



JURIDIQUE Analyse



FRÉDÉRIQUE OLIVIER,
associée responsable
du département « droit public
des affaires », **DS** avocats



AYMERIC POISSON,
collaborateur au sein
du département « droit public
des affaires », **DS** avocats

Définition

Le concours se définit comme un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet.

Deux phases

Après la sélection des candidats admis à remettre des prestations sont évalués les projets afin de sélectionner un ou des lauréats en vue de la négociation du marché de maîtrise d'œuvre.

Offre financière

L'offre financière ne peut être exigée qu'à l'issue du concours restreint et après désignation du ou des lauréats.

MISE EN LIGNE DES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION DÈS LA PUBLICATION DE L'AVIS DE CONCOURS

L'article 39 du décret impose à tous les acheteurs soumis à l'ordonnance, de mettre à disposition, gratuitement sur leur profil d'acheteur (2), l'ensemble des documents de la consultation dès la publication de l'avis, lequel doit mentionner l'adresse du profil de l'acheteur. Cet article a vocation à s'appliquer quelle que soit la procédure ou le mode de sélection mis en œuvre par un acheteur public, y compris donc dans le cadre du concours restreint de maîtrise d'œuvre.

L'obligation de mise à disposition des documents de la consultation, qui vaut aujourd'hui pour les seuls marchés dépassant les seuils européens, s'impose à compter du 1^{er} octobre 2018 à tous les acheteurs autres que les centrales d'achat, pour les marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils européens (décret, art. 39-IV).

Les documents couverts par l'obligation de mise en ligne sont tous ceux nécessaires à la parfaite information des candidats à chaque étape de la procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre. A ce titre, la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (la « MIQCP ») relève dans son « Guide sur le concours de maîtrise d'œuvre » qu'il convient « d'autoriser la mise à disposition de documents provisoires susceptibles d'évoluer sans modifications substantielles jusqu'à la sélection des candidats » (3).

SÉLECTION DES LAURÉATS

La sélection des lauréats s'effectue en deux phases : d'abord la sélection des candidats admis à remettre des prestations, puis l'évaluation des projets remis afin de sélectionner un ou plusieurs lauréats en vue de la négociation du marché de maîtrise d'œuvre dans les conditions prévues par l'article 30-I, 6^o du décret (décret, art. 88).

Généralement, le règlement de concours porte à la fois sur la sélection des candidatures et sur l'examen des projets et les candidats seront invités à remettre les éléments exigés par le règlement sous la forme de deux dossiers : un dossier administratif et un dossier technique, lesquels ne visent

Commande publique

Le concours restreint de maîtrise d'œuvre en pratique

Les règles de la commande publique issues de l'ordonnance (ci-après « l'ordonnance ») du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application (ci-après « le décret ») du 25 mars 2016 ont modifié les conditions du concours restreint de maîtrise d'œuvre.

CADRE RÉGLEMENTAIRE

Les anciens articles 26 et 38 du code des marchés publics (CMP) appréhendaient le concours comme une procédure formalisée. L'article 8 de l'ordonnance définit désormais le concours comme « un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet », intégré au chapitre VI « techniques particulières d'achat » du décret. Le concours peut être restreint (décret, art. 88).

L'article 90-II, 1^o du décret rend obligatoire le recours au concours restreint, sauf dérogations particulières, pour les marchés publics de maîtrise d'œuvre dont le montant est supérieur aux seuils européens passés par l'Etat, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements agissant en tant que pouvoirs adjudicateurs, ainsi que pour les autres acheteurs lorsqu'ils sont soumis à la loi MOP (1) et choisissent de recourir au concours. Tel

sera également le cas pour tout mandataire d'un de ces acheteurs. En dehors de ces circonstances strictes, l'acheteur doit recourir à une procédure formalisée pour passer un marché de maîtrise d'œuvre ou, si les conditions en sont remplies, à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence (décret, art. 30 et 90-II, 2^o).



