

Rédiger un marché de conception-réalisation

Démarches et pratiques organisationnelles





Contact :

Anabelle BILLY
ANAP
anabelle.billy@anap.fr

Résumé

La procédure de conception-réalisation est couramment utilisée dans les établissements publics de santé et s'est imposée au fil des opérations comme une alternative possible à la procédure classique, dite loi M.O.P. Son intérêt réside dans sa globalité permettant de définir et « fixer » le coût final de l'ouvrage dès la désignation de l'architecte, et de réduire les délais de réalisation de l'opération, sur la base d'un programme détaillé élaboré.

Ce guide, destiné principalement aux décideurs des secteurs sanitaire et médico-social, se veut essentiellement pratique et a pour objectif de faciliter la rédaction de ces marchés de conception-réalisation et de conception-réalisation-maintenance. Élaboré avec un groupe de travail composé de représentants de quatre établissements hospitaliers pratiquant régulièrement cette procédure, et d'un groupement de prestataires, il se veut donc avant tout un outil pratique rédigé par des professionnels pour des professionnels.

Il est composé d'une note juridique rappelant les principales sources du droit inhérentes à la procédure de conception-réalisation puis de fiches thématiques reprenant les principales clauses d'un marché de travaux avec ses enjeux et ses préconisations.

Summary

The design-construction procedure is currently used in French public health care facilities, and has been gaining ground as a possible alternative to the more typical procedure called the "loi M.O.P." (or the French Law on Public Project Contracting). Its interest resides in its comprehensiveness, which enables defining and "fixing" the final project cost upon appointing the architect, and reducing the time necessary to complete the project based on a highly detailed, well-developed programme.

Written by and for healthcare professionals, this essentially practical guide is intended primarily for healthcare professionals and medico-social decision-makers. Its goal is to facilitate drafting these design-construction and design-construction-maintenance contracts drawn up in conjunction with a working group consisting of representatives from four hospital facilities, as well as a group of service providers, who have regularly implemented this procedure.

This document consists of a legal notice, which recalls the main legal sources inherent in the design-construction procedure, topic sheets covering the primary clauses of construction contracts as well as contract challenges and recommendations.

Mots-clés

Investissements immobiliers, Conception-réalisation, Montage juridique, Procédure, Contrat, Marché de travaux, Maîtrise d'ouvrage

Keywords

Real estate investments, Design-construction, Legal arrangements, Procedure, Contract, Construction contract, Project management

Tribunes libres

« La conception-réalisation attire les maîtres d'ouvrage par l'optimisation attendue de la participation de l'entreprise à la conception, par un raccourcissement global des délais d'études et de procédures et par la connaissance du coût des travaux dès l'avant-projet.

Les Hospices civils de Lyon utilisent cette procédure pour des *opérations de process* (cuisine centrale produisant 13 000 repas par jour, stérilisation centrale d'une capacité de 35 m³ par jour, blanchisserie centrale traitant 32 tonnes de linge par jour), techniquement complexes (surélévations de bâtiments), urgentes (bâtiments modulaires), et, plus récemment, pour des opérations hospitalières plus classiques quoique techniques (gynécologie, laboratoires, et pavillon d'hématologie avec 78 lits et places, unité de pharmacie clinique oncologique, I.R.M. et scanner).

Le choix de la procédure résulte d'une analyse de l'opération : son objet, son contexte interne et externe, ses contraintes et risques. La conception-réalisation requiert de la maîtrise d'ouvrage une organisation adaptée, avec une gestion de projet forte et réactive, soutenue par un assistant au maître d'ouvrage pertinent. Elle nécessite également une vigilance permanente pour assurer le rôle et la place effective de chaque intervenant à l'acte de construire avec l'objectif partagé d'une construction de qualité tant technique qu'architecturale dans le respect des coûts et des délais. »

Sandrine THULLIER,

Chef du département Investissements travaux,
Direction des affaires techniques, Hospices civils de Lyon

« L'ordonnance du 4 septembre 2003 a ouvert au centre hospitalier de Valenciennes de nouvelles modalités de réalisation de ses ouvrages. Quelle belle opportunité et quoi de plus naturel pour un maître d'ouvrage d'associer tous les acteurs dès le montage du projet !

En effet, comme de nombreux hôpitaux, nous avons été confrontés aux difficultés de maîtrise globale d'un projet en loi M.O.P. Cette nouvelle disposition nous a permis de réaliser quelques opérations dans des contextes initiaux délicats. Au travers des ces projets, nous avons pu constater une meilleure efficacité du *process* (délais garantis, maîtrise des coûts, moins d'interlocuteurs). La généralisation de cette procédure est donc très tentante.

Cependant sa mise en œuvre et la maîtrise de l'environnement réglementaire restent complexe. Il est fondamental de disposer de quelques outils nous permettant de mieux l'appréhender. L'arrivée de ce guide pour la rédaction d'un marché en conception-réalisation est donc une très bonne nouvelle. Notre participation nous a permis au fur et à mesure de son élaboration d'identifier les points de vigilance par rapport à ce type de contrat.

Il n'en demeure pas moins que la réflexion portant sur le choix du montage doit être menée très en amont en fonction de la nature des projets et de la capacité du maître d'ouvrage à les porter. »

Morad RAHAL,

Directeur technique en charge du patrimoine, Pôle Logistique,
Centre hospitalier de Valenciennes

«Le moyen de la procédure en conception-réalisation et conception-réalisation-maintenance doit être retenu, en termes de pertinence et d'opportunité, dans l'objectif d'établir un marché de travaux qui garantisse le délai et le coût de réalisation d'un ouvrage en préservant la maîtrise par l'établissement de son projet d'investissement. Toute autre approche tendant à imposer ou à rejeter cette procédure d'achat doit être sereinement écartée au profit de cette démarche pragmatique.

En fonction des retours d'expérience et des échanges, il apparaît que la structuration d'un tel marché peut être soit l'adaptation *a minima* d'une dévolution de type loi M.O.P. pour régir les parties associées dans un groupement, soit un outil juridiquement plus audacieux qui remet largement en question les modalités de contractualisation sur le modèle européen du Contractant Général. Le choix, par le pouvoir adjudicateur, de la position du curseur entre ces deux modes tiendra compte des enjeux de l'opération et des moyens dont il s'entourera pour sécuriser un contexte relativement dénué de cadre juridique et de jurisprudence.

Suivant la nature et l'importance de l'opération projetée, le maître d'ouvrage aura conscience qu'il s'engage dans une démarche non balisée et que les clauses de son marché ne doivent pas se limiter aux intentions et aux objectifs généraux mais préciseront, soit par analogie avec des procédures connues, soit par la description détaillée des conditions de cette nouvelle procédure, les moyens qui lui garantissent de rester maître de l'ouvrage. Quoiqu'il en soit il apparaît que la procédure de conception-réalisation et de conception-réalisation-maintenance nécessite des moyens adaptés soit en interne mais le plus souvent en externe (A.T.M.O.) pour pouvoir cadrer cette démarche en face de partenaires qui tirent rapidement les enseignements de la pratique de ces nouveaux marchés. »

Jean-Jacques TANGUY,

Chef de projet,
Centre hospitalier intercommunal
Eure Seine (Evreux)

«Le CHU de Toulouse a réalisé plusieurs conceptions-réalisations dont le niveau de technicité a été croissant. Une plateforme de laboratoires de recherche de 3 000 m² a été achevée en 2011, moins d'un an après le choix du projet, sans aucune difficulté à la mise en service et sans surcoût. Les opérations en cours sont des bâtiments hospitaliers de plus grande envergure. Les conceptions-réalisations ont deux avantages pour les hôpitaux.

Le premier est le temps gagné : plus que le temps, c'est l'enchaînement rapide entre les phases qui change complètement la manière d'associer les utilisateurs. Dans les opérations hospitalières, les futurs utilisateurs sont présents depuis le début du projet, ce qui n'est pas sans difficulté dans la gestion d'une opération immobilière, tant les référentiels professionnels sont éloignés. Dans cette démarche au rythme soutenu, ils sont mobilisés sur les phases clés : le programme et le choix du projet. Ensuite, les étapes s'enchaînent rapidement, leur permettant de ne pas perdre le projet de vue.

