d'un abattement égal au plus à 20% ».

Ces deux points ont été insérés dans l'article 74, sous la réserve toutefois que la constitution d'un jury n'a pas été rendue obligatoire.

C'est la raison pour laquelle, dans notre contribution adressée à la DAJ a propos de la circulaire d'application du CMP, nous avons proposé une rédaction qui insistait sur le rôle du jury :

L'article 74 apporte quelques aménagements à la procédure de dialogue compétitif : le versement d'une prime est obligatoire pour chaque participant au dialogue et son montant est égal au prix estimé de toutes les études demandées par le maître d'ouvrage et définies par le règlement de la consultation affecté d'un abattement égal au plus à 20%.

Cette procédure, complexe et onéreuse, nécessite une maîtrise d'ouvrage structurée, capable notamment de garantir aux participants au dialogue compétitif le respect du droit de la propriété intellectuelle.

C'est la raison pour laquelle l'article 74 prévoit la faculté de mettre en place un jury constitué conformément à l'article 24 du code. Son rôle est alors identique à celui d'un jury de concours :

- *le jury examine les candidatures, formule dans un procès verbal un avis motivé sur celles-ci. Le maître d'ouvrage dresse la liste des maîtres d'œuvre admis au dialogue au vu de cet avis ;*
- *le jury examine les offres reçues à l'issue du dialogue, les évalue et les classe dans un avis motivé qui fait l'objet d'un procès verbal ; le jury peut inviter les candidats à apporter des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur leur offre finale. Le marché est attribué au vu de l'avis du jury ;*
- *le jury se prononce le cas échéant sur l'application des modalités de réduction ou de suppression de la prime définies dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence s'il estime que les prestations remises sont incomplètes ou ne sont pas conformes au règlement de la consultation.*

4) Les contrats de conception, de réalisation, d'exploitation et de maintenance

Le décret du 25 août 2011 a introduit un article 73 qui définit une nouvelle catégorie de contrats globaux, **les contrats de conception, de réalisation, d'exploitation et de maintenance** qui « *sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ils comportent des engagements de performance mesurables* ».

Ces contrats dérogent une fois de plus au principe posé par l'article 7 de la loi MOP selon lequel la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle de l'entrepreneur. L'Ordre des architectes dénonce depuis de nombreuses années la généralisation des contrats globaux et s'est donc opposé à ces nouvelles dispositions car elles présentent la notion de performance dans un sens trop large qui va au-delà de la notion de performance énergétique. C'est la raison pour laquelle l'Ordre a demandé que la passation de ces marchés soit conditionnée de la même manière restrictive que les marchés de conception-réalisation. Cette restriction a été introduite à l'article 73 du CMP qui précise que « *Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37* ».

Il conviendra d'être vigilant sur la passation de ces nouveaux contrats, tout comme les conseils régionaux l'ont été il y a quelques années pour les marchés de conception-réalisation. Ce sont en effet leurs actions qui ont permis d'encadrer l'usage de la conception-réalisation aux strictes conditions définies par la loi MOP.