L'acheteur doit mettre à disposition, gratuitement sur son profil d'acheteur l'ensemble des documents de la consultation dès la publication de l'avis, lequel doit mentionner l'adresse du profil de l'acheteur.



qu'à apprécier les capacités techniques, professionnelles et économiques des candidats.

Au stade de la candidature, l'acheteur ne peut demander que les seuls éléments découlant de l'article 44 du décret fixant les conditions de participation et les moyens de preuve acceptables, et de l'arrêté du 29 mars 2016 (4).

Au stade de l'évaluation des projets, en raison de la spécificité du concours et de l'objet des prestations demandées, les critères d'appréciation des projets visent à examiner de manière globale et qualitative les prestations remises par les candidats, sans que ne soient à prendre en considération de quelconques éléments financiers.

De ce fait, ni le dossier administratif ni le dossier technique ne comportent d'éléments ayant trait à une offre financière, et la désignation des lauréats se fait à l'exclusion de tout critère «prix». La doctrine considère que la désignation du ou des lauréats repose uniquement sur l'évaluation du projet remis. Les aspects financiers concernant le montant des honoraires des candidats ne constituant pas à ce stade un élément d'appréciation pour déterminer la qualité d'un projet, ils ne seront abordés qu'ultérieurement après sélection des lauréats (5). La MIQCP confirme cette analyse en énonçant que «le montant des honoraires ne fait pas partie des éléments qui peuvent être demandés pendant le processus du concours et qu'il ne peut donc être retenu comme critère d'évaluation du projet» (6).

Après que le jury a rendu son avis sur la qualité des prestations remises, l'acheteur désigne alors un ou plusieurs lauréats, en vue de négocier avant l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre (décret, art. 88-IV). La doctrine énonce à ce propos que l'acheteur bénéficie d'un «pouvoir de pure opportunité dans le choix d'un ou plusieurs lauréats», et que sa décision «ne peut être contestée, car le choix lui est laissé par les textes» (7). Néanmoins, la doctrine considère que «la possibilité pour la maîtrise d'ouvrage de désigner plusieurs lauréats, qui pourrait séduire, constitue une impasse dès lors qu'elle a pour objet de faire jouer un nouveau critère, le prix. [...] Pour autant, le montant des honoraires est discuté dans la négociation mais il ne peut servir à dépar-

RÉFÉRENCES

- Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.
- Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

tager les lauréats» (8). La MIQCP ne recommande pas non plus la désignation de plusieurs lauréats, ce procédé tendrait selon elle à «faire pression sur le niveau des honoraires du projet que l'on souhaite retenir, [ce qui] n'est pas acceptable» (9).

CRITÈRES D'ÉVALUATION

L'acheteur précise dans l'avis de concours le niveau des prestations demandées aux candidats admis à concourir, ou peut renvoyer au règlement de concours.

Les critères d'évaluation des projets sont précisément mentionnés dans l'avis de concours et doivent être «clairs et non discriminatoires» (décret, art. 88-II). La MIQCP indique à ce propos que les critères d'évaluation des projets «seront explicités et hiérarchisés dans le règlement de concours» (10). Néanmoins, si la MIQCP préconise que «le travail de jugement des projets par le jury ne résulte pas de notes pondérées et ensuite additionnées mais d'une appréciation globale et collégiale de chaque projet issue d'un débat entre les membres du jury et fondée exclusivement sur les critères d'évaluation des projets retenus par le maître d'ouvrage» (11), aucun texte n'interdit expressément la pondération de ces critères.

S'agissant des critères d'évaluation des projets, l'Ordre des architectes énonce (12), qu'ils peuvent notamment porter sur :

- le parti architectural, urbain et paysager (le cas échéant);
- l'efficacité organisationnelle et la valeur d'usage;
- la maîtrise et la bonne interprétation des contraintes et exigences du programme;
- l'adéquation du projet avec le montant des travaux de l'enveloppe prévisionnelle.