L'autre avantage est la conception intégrée entre l'ingénierie de projet et de construction, permettant une meilleure maîtrise du rapport entre la qualité et les coûts. Lorsque le maître d'ouvrage choisit un projet lauréat, il en connaît le coût et les modes de réalisation. Comment faire pour que la conception architecturale soit à sa juste place tout au long du projet ? C'est au maître d'ouvrage de s'en assurer et il peut le faire assez facilement par sa manière de conduire l'opération. »

Philippe MERRICHELLI,

Responsable des achats filière informatique et technique,
Centre hospitalier universitaire de Toulouse

Sommaire

INTRODUCTION	8	2. FICHES THÉMATIQUES	30
1. NOTE JURIDIQUE	11	FICHE N°1 LES PIÈCES CONTRACTUELLES.....	30
RAPPEL ET DÉFINITION DES PRINCIPALES SOURCES JURIDIQUES DES MONTAGES EN CONCEPTION-RÉALISATION ET CONCEPTION-RÉALISATION-MAINTENANCE	11	FICHE N° 2 LES POINTS CLÉS DANS UN CONTRAT DE C.R.	34
Présentation du montage.....	11	FICHE N°3 RÉPARTITION DES RISQUES ENTRE LES PARTIES.....	40
Les différents pouvoirs adjudicateurs et les textes applicables...	12	FICHE N°4 RESPONSABILITÉS DES ACTEURS	46
SPÉCIFICITÉS DES PROCÉDURES.....	15	FICHE N°5 PÉNALITÉS ET RETENUES.....	50
Procédures issues du code des marchés publics	15	FICHE N°6 LA CONDUITE DES PRESTATIONS ET INTERACTION DES ACTEURS (VISA, EXE...).....	54
Procédures issues de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.....	17	FICHE N°7 LA GESTION DES MODIFICATIONS	58
LES POINTS SPÉCIFIQUES DANS LES CONTRATS DE CONCEPTION-RÉALISATION	18	FICHE N°8 LA PROBLÉMATIQUE DES MARQUES ET DE LA CONTRACTUALISATION.....	62
La mise au point du contrat	18	FICHE N°9 LA RÉCEPTION DES TRAVAUX	66
Options, prestations supplémentaires éventuelles et variantes.....	19	FICHE N°10 LES GARANTIES ET ASSURANCES.....	70
Tranches, lots ou phases.....	19	FICHE N°11 ANNEXE.....	78
Caractère forfaitaire du marché (impact d'une modification sur le caractère forfaitaire du contrat).....	20	FICHE N°12 RÈGLEMENT DES COMPTES	86
LES ACTEURS.....	20	FICHE N°13 CLAUSES DE RÉSILIATION	90
Le maître d'ouvrage	20	FICHE N°14 LE CAS PARTICULIER DE LA CONCEPTION-RÉALISATION-MAINTENANCE	94
Les assistants de la maîtrise d'ouvrage	20	FICHE N°15 PARTICULARITÉS DU DIALOGUE COMPÉTITIF - MARCHÉS À PROCÉDURE ADAPTÉE ET PROCÉDURE NÉGOCIÉE	98
Le groupement de conception-réalisation.....	23	FICHE N°16 LES AUTOCONTRÔLES, LES CONTRÔLES INTERNES, LES CONTRÔLES EXTERNES ET LES CONTRÔLES EXTÉRIEURS	102
CAS PARTICULIER DE L'ABSENCE D'UN C.C.A.G. DE CONCEPTION-RÉALISATION.....	26	3. BIBLIOGRAPHIE	104
LA DÉMARCHE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET H.Q.E.®	27	4. REMERCIEMENTS	105
SCHÉMA RÉCAPITULATIF DES TEXTES APPLICABLES.....	28	5. GLOSSAIRE	107



Introduction

UNE PROBLÉMATIQUE RÉCURRENTÉ ET DES ENJEUX FORTS

Bien que les différents plans nationaux d'investissements hospitaliers et médico-sociaux de ces dernières années furent d'une ampleur sans précédent, les besoins d'adaptation de l'immobilier de santé restent importants compte tenu de multiples facteurs sociaux, réglementaires et notamment de l'évolution rapide et large des modes de prise en charge.

Dans les prochaines années, les nouveaux besoins d'investissements continueront de s'élever annuellement à plusieurs millions, voire milliards d'euros.

La réponse à ces besoins en termes de réalisation immobilière devra être faite suivant des critères de choix qui porteront sur la technicité des projets, le délai imparti à l'opération immobilière et la réelle efficacité de la maîtrise d'ouvrage à accomplir son projet immobilier.

Aujourd'hui la rapidité de mise en œuvre de ces projets immobiliers est liée en partie à l'élargissement des modes de dévolution possibles pour les établissements publics de santé dont l'accès dérogatoire à la procédure de conception-réalisation.

Affirmer que la procédure de conception-réalisation a changé fondamentalement le paysage de la commande publique hospitalière est à ce jour totalement fondé.

Ce type de contrat est devenu une procédure couramment utilisée dans les établissements publics de santé et s'est imposé au fil des opérations comme une alternative possible à la procédure classique de la commande publique (dite loi M.O.P.).

L'actualité des marchés publics nationaux nous le démontre au quotidien en permettant à plusieurs commanditaires publics l'accès à cette procédure mais également à la conception-réalisation-maintenance.

Le panel de la commande publique est large. Les décideurs en établissement de santé devront choisir la procédure pour leurs opérations immobilières qui correspondra le mieux à leurs attentes et leurs capacités à faire : procédure classique dite M.O.P., ou conception-réalisation.

LA CONCEPTION-RÉALISATION : UNE « RÉVOLUTION » DE LA COMMANDE PUBLIQUE HOSPITALIÈRE

Lors de l'élaboration du plan Hôpital 2007, la réflexion du ministère de la Santé fut de soutenir l'investissement hospitalier à un niveau sans précédent afin de moderniser les structures hospitalières tout en souhaitant une réalisation accélérée des opérations immobilières.

C'est ainsi que furent introduites dans le code de la santé, via l'ordonnance du 4 septembre 2003, deux nouvelles mesures portant sur la réalisation des opérations immobilières et appelées « marchés globaux » ; à savoir le Bail emphytéotique hospitalier (B.E.H.) et la conception-réalisation élargie aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaires.

Dès 2004, la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (M.A.I.N.H.) a rédigé un premier guide spécifiant les différences entre la conception-réalisation et une procédure traditionnelle de construction.

Par la suite, en 2007, et après quatre ans de pratique par les établissements et plus d'une centaine d'opérations lancées en conception-réalisation, la M.A.I.N.H. a souhaité évaluer cette procédure afin d'en tirer un premier bilan. Les principaux constats furent sans appel :

→ un délai de réalisation des opérations de construction très largement raccourci (en comparaison à des délais d'opérations traditionnelles) ;

→ une meilleure maîtrise du projet (coûts, délais, programme) du fait de l'engagement précoce des acteurs, de l'unicité d'interlocuteur et de l'arbitrage interne au groupement entre le maître d'œuvre et l'entrepreneur ;

→ l'unicité du contrat qui facilite la gestion administrative et permet une meilleure gestion des défaillances.

Fort de ce constat, la procédure de conception-réalisation a été élargie aux établissements de santé relevant de l'article

L.124-4 du code de la Sécurité sociale dont relèvent les caisses primaires, les caisses d'allocations familiales, les caisses de retraite et les organismes des régimes autres que le régime général.

L'intérêt double de ce type de montage réside donc dans sa globalité permettant de définir et « fixer » le coût final de l'ouvrage dès la désignation de l'architecte, et incontestablement de réduire les délais de réalisation de l'opération, sur la base d'un programme détaillé élaboré.

Dans un contexte de tarification à l'activité et de tarif d'hébergement à la journée pour le secteur médico-social, maîtriser son coût d'opération et sa date de livraison sont deux conditions essentielles à la réussite d'un projet d'investissement.

Cependant et comme dans toute procédure de réalisation de travaux des risques opérationnels subsiste : l'un des pendants aux attraits de la procédure de conception-réalisation réside dans la nécessité absolue de disposer d'une maîtrise d'ouvrage compétente, structurée et disponible, et appuyée par des assistants soigneusement choisis, tel qu'il en ressort également de l'évaluation de 2007.

Un des moyens pour permettre cette réussite réside donc dans la rédaction cohérente et équilibrée d'un marché de conception-réalisation.

L'OBJECTIF DU DOCUMENT

L'ANAP s'attache à diffuser auprès des équipes de direction des établissements de santé les bonnes pratiques dans la conduite de leurs projets immobiliers afin d'optimiser leurs investissements.

Les investissements immobiliers sont fondamentaux pour la performance des établissements et ceux-ci doivent être outillés pour sécuriser et utiliser au mieux leurs ressources.

Ce guide destiné principalement aux décideurs des secteurs sanitaire et médico-social est un outil qui se veut essentiellement pratique pour faciliter la rédaction de ces marchés de conception-réalisation.

LA MÉTHODOLOGIE ET LE CONTENU DU GUIDE

Ce guide traite des points spécifiques à la procédure de conception-réalisation et conception-réalisation-maintenance et devant être précisés dans un contrat. Il n'est pas fait état volontairement de points plus généraux pouvant être communs à toutes les procédures ou qui relèvent de la nature du projet et non pas de la procédure choisie (exemple : phasages de travaux liés à des opérations tiroirs, caractère forfaitaire d'un marché de travaux...). Par ailleurs il est important de rappeler que la réussite d'un projet suivant cette procédure ne peut se faire qu'à l'aide d'un programme technique détaillé pertinent et complet.

Cet ouvrage a été élaboré avec un groupe de travail composé de représentants de quatre établissements hospitaliers pratiquant régulièrement la procédure de conception-réalisation et d'un groupement de prestataires réalisant également des opérations suivant cette procédure. Ce guide se veut donc avant tout un outil pratique rédigé par des professionnels pour des professionnels.