La MIQCP évoque (13) quant à elle la qualité de la réponse au programme et la compatibilité du projet avec l'enveloppe finan-

cière prévisionnelle affectée aux travaux. Dans ce dernier cas, encore faut-il que l'acheteur informe les candidats du montant de l'enveloppe financière des travaux dans l'avis ou le règlement de concours adressé aux candidats.

L'OFFRE FINANCIÈRE

La remise d'une offre financière par les candidats n'est pas expressément visée par les dispositions de l'article 88 du décret, contrairement à ce qui prévalait sous l'empire de l'ancien article 70 du code des marchés publics.

C'est ce que confirme la MIQCP (14) en énonçant que «la remise d'une offre d'honoraires ne peut être demandée tant que le concours n'est pas terminé, c'est-à-dire tant que le ou les lauréat(s) n'est (ne sont) pas désigné(s)». Elle indique en outre que «le maître d'ouvrage adresse à chaque participant au concours le programme, le règlement de concours et un projet de marché de maîtrise d'œuvre (...). C'est à partir de ces éléments et du projet proposé que sera évalué le montant des honoraires qui figurera dans l'offre de prix que fournira le lauréat après sa désignation par le maître d'ouvrage» (15).

Il en résulte que l'offre financière, qui ne fait pas partie des éléments pouvant être demandés au cours des phases de sélection des lauréats, ne peut être exigée qu'à l'issue du concours restreint et du (des) seul(s) lauréat(s) désigné(s). Le prix ne peut pas constituer un critère d'appréciation des projets des candidats. L'offre d'honoraires ne peut dorénavant être demandée qu'à l'issue du concours restreint, au(x) seul(s) lauréat(s) désigné(s) après avis du jury.

MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE AU TERME DU CONCOURS RESTREINT

Après désignation des lauréats, l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre est soumise au seul respect des principes fondamentaux de la commande publique (16) que sont la transparence des procédures, la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats, conformément à son article 90-II, 1°, du décret, qui renvoie à l'article 30, 6°.

En particulier, l'acheteur doit veiller, lorsque plusieurs lauréats ont été désignés à l'issue du concours, à ce que tous



soient invités à participer aux négociations, après avoir remis une offre dans le délai fixé.

La MIQCP indique à ce titre que l'offre du ou des lauréats désignés peut comporter le projet des prestations remis en phase de concours, une note portant sur les modalités d'organisation et la méthode d'exécution de la mission, une proposition d'honoraires, ainsi que tout élément de modification sur les documents contractuels (17).

Si la négociation ne doit pas avoir pour effet de modifier l'objet ou les caractéristiques essentielles du marché, elle implique nécessairement pour l'acheteur d'engager une discussion avec les candidats en vue d'obtenir les meilleures conditions de passation du marché (18). Pourront ainsi être négociés tous les éléments de l'offre et en particulier (19) :

- le prix et ses éléments;
- la quantité et la qualité des prestations;
- le délai d'exécution;
- les garanties de bonne exécution (pénalités, résiliation...).

La MIQCP préconise (20) que le marché de maîtrise d'œuvre est attribué au « meilleur projet compte tenu des critères d'évaluation des projets tout en permettant à la maîtrise d'ouvrage d'optimiser les conditions de sa réalisation au terme de la négociation ».

MODALITÉS D'EXAMEN DE L'OFFRE DU LAURÉAT

Au terme du concours restreint, la négociation avec le(s) lauréat(s), décrite ci-dessus, ne nécessite aucune nouvelle publicité ou mise en concurrence.

Dans le cas d'une pluralité de lauréats désignés en fin de procédure, les textes sont, en outre, muets sur les modalités

d'attribution du marché de maîtrise d'œuvre.

La pratique en vigueur est notamment traduite par le guide de la MIQCP (21) qui énonce que « dans le cas d'une pluralité de lauréats, le choix du lauréat attributaire du marché de maîtrise d'œuvre se fera au regard de l'avis du jury sur les projets rendus dans le cadre du concours et compte tenu de la discussion sur les projets dans le cadre des négociations. Tout nouveau critère pour attribuer le marché conduirait à une nouvelle mise en concurrence qui n'est pas compatible avec l'article 90 du décret qui impose l'attribution du marché sans publicité ni mise en concurrence à l'un des lauréats ».

Dès lors, l'acheteur qui prévoirait au terme de la négociation d'évaluer l'offre du (des) lauréat(s) au regard d'un ou plusieurs critères distincts de ceux utilisés en première phase de concours, imposerait de fait une nouvelle mise en concurrence, non conforme aux règles du concours restreint de maîtrise d'œuvre.

En outre, s'agissant de la mise en œuvre du critère de l'adéquation du projet par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle des travaux annoncée par l'acheteur, il apparaît également que les dispositions applicables sont muettes et la jurisprudence ne s'est pas à notre connaissance prononcée sur cette question.

Dès lors, pour pallier ces difficultés et permettre à l'acheteur d'apprécier l'offre financière du(des) lauréat(s) sans formuler

un nouveau critère de jugement relatif au prix, il est concevable, selon nous, d'envisager de libeller dans le règlement de concours l'intitulé du critère relatif à la compatibilité du projet par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle annoncée par le maître d'ouvrage de manière à ce que son application soit rendue possible successivement tant aux prestations remises qu'à l'offre qui comportera la rémunération du(des) lauréat(s).

Ainsi formulé, ce critère permettrait, en cas de pluralité de lauréats désignés, de départager après négociation les offres remises, afin de n'attribuer le marché de maîtrise d'œuvre qu'au meilleur projet, sur la base d'une appréciation globale intégrant dès lors la proposition d'honoraires.

A l'inverse, si un seul lauréat est désigné, ce qui constitue la voie la plus aisée, la mise en œuvre de ce critère lors de l'examen de l'offre du lauréat n'apparaît plus utile, dans la mesure où les honoraires proposés par ce lauréat seront les seuls à être négociés. ●



À NOTER
La mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) préconise que le marché de maîtrise d'œuvre est attribué au meilleur projet compte tenu des critères d'évaluation des projets tout en permettant d'optimiser les conditions de sa réalisation.

(1) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi « MOP ».

(2) Dont le cadre et les fonctionnalités sont précisées par l'arrêté NOR : ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs.

(3) Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques MIQCP, « Le concours de maîtrise d'œuvre : dispositions réglementaires et modalités pratiques d'organisation », septembre 2017, p. 26.

(4) Arrêté NOR : E1NM1600215A du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

(5) D. Dessus, « Passation des marchés de maîtrise d'œuvre :

premières erreurs dans l'application du décret marchés publics », « Le Moniteur », 21 juillet 2016.

(6) MIQCP, préc., p. 38.

(7) P. Cossalter, « Conseils, recommandations... pour l'organisation des concours », « Contrats publics », n° 172, janvier 2017, p. 29.

(8) N. Sitruk et L. Maunoury, « L'organisation d'un concours de maîtrise d'œuvre », « Contrats publics », n° 176, mai 2017, p. 53.

(9) MIQCP, préc., p. 65.

(10) MIQCP, préc., p. 38.

(11) MIQCP, préc., p. 38.

(12) Ordre des architectes, « Marchés publics de maîtrise d'œuvre : le mini-guide pour bien choisir l'architecte et son équipe », février 2018, p. 10.

(13) MIQCP, préc., p. 38.

(14) MIQCP, préc., p. 33.

(15) MIQCP, préc., p. 53.

(16) Fiche de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie et des finances, « Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables », 30 mars 2016, p. 1.

(17) MIQCP, préc., p. 64.

(18) CAA de Marseille, 27 juin 2002, « synd. aggl. nouvelle du nord-ouest de l'étang de Berre », req. n° 00MA01402.

(19) Fiche de la DAJ, préc., p. 13.

(20) MIQCP, préc., p. 65.

(21) MIQCP, préc., p. 65.