Il est composé d'une note juridique rappelant les principales sources du droit inhérentes à la procédure de conception-réalisation puis de fiches thématiques reprenant les principales clauses d'un marché de travaux avec ses enjeux et ses préconisations.



1

NOTE JURIDIQUE

RAPPEL ET DÉFINITION DES PRINCIPALES SOURCES JURIDIQUES DES MONTAGES EN CONCEPTION-RÉALISATION ET CONCEPTION-RÉALISATION- MAINTENANCE

PRÉSENTATION DU MONTAGE

Le contrat de conception-réalisation est le contrat par lequel le maître d'ouvrage confie à un groupement d'opérateurs économiques « une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux »⁽¹⁾.

La définition communautaire dispose que le marché de conception-réalisation est un marché de travaux.

Code des marchés publics **Article 37**

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.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des

motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédent sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

Il s'agit donc d'un contrat global regroupant l'exécution des études et des travaux, soit la conception et la réalisation.

Le groupement se voit confier par contrat l'entière responsabilité de concevoir, réaliser, livrer un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure, destiné à répondre aux besoins exprimés par le maître d'ouvrage.

Le contrat de conception-réalisation peut être étendu à l'entretien et la maintenance des ouvrages édifiés. Par exemple, pour des maîtres d'ouvrage soumis au code des marchés publics, l'article 73 du code des marchés publics introduit par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique prévoit que « les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance 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 [...]»⁽²⁾.

(1) Cf. article 37 du code des marchés publics alinéa 1^{er}.

(2) Cf. article 73 du code des marchés publics alinéa II.

.....

Code des marchés publics
Article 73

I. Les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance 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. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet.

II. Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance 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. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet.

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.

Le régime de primes du IV de l'article 69 est applicable aux marchés définis au présent II, quel que soit leur montant estimé.

III. Lorsque la valeur estimée des marchés mentionnés aux I et II est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26 ou lorsque ces marchés relèvent de l'article 30, ils peuvent être passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28.

Lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, ces marchés sont passés selon une des procédures prévues au I de cet article. Lorsqu'ils comprennent la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, les marchés mentionnés au II sont passés selon les règles prévues aux I et II de l'article 69.

IV. Les marchés mentionnés aux I et II fixent le prix de l'ensemble des prestations et les modalités de rémunération du titulaire. La rémunération de l'exploitation et de la maintenance est liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution. Les modalités de rémunération se conforment aux dispositions des deux dernières phrases de l'article 10 et de l'article 96 du présent code.

Ces marchés prévoient, parmi les critères de choix des offres, le critère de coût global de l'offre ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus aux I et II, définis en fonction de l'objet du marché.

.....

LES DIFFÉRENTS POUVOIRS ADJUDICATEURS ET LES TEXTES APPLICABLES

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dite loi M.O.P. a défini l'objet du contrat de conception-réalisation comme regroupant à la fois les études et les travaux. Le code des marchés publics et 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 en ont défini les règles de passation.

.....

Loi M.O.P.
Article 18-I

Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, 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. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code.

.....

Deux conditions doivent être remplies pour l'application de la loi M.O.P. :

→ d'une part l'identité du maître d'ouvrage (cf. 2.2.1) ;

→ d'autre part la nature de l'ouvrage qui sera édifié (cf. 2.2.3).

Par ailleurs, le code de la santé publique introduit un régime dérogatoire à la loi M.O.P. à l'article L.6148-7. Cet article ouvre la possibilité, pour un Établissement public de santé (E.P.S.) ou un organisme visé à l'article L.124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé ou une structure de coopération sanitaire, de passer un marché portant à la fois sur la conception, la réalisation, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements, ou sur une combinaison de ces différentes missions.

.....

Code de la santé publique
Article L.6148-7

Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 de la 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, un établissement public de santé, un organisme visé à l'article L.124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments. L'offre des candidats identifie la qualification et la mission de chacun des inter-

venants en charge d'un ou de plusieurs de ces éléments ; pour la conception, elle fait apparaître la composante architecturale du projet. L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'établissement public de santé, un organisme visé à l'article L.124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé ou la structure de coopération sanitaire et la personne ou le groupement de personnes selon les procédures prévues par le code des marchés publics. Si le marché est alloué, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global. Parmi les critères d'attribution, l'établissement public de santé peut faire figurer la part du contrat que le titulaire attribuera à des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans ainsi que les modalités de contrôle des engagements pris par le titulaire à cet effet. Le contrat distingue, au sein de son montant global, les parts respectives de l'investissement, du fonctionnement et des coûts financiers.

Pouvoir adjudicateur soumis à la loi M.O.P.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi M.O.P. sont précisés à l'article 1 de la loi. Ainsi, la loi M.O.P. est applicable à :

1. l'État et ses établissements publics y compris les établissements publics à caractère industriel et commercial ;
2. les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L.321-1 du code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L.166-1 du code des communes ⁽³⁾ ;
3. les établissements de santé (article L. 6141-1⁽⁴⁾ du code de la santé publique) ;
4. les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale dont relèvent les caisses primaires, les caisses d'allocations familiales, les caisses de retraite et les organismes des régimes autres que le régime général, notamment : U.R.S.S.A.F. (Unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales) ; C.P.A.M. (Caisse primaire d'assurance-maladie) ; C.R.A.M. (Caisse régionale d'assurance-maladie) ; U.R.C.A.M. (Union régionale des caisses d'assurance-maladie) ; M.S.A. (Mutualité sociale agricole) ; R.S.I. (Régime

social des indépendants) ; C.P.R. (Caisse de prévoyance et de retraite (S.N.C.F.)) ; M.G.E.N. (Instituteurs) ; C.A.F. ; C.O.T.O.R.E.P. ; C.L.I.C. (Centre local d'information et de coordination (personnes âgées))...

Ainsi, dans le domaine de la santé et du médico social, les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi M.O.P. sont les suivants :

1. établissement public de santé (E.P.S.)⁽⁵⁾ ;
2. organisme gérant un établissement de santé relevant de l'article L.124-4 du code de la sécurité sociale ;
3. G.C.S. ayant la qualité de personne morale de droit public au sens du I-1 de l'article L.6133-3 du code de la santé publique et érigé en établissement de santé⁽⁶⁾ ;
4. établissement public social ou médico-social (E.P.S.M.S.).

Pour ces pouvoirs adjudicateurs, la question se pose des conditions de recours à la procédure de conception-réalisation.

Pour les établissements cités aux points 1 à 3, le législateur a ouvert la possibilité de recourir au montage de conception-réalisation sans avoir à justifier de motifs techniques particuliers (cf. article L. 6148-7 du C.S.P.). Il est important de noter la possibilité laissée aux établissements de combiner les missions en associant soit la conception et la réalisation ; soit la conception, la réalisation et la maintenance.

Dans ce cas, l'exécution d'une opération suivant la procédure visée à l'article L. 6148-7 du code de la santé publique résulte d'un marché passé entre l'établissement public de santé, un organisme⁽⁷⁾ visé à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé ou la structure de coopération sanitaire et la personne ou le groupement de personnes selon les dispositions prévues par le code des marchés publics.

Bien que l'article 2 du code des marchés publics dispose que « les pouvoirs adjudicateurs soumis au code sont » d'une part, « L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial », d'autre part « les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. », celui-ci s'applique, quelle que soit la nature de l'ouvrage, pour tous les pouvoirs adjudicateurs identifiés dans l'article L.6148-7 du code de la santé publique.

(3) C'est le cas des E.H.P.A.D. indépendants par exemple.

(4) Les établissements publics de santé sont désormais soumis au contrôle de l'État.

L'article L.6141-1 du code de la santé publique, portant statut des E.P.S., a été complètement modifié par la loi H.P.S.T. Il indique que « les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont soumis au contrôle de l'État dans les conditions prévues par le présent titre. Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial. Le ressort des centres hospitaliers peut être communal, intercommunal, départemental, régional, interrégional ou national ».

Il n'est ainsi plus question de rattachement local mais de ressort territorial. Cette modification mise en perspective avec le pouvoir de création et de contrôle de l'État sur les établissements publics de santé, marque le changement statutaire des centres hospitaliers qui ne relèvent dorénavant plus de l'échelon local. Cette analyse est confirmée par l'exposé des motifs relatif au décret n°2010-1177 du 5 octobre 2010 portant diverses dispositions relatives à la tarification des établissements de santé et aux marchés des établissements publics de santé, où il est clairement précisé que « le décret a pour objet (...) de modifier le code des marchés publics afin que la suppression du rattachement des établissements publics de santé aux collectivités territoriales opérée par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et au territoire soit sans incidence sur les seuils de marchés publics applicables à ces établissements ».

(5) L'article L.6141-1 du code de la santé publique dispose que « Les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont soumis au contrôle de l'État dans les conditions prévues par le présent titre. Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial ». À ce titre, ils sont donc soumis à la loi M.O.P.

(6) Selon l'article L.6133-3 du code de la santé publique les G.C.S ayant la qualité de personne morale de droit public peuvent opter pour être « Établissement de santé ». Dans ce cas et compte tenu de la rédaction de la loi, ils seront a priori soumis à la loi M.O.P.

(7) Les organismes visés à l'article L.124-4 du code de la sécurité sociale ne sont soumis au code des marchés publics que par application de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale.

L'article 2 de l'arrêté précité indique que « les dispositions législatives et réglementaires relatives aux conditions de passation et d'exécution des marchés publics et des accords-cadres de l'État et de ses établissements publics sont applicables à ces organismes mentionnés [...] ».

Pouvoir adjudicateur non soumis à la loi M.O.P.

Les pouvoirs adjudicateurs non soumis à la loi M.O.P. sont, d'une part, ceux qui ne sont pas précisés à l'article 1 de cette même loi, d'autre part, ceux qui en raison de la nature de l'ouvrage échappent à son application.

En ce qui concerne l'identité des maîtres d'ouvrage dans le domaine de la santé ou du médico-social, les pouvoirs adjudicateurs de droit privé (autres que ceux visés à l'article L.124-4 du code de la sécurité sociale) ne relèvent en général pas de la loi M.O.P. sauf s'ils ont choisi eux-mêmes de s'y référer dans le cadre de leur règlement interne.

On distingue généralement parmi les établissements de soins privés ceux qui poursuivent un but commercial et ceux qui en sont dépourvus. Parmi ces établissements, ceux qui participent au service public hospitalier, établissements de santé de droit privé non soumis à la loi M.O.P., sont devenus des Établissements de santé privés d'intérêt collectif (E.S.P.I.C.).

En effet, depuis la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et au territoire dite H.P.S.T., et selon les dispositions du décret n° 2010-535 du 20 mai 2011 relatif aux établissements de santé privés d'intérêt collectif, les établissements privés participant au service public hospitalier (P.S.P.H.) ont pris la qualification d'Établissements de santé privés d'intérêt collectif (E.S.P.I.C.), et assurent à ce titre une ou plusieurs missions de service public. Cependant, ces établissements ont une personnalité morale de droit privé.

D'autres maîtres d'ouvrage à statut privé ne relèvent pas de la loi M.O.P. Ainsi, dans le domaine de la santé et du médico-social, les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas soumis à la loi M.O.P. sont les suivants :

- E.S.P.I.C. ;
- G.C.S. ou G.C.S.M.S. ayant la qualité de personne morale de droit privé au sens du I-1 de l'article L.6133-3 du code de la santé publique ;
- G.I.E.⁽⁸⁾ ;
- Syndicat interhospitalier (S.I.H.)⁽⁹⁾ ;
- autres établissements de droit privé.

Certains maîtres d'ouvrage à statuts publics ne relèvent pas de la loi M.O.P., sauf indication contraire dans leurs statuts, il s'agit par exemple :

- G.C.S. ayant la qualité de personne morale de droit public au sens du I-1 de l'article L.6133-3 du code de la santé publique n'ayant pas le statut d'établissement de santé⁽¹⁰⁾ ;
- G.C.S.M.S. ayant la qualité de personne morale de droit public au sens du I-1 de l'article L.6133-3 du code de la santé publique ;
- G.I.P. composé majoritairement d'organismes ayant le statut de pouvoir adjudicateur public⁽¹¹⁾.

Pour ces pouvoirs adjudicateurs, la question se pose des conditions de recours à la procédure de conception-réalisation.

Pour les E.S.P.I.C., non soumis au code des marchés publics, les dispositions de 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 peuvent éventuellement s'appliquer, par exemple si le financement est majoritairement apporté par un organisme visé dans l'ordonnance. Les conditions d'application de l'ordonnance dépendent donc des statuts de chaque établissement.

Pour les autres pouvoirs adjudicateurs publics, les conditions d'application de l'ordonnance de 2009 s'appliquent dès lors que le financement est majoritairement apporté par un organisme visé par l'ordonnance. En revanche, les groupements de coopération sanitaire de droit public non soumis à la loi M.O.P. peuvent avoir recours à la conception-réalisation en application de l'article L.6148.7 du code de la santé publique.

Les autres établissements de soins privés, s'ils ne relèvent pas du code des marchés publics, peuvent éventuellement relever de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 selon les textes qui leurs sont applicables.

Les ouvrages non soumis à la loi M.O.P.

La loi est applicable à la construction ou la réhabilitation ou réutilisation des ouvrages de bâtiment, des ouvrages d'infrastructure et des équipements industriels liés à leur exploitation mais elle exclut de son champ d'application :

- les ouvrages industriels ;
- les centrales de production d'énergie ;
- les centrales de chauffage urbain ;
- les unités de traitement des déchets ;

(8) Doté de la personnalité morale, le G.I.E. permet à ses membres de mettre en commun certaines de leurs activités afin d'en faciliter le développement et d'en accroître les résultats. Cette formalité de coopération présente l'avantage d'être soumise à un régime juridique souple défini par les articles L.251-1 et suivants du code de commerce. Le G.I.E. réunit deux ou plusieurs personnes physiques ou morales pour une durée déterminée. Un G.I.E. ne peut exercer lui-même directement la profession de ses membres. Il ne s'agit que d'un groupement de moyens.

(9) Les S.I.H. doivent se transformer en G.C.S. ou G.I.P. dans un délai de 3 ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi H.P.S.T. (juillet 2012).

(10) La détermination de la nature juridique du G.C.S. est fixée à l'article L.6133-3 du C.S.P.

Le G.C.S. de moyens est une personne morale de droit public lorsqu'il est constitué exclusivement par des personnes de droit public, ou par des personnes de droit public et des professionnels médicaux libéraux.

Le G.C.S. de moyens est une personne morale de droit privé lorsqu'il est constitué exclusivement par des personnes de droit privé.

Dans les autres cas, la nature juridique du G.C.S. est fixée par les membres dans la convention constitutive.

(11) Le recours aux G.I.P. dans le domaine sanitaire et social a été autorisé par la loi du 23 juillet 1987 relative au mécénat complétée par le décret n° 88-1034 du 7 novembre 1988 relatif aux G.I.P. constitués dans le domaine de l'action sanitaire et sociale. Doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière, le G.I.P. peut être constitué par des personnes morales de droit public ou privé pour exercer ensemble les activités de leur choix. La convention constitutive du G.I.P. en détermine l'objet ainsi que les modalités d'organisation et de fonctionnement. La possibilité de créer des G.I.P. dans le domaine de la santé est prévue par l'article L.6134-1 du code de la santé publique.

... les ouvrages conçus pour l'exercice d'une activité industrielle incluse dans les classes 04, 05 et 09 à 54 de la nomenclature d'activité par le décret n° 73-1036 du 9 novembre 1973 portant approbation des nomenclatures d'activités et de produits ;

... les ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une Z.A.C. ou d'un lotissement ;

... les ouvrages de bâtiment acquis par les organismes d'H.L.M. visés à l'article L.411-2 du code de la construction et de l'habitation par un contrat de vente d'immeuble à construire ;

... les logements à usage locatif aidés par l'État qui sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'autres régimes juridiques mais seulement sur dispense du préfet.

SPÉCIFICITÉS DES PROCÉDURES

PROCÉDURES ISSUES DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Conditions de recours

L'article 37 du code des marchés publics rappelle la définition du contrat de conception-réalisation.

Code des marchés publics

Article 37

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. [...]

L'article 37 précise les conditions du recours à ce type de marché, à savoir l'existence de motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Pour les pouvoirs adjudicateurs ou les opérations qui n'entrent pas dans le champ dérogatoire de l'article L.6148-7 du code de la santé publique, les motifs d'ordre technique ou l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur restent toujours à justifier.

À titre d'exemple, un E.H.P.A.D. ne relevant pas d'un établissement public de santé entre dans cette catégorie.

La motivation technique telle que définie dans l'article 37 du code des marchés publics recouvre deux aspects :

... le type d'ouvrage ou plus précisément sa destination : la présence d'un *process* particulier qui va influencer fortement sur la conception et qui demande par conséquent la présence de l'entreprise, détentrice de ce savoir-faire ou de ce *process*, pour l'établissement des études ;

... la mise en œuvre de l'ouvrage de par ses caractéristiques intrinsèques qui nécessitent une exécution dépendant des moyens et de la technicité propre de l'entreprise.

L'analyse de la jurisprudence révèle que l'appréciation de la motivation technique est très stricte⁽¹²⁾.

L'argumentation tendant à démontrer que la motivation technique devra nécessairement regrouper plusieurs facteurs de technicité afin de pouvoir constituer un faisceau d'indices convergent n'est pas suffisante. La complexité technique ne doit pas être considérée de façon isolée. Il faut également démontrer que cette complexité technique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage et justifie de faire appel à la technicité et au savoir-faire des entreprises pour réaliser les études.

Il est également important de noter que la réduction des délais qui peut constituer un avantage de ce processus n'est évidemment pas une motivation technique.

Bien que le décret n° 93-1270 du 29 novembre 1993 soit abrogé, la circulaire n° 95-58 du 9 août 1995 du ministère de l'Équipement, relative à son application reste intéressante dans son interprétation des conditions de recours sur la justification des motivations techniques (cf. annexe).

« Dans le cadre des missions qui leur sont imparties et dans les conditions définies par voie réglementaire, les établissements publics de santé peuvent participer à des actions de coopération, y compris internationales, avec des personnes de droit public et privé. Pour la poursuite de ces actions, ils peuvent signer des conventions, participer à des groupements d'intérêt public, des groupements d'intérêt économique ou des groupements de coopération sanitaire ou constituer entre eux des fédérations médicales interhospitalières.

Pour les actions de coopération internationale, les établissements publics de santé peuvent également signer des conventions avec des personnes de droit public et privé, dans le respect des engagements internationaux souscrits par l'État français ».

Les G.I.P. sont des personnes morales de droit public, cependant, ils relèvent d'un régime juridique distinct de celui applicable aux établissements publics.

En effet, le Tribunal des conflits par une décision en date du 14 février 2000 « G.I.P. Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abri c/ Mme VERDIER » a posé le principe selon lequel les G.I.P. sont « des personnes publiques soumises à un régime spécifique » qui se caractérise par « une absence de soumission de plein droit (...) aux lois et règlements régissant les établissements publics ».

(12) La construction d'une usine d'incinération avec valorisation énergétique des déchets ménagers et assimilés (TA Strasbourg, 10 novembre 1997, Soc Krebs contre S.I.V.O.M. de l'agglomération messine, req. n° 97-2122, Droit des Marchés Publics, III.231.1 p. 5 - octobre 2006 mise à jour n° 48) ;

la réalisation d'un parking justifiée par le fait « qu'il résulte de l'instruction que la conception et la réalisation d'un parking souterrain, place Jean-Jaurès à Saint-Étienne, au centre-ville, sont de nature à entraîner d'importantes difficultés liées à un ouvrage enterré de grande profondeur, affectant les nappes phréatiques superficielles et profondes et l'environnement de la fouille, par l'utilisation éventuelle d'explosifs, les solutions techniques diverses, affectant fortement les coûts et les délais; qu'ainsi, cet ouvrage sans précédent dans la ville entre dans le champ d'application des dispositions qui précèdent » (TA Lyon, 24 juin 1996, M. Jean-Claude CHAMBERLAIN c/ Conseil régional de l'Ordre des architectes de Rhône-Alpes, req. n° 960.2420 in CP-ACCP, n° 9 p. 22 de mars 2002).

Il résulte de cette jurisprudence que le maître d'ouvrage se trouve dans l'obligation de justifier de manière très précise les considérations techniques autorisant à recourir à cette procédure. Les caractéristiques et contraintes que le maître de l'ouvrage invoque doivent d'ailleurs être mentionnées dans l'avis d'appel à la concurrence (C.E. 16 octobre 2000, S^e Stereau : Contrats-Marchés publ. 2000 comm. 42, note Llorens.)

Les procédures de passation d'un marché de conception-réalisation

Les particularités de la procédure de conception-réalisation sont décrites à l'article 69 du code des marchés publics. Par ailleurs, le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique a introduit l'article 73 relatif aux marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, l'article 69 du code des marchés publics définit trois procédures :

- l'appel d'offres restreint ;
- le dialogue compétitif ;
- la procédure adaptée.

Code des marchés publics Article 69

I. - Les marchés de conception-réalisation définis à l'article 37 sont passés par les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée selon la procédure d'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions particulières qui suivent :

- un jury est composé dans les conditions fixées par le I de l'article 24. Il comporte, dans tous les cas, au moins un tiers de maîtres d'œuvre désignés par le président du jury. Ces maîtres d'œuvre sont indépendants des candidats et du pouvoir adjudicateur et sont compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception,
- le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Le pouvoir adjudicateur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation,
- les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir auditionnés. Ces prestations comportent 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 ;
- le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé,
- le pouvoir adjudicateur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Cependant, ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché,
- 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.

Le règlement de la consultation prévoit le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont le jury a estimé que les offres remises avant l'audition étaient incomplètes ou ne répondaient pas au règlement

de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat 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.

II. - Dans le cas des opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, et si les conditions définies aux articles 36 et 37 sont réunies, les marchés de conception-réalisation peuvent également être passés selon la procédure du dialogue compétitif. Ils suivent alors les dispositions prévues à l'article 67.

III. - Lorsque le marché de conception-réalisation est d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, et si les conditions définies à l'article 37 sont réunies, il peut être passé selon une procédure adaptée régie par l'article 28.

IV. - Dans les cas prévus aux II et III ci-dessus, si les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, ils mentionnent également le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont l'offre ne répondait pas aux documents de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat 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.

Appel d'offres restreint du code des marchés publics

La première procédure décrite au I de l'article 69 du code des marchés publics est une déclinaison particulière de l'appel d'offres restreint.

La procédure de conception-réalisation en appel d'offres restreint se caractérise par les points suivants :

- un jury composé comme pour un concours et comportant au moins un tiers de maîtres d'œuvre ;
- l'audition des candidats au stade de la remise des offres ;
- les prestations remises dans le cadre de l'offre comportant au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure ;
- le versement obligatoire des primes dont le montant correspond au prix estimé des études de conception demandées, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Par ailleurs, s'agissant d'un appel d'offres restreint de travaux, le nombre minimum de candidats pouvant présenter une offre est fixé à cinq. Cependant le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure si le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection de candidatures est inférieur à cinq.

Le dialogue compétitif du code des marchés publics

La procédure de dialogue compétitif, applicable dans certaines conditions, a été ouverte à la conception-réalisation par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics pour les pouvoirs adjudicateurs.

Son recours est encadré par trois conditions cumulatives :

- ... les opérations visées sont celles de réhabilitation de bâtiments ;
- ... l'opération objet du marché public est considéré comme complexe (article 36 du C.M.P.) ;
- ... des motifs d'ordre technique ou un engagement sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique doivent rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur à l'établissement des études (article 37 du C.M.P.).

Les pouvoirs adjudicateurs faisant application de l'article L.6148.7 peuvent néanmoins recourir au dialogue compétitif même pour une construction neuve sous réserve de justifier d'une réelle complexité. Le dialogue compétitif constitue une procédure exigeante dont l'utilisation n'est pas judicieuse sans une réelle problématique de complexité et dont l'utilisation inappropriée peut conduire à des dérives des coûts et de délais. Cette complexité est d'autant plus avérée lorsque le maître d'ouvrage inclut la maintenance, dans son contrat, y compris pour des constructions neuves, comme la D.H.O.S. l'a confirmée dans sa note 3347/09/D du 12 août 2009⁽¹³⁾.

La procédure adaptée du code des marchés publics

La procédure adaptée est définie à l'article 28 du code des marchés publics, pour les pouvoirs adjudicateurs.

Son recours est encadré par deux conditions cumulatives :

- ... le montant du marché est inférieur au seuil communautaire (II de l'article 26) ;
- ... des motifs d'ordre technique ou un engagement sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique doivent rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur à l'établissement des études (article 37).

Procédure de conception-réalisation et exploitation ou maintenance

L'article 73 du code des marchés publics précise les conditions de recours à ce type de marché.

« Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance 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. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet. »

Le deuxième alinéa du II de l'article 73 dispose que pour les travaux relevant de la loi M.O.P., ces marchés sont soumis à l'obligation de

justifier la nécessité technique pour associer l'entrepreneur.

Pour les pouvoirs adjudicateurs qui relèvent du champ dérogatoire de la loi M.O.P. (par l'article L.6148-7 du code de la santé publique), cette condition n'est donc pas applicable (cf. *supra*).

Par ailleurs, dès lors que le projet répond parfaitement au cadre fixé par l'article L.6148-7 du code de la santé publique, le pouvoir adjudicateur peut passer un marché global portant sur la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance selon la procédure la plus appropriée décrite dans le code des marchés publics.

PROCÉDURES ISSUES DE L'ORDONNANCE N° 2005-649 DU 6 JUIN 2005

L'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 rappelle les différents types de contrats concernés et en particulier introduit la définition des marchés de travaux comme ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage. Il faut noter que cette définition des marchés de travaux est identique à celle des directives 2004/17/C.E. et 2004/18/C.E. du 31 mars 2004 et à celle du code des marchés publics.

L'ordonnance n° 2005-649 renvoie à des décrets en Conseil d'État pour le détail des procédures. Pour les pouvoirs adjudicateurs, c'est le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 qui fixe les règles applicables aux marchés de conception-réalisation.

Le I de l'article 41-1 du décret n° 2005-1742 modifié rappelle les conditions de recours à ce montage contractuel et reprend les dispositions de l'article 18 de la loi M.O.P.

L'article 41-1 du décret n° 2005-1742 restreint la passation d'un marché de conception-réalisation à trois procédures pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi M.O.P. :

- ... l'appel d'offres restreint ;
- ... le dialogue compétitif ;
- ... la procédure librement choisie.

Pour les autres pouvoirs adjudicateurs, le marché de conception-réalisation étant un marché de travaux, les procédures décrites dans le décret sont applicables.

Pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi M.O.P., les procédures sont les suivantes :

Appel d'offres restreint de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

La première procédure décrite au II de l'article 41-1 du décret n° 2005-1742 applicable est une déclinaison particulière de l'appel d'offres restreint.

(13) Interrogée sur l'opportunité de recourir à la procédure de dialogue compétitif pour un marché de conception-réalisation-entretien-maintenance, la Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins du ministère de la Santé a confirmé dans la note 3347/09/D du 12 août 2009 que « l'article L. 6148-7 du code de la santé publique, qui permet à un établissement public de santé, par dérogation aux articles 7 et 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, de passer un marché global en confiant les missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur à une même personne, prévoit que ce marché est passé selon les procédures prévues par le code des marchés publics.

En conséquence, dès lors que son projet répond parfaitement au cadre fixé par l'article L.6148-7 du code de la santé publique, un établissement public de santé peut passer un marché global portant sur la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance, selon la procédure de dialogue compétitif et dans le respect des dispositions des articles 36 et 67 du code des marchés publics ».

La procédure de conception-réalisation en appel d'offres restreint se caractérise par les points suivants :

- le pouvoir adjudicateur doit être soumis à la loi M.O.P. (I de l'article 41-1) et donc démontrer que les motifs techniques rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études ;
- un jury composé par le pouvoir adjudicateur et comportant au moins un tiers de maîtres d'œuvre ;
- l'audition des candidats au stade de la remise des offres ;
- les prestations remises dans le cadre de l'offre comportant au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure ;
- le versement obligatoire des primes dont le montant correspond au prix estimé des études de conception demandées, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Le dialogue compétitif de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005

La procédure de dialogue compétitif, applicable dans certaines conditions, a été ouverte aux pouvoirs adjudicateurs.

Son recours est encadré par trois conditions cumulatives :

- les opérations visées sont celles de réhabilitation de bâtiments ;
- le marché est considéré comme complexe (article 38) ;
- le pouvoir adjudicateur doit être soumis à la loi M.O.P. (I de l'article 41-1) et donc démontrer que les motifs techniques rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études.

Les trois conditions de recours sont identiques à celles introduites dans le code des marchés publics, à savoir que l'opération concerne une opération de réhabilitation de bâtiment, la motivation technique permettant le recours au contrat de conception-réalisation (I de l'article 18) doit être démontrée et les conditions définies à l'article 38 (complexité) sont celles permettant le recours au dialogue compétitif.

La procédure librement définie de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005

Le IV de l'article 41-1 des décrets n° 2005-1742 et n° 2005-1308 dispose que :

- « pour les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi M.O.P., à savoir qu'ils ne peuvent recourir au contrat de conception-réalisation que si des motifs techniques rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études ;
- et « pour les opérations d'une valeur inférieure au seuil défini pour les marchés de travaux » ;
- les pouvoirs adjudicateurs peuvent « passer un marché de conception-réalisation selon des modalités de mise en concurrence et de jugement des offres librement définies ».

Le montant estimé de l'opération doit être inférieur au seuil communautaire applicable aux marchés de travaux et défini à l'article 7 du décret n°2005-1742.

LES POINTS SPÉCIFIQUES DANS LES CONTRATS DE CONCEPTION-RÉALISATION

En plus des points particuliers traités dans le cadre des fiches pratiques présentées dans la deuxième partie du guide, les principales spécificités des contrats de conception-réalisation et conception-réalisation-maintenance sont les suivantes :

LA MISE AU POINT DU CONTRAT

En appel d'offre, la mise au point du marché intervient après le choix de l'offre et ne se substitue pas aux demandes de clarifications, de précisions ou de compléments concernant les offres avant validation du choix. Elle permet éventuellement d'intégrer les demandes de précisions précédentes et de clarifier l'offre retenue.

Le pouvoir adjudicateur doit nécessairement s'interroger sur la portée de cette mise au point et doit appréhender les limites à ne pas dépasser. En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics, l'article 64 dispose qu'« il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres ».

L'instruction pour l'application du code des marchés publics de 2001 donne l'indication complémentaire suivante : « les modifications doivent rester dans certaines limites. Sans qu'il soit possible de fixer ses limites de façon précise, la mise au point ne serait être d'une ampleur telle qu'elle modifierait le classement des concurrents issus de l'appel d'offres si elle était appliquée aux offres de ces derniers. Les mises au point abusives sont sanctionnées par le juge administratif ».

Elle ne doit donc pas être utilisée comme solution palliative à une mauvaise définition du besoin ou du budget de l'acheteur public.

La mise au point du marché ne doit pas « remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres » c'est-à-dire conduire :

- soit à modifier les conditions de l'avis d'appel public à concurrence, ce qui aurait permis de retenir un autre soumissionnaire ;
- soit à inclure dans le marché des services qui n'étaient pas initialement prévus.

En conclusion, la mise au point :

- consiste à réaliser les derniers réglages sur l'offre retenue, à opérer les derniers ajustements ;
- ne peut pas avoir pour objet une modification du montant même du marché ; une éventuelle modification mineure du prix ne peut être qu'une conséquence de modifications techniques ;
- ne peut aboutir à un bouleversement du classement des offres ;
- ne doit pas pallier l'insuffisance d'une définition préalable des besoins.

OPTIONS, PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES ÉVENTUELLES ET VARIANTES

Options

Les options au sens du droit communautaire (C.E. 15 juin 2007 Ministre de la Défense c/ société Electronic Data, req. n° 299391) sont les achats ou travaux susceptibles d'être effectués dans le cadre de reconductions du marché, d'avenants ou de marchés complémentaires.

Prestation supplémentaire éventuelle

Les Prestations supplémentaires éventuelles (P.S.E.), correspondent aux anciennes « options techniques », terminologie désormais abandonnée.

Une prestation prévue dans le cadre de l'exécution du marché et non pas dans le cadre d'un éventuel avenant ou marché complémentaire, n'est pas une option au sens des dispositions précitées. Ainsi, une prestation que le candidat est tenu de proposer dans son offre et que l'administration se réserve la possibilité de demander, en complément de l'offre de base, dans le cadre de l'exécution du marché et non pas dans le cadre d'un éventuel avenant ou marché complémentaire, n'est pas une option au sens de la directive mais correspond à une prestation supplémentaire éventuelle.

Selon la direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie (D.A.J.) le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires éventuelles. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de commander ou non ces P.S.E. mais ces dernières doivent respecter deux conditions cumulatives :

- ... les prestations correspondantes doivent être en rapport direct avec l'objet du marché ;
- ... le cahier des charges doit définir avec précision leurs spécifications techniques.

Selon les recommandations de la D.A.J. dans la fiche « options et prestations supplémentaires éventuelles »⁽¹⁴⁾, les prestations supplémentaires étant imposées par le pouvoir adjudicateur, ce dernier va évaluer et classer les offres en tenant compte de l'offre de base et des P.S.E. réunies. Dans cette hypothèse, l'absence de ces prestations dans l'offre d'un candidat rend cette dernière irrégulière et, en conséquence, impose son rejet.

Le pouvoir adjudicateur réalise deux classements distincts :

- ... un classement tenant compte de l'offre globale : offre de base + P.S.E. ;
- ... un classement tenant compte uniquement de l'offre de base.

Le pouvoir adjudicateur choisit de retenir ou non tout ou partie de ces P.S.E. (au moment de l'analyse des offres, avant attribution). S'il décide de retenir des P.S.E., il attribue le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au vu du classement tenant compte à la fois de l'offre de

base et de ces P.S.E.. S'il décide de ne pas les retenir, il attribue le marché au candidat qui a présenté l'offre de base « économiquement la plus avantageuse. »

Variantes

La distinction existant entre la variante et la prestation supplémentaire éventuelle ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une prestation supplémentaire éventuelle si c'est une demande du pouvoir adjudicateur et d'une variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat.

Sur la variante, la problématique de la conception-réalisation impose de rédiger un programme à la fois « performantiel et exigeantiel » sur le niveau de qualité des matériaux et matériel. Pour ce faire, il est impératif de partir sur une solution prédéfinie, par exemple sur la solution de production de froid et de chaud, et d'ouvrir aux variantes. Il faut néanmoins souligner que la rédaction du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique a supprimé la mention « les variantes sont proposées avec l'offre de base » de l'article 50.

La possibilité nouvelle de présenter une offre variante sans nécessairement l'accompagner d'une offre de base n'est pas sans poser difficultés. Le pouvoir adjudicateur devra comparer des offres très disparates entre elles. Ces offres risquent d'être jugées inappropriées car ne correspondant pas aux besoins réels du pouvoir adjudicateur. Les critères de sélection des offres devront être à la fois souples et précis pour s'adapter à tout type de variante et, ainsi, respecter le principe d'égalité de traitement des candidats. Il est donc recommandé que le pouvoir adjudicateur précise la nécessité de répondre à l'offre de base de façon systématique.

Cette rédaction n'est cependant pas totalement dénuée d'intérêt dans le cadre de la procédure de conception-réalisation où l'objet même du contrat est de permettre aux candidats de répondre dans le respect du programme avec la solution la plus pertinente du fait de l'association de l'entreprise et des concepteurs dès le stade de la conception.

TRANCHES, LOTS OU PHASES

Le marché de conception-réalisation doit intégrer un enchaînement des prestations pour prendre en compte les spécificités de la conception et notamment l'obtention du permis de construire et autres autorisations administratives éventuelles et l'exécution des travaux.

Allotissement

La scission de la conception et de la réalisation en lots est un non-sens car elle nie la globalisation recherchée pour ce type de marché. Distinguer la conception-réalisation par allotissement reviendrait à vouloir passer un marché de maîtrise d'œuvre puis un marché de travaux, soit la mise en œuvre du

(14) Fiche questions-réponses : « options et prestations supplémentaires éventuelles (P.S.E.) » du 7 juin 2011.

processus classique d'édification des ouvrages. Par ailleurs, l'allotissement comme l'énonce l'article 10 du code des marchés publics conduit à l'examen des offres lot par lot et non à l'examen global.

Tranches

Le découpage en tranches est admis lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché.

Ces conditions ne peuvent pas être réunies dans le cas d'une procédure de conception-réalisation prévoyant une tranche ferme « conception » et une tranche conditionnelle « réalisation », car le principe selon lequel le pouvoir adjudicateur doit avoir vérifié la faisabilité globale de son projet et choisi le mode de consultation adapté au contrat à passer, pourrait ne pas être respecté. En effet, si la tranche conditionnelle travaux n'est jamais affermie, la consultation initiale aurait été lancée pour la passation d'un contrat de travaux alors que le contrat passé serait un marché de services.

Néanmoins, la tentation de recourir à un découpage en tranches en distinguant la conception (faisant l'objet de la tranche ferme) de la réalisation (tranche conditionnelle) pour garantir la qualité des prestations d'études est grande.

Il n'existe aucune interdiction quant à l'objet des marchés à tranches mais le fractionnement entre les tranches fermes et conditionnelles doit être effectué de façon à ce que chaque tranche soit fonctionnellement indépendante. « Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent et il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures. »

Si l'objectif final est de s'assurer que l'exécution des travaux ne peut être conditionnée qu'à la bonne exécution des études, d'autres solutions le permettent, notamment le découpage en phases avec des clauses particulières d'acceptation de celles-ci.

Ainsi, le découpage en tranche ferme (conception) et tranche conditionnelle (réalisation) n'est pas recommandé pour les marchés de conception-réalisation.

Phases

Comme indiqué ci-avant, le découpage du marché en phases permettant de prendre en compte les rendus successifs de la prestation de conception (dossier de permis de construire, dossier de type avant-projet...) puis de réalisation des travaux reste la solution la plus adaptée à la procédure.

CARACTÈRE FORFAITAIRE DU MARCHÉ (IMPACT D'UNE MODIFICATION SUR LE CARACTÈRE FORFAITAIRE DU CONTRAT)

Le marché à forfait est un contrat de louage d'ouvrage avec un prix ferme, définitif et global selon l'article 1793 du code civil.

En effet, dans le contrat de conception-réalisation comme dans tout contrat à prix forfaitaire, par principe, l'entreprise ne peut pas obtenir de supplément de prix. Le prix forfaitaire couvre l'ensemble des travaux et prestations nécessaires à l'exécution du marché⁽¹⁵⁾.

L'intérêt de ce contrat est que tous les travaux supplémentaires induits par une erreur de conception ou par omission mais nécessaires à la réalisation de l'ouvrage en conformité avec les besoins exprimés dans le programme sont supportés par le groupement.

Néanmoins, le titulaire du contrat peut être indemnisé des travaux réalisés à la suite de la survenance de sujétions techniques imprévues (aléas techniques dus à l'état du sous-sol, intempéries, etc.). Ces travaux réalisés par l'entreprise à sa seule initiative doivent être imprévisibles au sens juridique du terme lors de la passation du marché et de nature à bouleverser son économie⁽¹⁶⁾.

LES ACTEURS

LE MAÎTRE D'OUVRAGE

La maîtrise d'ouvrage est une des fonctions essentielles de l'acte de construire. La norme NF P03-001 définit la notion de maître de l'ouvrage pour la réalisation de marchés de travaux de bâtiment. Cette définition est très restrictive ; il est préférable de considérer que le maître de l'ouvrage est la personne physique ou morale qui conclut avec les réalisateurs les contrats de louage d'ouvrage, au sens du code civil, afférents à la conception et à l'exécution de l'opération de construction. La notion de maître de l'ouvrage est introduite indirectement dans le code civil à travers divers articles et en particulier l'article 1792-1 qui, en définissant le constructeur d'ouvrage, lie cette notion de contrat de louage d'ouvrage à celle de maître de l'ouvrage.

LES ASSISTANTS DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE

Conduite d'opération, A.M.O. Technique

Dans la procédure conception-réalisation, le maître d'œuvre en tant que tierce personne liée par un contrat direct avec le maître d'ouvrage n'existe plus.

(15) Réponse ministérielle, n° 21675, JOAN (Q), 8 février 1999, p. 785 ; CAA Bordeaux 22 juin 1998, Grands travaux de l'océan Indien, B.J.C.P., 1999, n° 2, p. 211.

(16) C.E. 28 juillet 1989, Ville de Menton c/Valdi, Revue du droit public, 1991, p. 291, observations F. LLORENS ; T.A. Paris 30 novembre 1999, société Dioguardi France, B.J.C.P., 2000, n° 10, p. 213.

Le maître d'ouvrage peut avoir recours, selon ses propres capacités et ses objectifs, à l'une des trois missions d'assistance généraliste suivante :

- ...↳ le mandat ;
- ...↳ la conduite d'opération ;
- ...↳ l'Assistance technique à maîtrise d'ouvrage (A.T.M.O.).

Le mandat

Le maître de l'ouvrage public peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par l'article 3 de la loi M.O.P., l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie de certaines attributions de la maîtrise d'ouvrage.

La qualification de mandataire se réfère aux principes généraux du mandat, étant bien entendu qu'il s'agit non pas d'un mandat général mais d'un « mandat spécifique », tel le mandat de promotion immobilière, et que ce mandat spécifique peut être combiné avec d'autres types de contrats, tels que des contrats de prestation de service.

La conduite d'opération

La conduite d'opération définie par l'article 6 de la loi M.O.P. est une mission d'assistance générale à caractère administratif, technique et financier.

L'expression « conducteur d'opération » avait été introduite par une directive du 8 octobre 1973, qui établissait une distinction entre deux notions complémentaires liées à la fonction de maître de l'ouvrage :

- ...↳ la notion de « directeur d'investissement » responsable du programme et du financement de l'opération ;
- ...↳ la notion de « conducteur d'opération » responsable de la conduite de l'opération au stade de la réalisation des ouvrages.

Après la loi M.O.P., la notion de directeur d'investissement, qui était tombée en désuétude, a été abandonnée.

L'A.M.O., A.T.M.O.

Le vocable d'Assistant au maître de l'ouvrage (A.M.O.) s'est fortement développé depuis une dizaine d'années. Il permet de désigner les différents intervenants à compétence « ingénierie » qui aident le maître de l'ouvrage à exercer ses responsabilités. La compétence « ingénierie » est à prendre ici dans son sens large et ne se limite pas à une approche technique.

L'Assistance technique à maîtrise d'ouvrage (A.T.M.O.) consiste à assister le maître d'ouvrage sur les aspects techniques, administratifs voire juridiques, économiques et financiers afin d'assurer la bonne exécution du marché de conception-réalisation. Pour pouvoir exercer son autorité de contrôle, l'assistant technique du maître d'ouvrage sera donc investi de certaines prérogatives de gestion (notification des O.S., validation prix supplémentaires...). En revanche, les prérogatives engageant une quelconque responsabilité en matière de conception doivent être exclues.

En pratique, l'A.T.M.O. se voit donc souvent confier une partie des attributions dévolues au maître d'œuvre dans le C.C.A.G. travaux afin qu'il puisse exprimer son autorité sur le groupement, notamment celles visées aux articles suivants :

- ...↳ préparation des ordres de service ;
- ...↳ gestion financière du marché de conception-réalisation ;
- ...↳ constats ;
- ...↳ délais d'exécution ;
- ...↳ pénalités ;
- ...↳ modifications apportées aux dispositions contractuelles ;
- ...↳ assistance aux opérations de réception.

Le maître d'ouvrage peut choisir de ne pas avoir recours à une assistance technique à maîtrise d'ouvrage ou alors partiellement, suivant son organisation interne ou la taille de l'opération.

L'A.M.O. technique doit disposer de compétences (ingénierie, économie de la construction, exploitation-maintenance) adaptées aux spécificités de l'opération pour :

- ...↳ assister le maître d'ouvrage lors de l'analyse des offres et de la mise au point du marché ;
- ...↳ contrôler la conformité au contrat notamment programme et études de conception et en pointer les écarts ;
- ...↳ contrôler la conformité la bonne exécution du contrat en phase travaux ;
- ...↳ établir les ordres de service, constats contradictoires nécessaires à la réalisation ;
- ...↳ gérer les travaux modificatifs ou supplémentaires ;
- ...↳ comptabiliser les retards et appliquer les pénalités ;
- ...↳ vérifier les décomptes mensuels et établir des états d'acompte ;
- ...↳ établir les procès-verbaux des opérations préalables à la réception ;
- ...↳ assister le maître d'ouvrage en cas de réserves ou de réclamations formulées par le groupement, ou en cas de litige sur le règlement ou l'exécution des prestations.

Pour répondre à l'ensemble de ces tâches, l'A.T.M.O. aura de multiples compétences :

- ...↳ une compétence opérationnelle ;
- ...↳ une compétence technique dans les principaux domaines et économique ;
- ...↳ une compétence comptable ;
- ...↳ une compétence administrative.

La gestion administrative des marchés, celui de conception-réalisation et des marchés de prestations intellectuelles (tels que marchés de contrôle technique, de C.S.P.S., de géomètre,...) peuvent ainsi lui être confiées.

Dans ce cadre, le contrat d'assistant technique à maîtrise d'ouvrage est un contrat de prestation de service.

L'A.T.M.O. a un rôle de conseil et de proposition vis-à-vis du maître d'ouvrage, et ne doit pas prendre de décision à la place du maître d'ouvrage. Vis-à-vis du groupement concepteur-réalisateur, il se limite à défendre les intérêts du maître d'ouvrage, et de s'assurer du respect du contrat. Il n'assume pas de mission de conception. Cependant, l'intervention de l'A.T.M.O. au stade des opérations de réception peut lui conférer une responsabilité décennale. La question de l'obligation d'assurance en garantie décennale de l'A.T.M.O. se pose.

Dans un arrêt du 21 février 2011, « Société Icade G3A », le Conseil d'État a considéré que dans la mesure où, par la convention administrative, financière et de conduite d'opération conclue entre les différentes parties, « la société s'engage à faire quelque chose pour l'établissement, moyennant un prix convenu entre les parties, sans subordonner l'une à l'autre », il s'agit bien d'un « contrat de louage d'ouvrage », quand bien même la convention écarterait expressément cette qualification. De plus, la mission portait, « dans le cadre d'une conduite d'opération, sur un contrôle des travaux ». Ainsi, le conducteur d'opération (par extension A.T.M.O. selon le cadre de la mission) avait bien la qualité de constructeur lié au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.

Le contrôle technique

Le contrôleur technique est un acteur désigné et contractuellement lié au maître d'ouvrage pour répondre à l'obligation réglementaire de la loi n°78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, dite loi Spinetta, qui a introduit les modalités suivantes :

- l'intervention de contrôle au profit du seul maître de l'ouvrage ;
- l'agrément de l'activité de contrôle technique par les pouvoirs publics ;
- l'incompatibilité des activités de contrôle technique avec celles de conception, d'exécution et d'expertise ;
- la présomption de responsabilité décennale édictée par les articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du code civil est acquise pour les activités de contrôle technique.

L'article L111.23 du code de la construction et de l'habitation, définit le rôle du contrôleur technique. Sa mission est de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages.

La mission de contrôle technique est peu modifiée dans le cas d'une conception-réalisation. Il faut simplement tenir compte du fait que les études sont produites par un groupement dans la formulation de son rapport initial (R.I.C.T.).

La coordination sécurité et protection de la santé

Le coordonnateur sécurité et protection de la santé est un acteur désigné et contractuellement lié au maître d'ouvrage.

La loi n°93-1418 modifiant le code du travail, en application de la directive européenne n°92/57/CEE, introduit de façon précise la

mission et le statut du Coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé (C.S.P.S).

Le coordonnateur agit sous l'autorité du maître de l'ouvrage et sous sa responsabilité. Son intervention est obligatoire dès l'intervention simultanée ou successive de plusieurs travailleurs indépendants ou entreprises, entreprises sous-traitantes incluses selon les dispositions de l'article L.4532-2 du code du travail.

L'obligation rappelée à l'article R. 4532-44 du code du travail de joindre aux documents de consultation des entreprises le plan général de coordination impose au maître d'ouvrage de s'adjoindre les compétences de ce coordinateur avant le lancement de l'appel d'offres de conception-réalisation. L'article R. 4532-4 précise que l'intervention du coordonnateur débute dès le début de la phase d'élaboration de l'avant-projet sommaire, soit pendant la consultation des concepteurs-réalisateurs.

Au cours de la phase de réalisation, le coordonnateur sécurité doit :

- organiser la coordination des activités des entreprises (superposition ou juxtaposition de tâches, installations générales, matériels, circulations, etc.) et veiller à l'application des mesures prises ;
- procéder avec chacune des entreprises à une visite préalable du chantier, identifier les zones de danger spécifiques, les zones de circulation, etc. ;
- préciser aux entreprises les consignes relatives à la sécurité et la santé ;
- veiller à l'application correcte des mesures de coordination ;
- tenir à jour et adapter le P.G.C. ;
- compléter le D.I.U. ;
- prendre en compte les interférences entre les activités d'exploitation sur le site et le chantier ;
- présider le collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail ;
- prendre les dispositions nécessaires pour contrôler l'accès des personnes au chantier.

Dans une réponse à un parlementaire, le ministre du Travail a précisé qu'aucune responsabilité pénale ne reposait sur le coordonnateur, personne physique, au titre du code du travail puisque c'est le maître de l'ouvrage qui assume cette responsabilité.

Les interprétations faites par les différents ministères sur la qualification du coordonnateur sécurité en tant que constructeur au sens de l'article 1792-1 du code civil ou pas divergent.

Cependant, un avis du Conseil d'État a confirmé la position du ministère du Travail exposée dans la circulaire D.R.T. n° 96-5 du 10 avril 1996, relative à la coordination sur les chantiers de bâtiment et de génie civil. Ce texte stipule que le coordonnateur n'est pas considéré comme un constructeur au sens de l'article 1792-1 du code civil. L'obligation d'assurance décennale n'est donc pas requise.

LE GROUPEMENT DE CONCEPTION-RÉALISATION

La composition du groupement

« Le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. »

Comme le rappelle l'article 18 de la loi M.O.P. précité, dans le cas de bâtiment, le cocontractant de la personne publique sera constitué en groupement. En effet, cette association résulte de l'obligation d'associer un architecte pour l'établissement du projet architectural de par la loi 77-2 relative à l'architecture du 3 janvier 1977.

Si on revient aux fondamentaux de la loi M.O.P., le montage dit de conception-réalisation n'est autorisé que « lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ». Même si cette condition n'est pas applicable si l'on se réfère à l'article L. 6148-7 du code de la santé publique, il convient de rappeler que l'une des motivations premières du recours à la conception-réalisation est d'associer l'entrepreneur et le concepteur dans un même contrat (cf. article 37 du C.M.P.).

Au stade de la candidature, le maître d'ouvrage devra élargir son champ de vision au-delà de l'obligation rappelée ci-dessus. Il devra notamment s'assurer que les équipes appelées « à concourir » possèdent les capacités professionnelles, techniques et financières pour assurer l'ensemble de la mission de conception-réalisation. Au travers des éléments demandés au stade de la candidature, il devra vérifier au minimum que l'équipe est compétente en terme de :

- ... travaux de bâtiments dans tous les corps d'état ;
- ... conception architecturale ;
- ... conception technique.

Le marché est conclu avec chacun des membres du groupement. En effet, le groupement n'a pas d'existence juridique en lui-même.

Dans la pratique, il existe deux grands types de groupement :

- ... **le groupement solidaire ;**
- ... **le groupement conjoint.**

Dans le cas d'un contrat de conception-réalisation, il convient de déterminer lequel de ces deux groupements est le plus adapté pour mener à bien la mission.

Comme précisé ci-dessus, un des membres du groupement sera nécessairement un architecte (notamment pour l'établissement du projet architectural de par la loi 77-2 relative à

l'architecture du 3 janvier 1977 - permis de construire) et de ce fait, il n'apparaît pas envisageable que le groupement soit un groupement solidaire. D'une part, puisque les autres membres du groupement n'ont pas la qualification d'architecte, il semble délicat de se substituer à lui en cas de défaillance et d'autre part, il paraît pour le moins difficile que l'architecte soit solidaire d'une entreprise tous corps d'état.

En effet, selon un arrêt du Conseil d'État (Ville de Toulouse, 7 novembre 1986, req. n° 55131), la clause de solidarité ayant pour effet d'imposer à tous les membres, en cas de défaillance de l'un d'eux, d'accomplir des actes ou missions étrangers à leur profession, méconnaît les règles régissant leur statut.

Le groupement qui sera titulaire du marché de conception-réalisation sera donc un groupement conjoint.

Il existe deux possibilités dans le cadre d'un groupement conjoint : soit le mandataire est solidaire (on parle alors d'un groupement conjoint avec mandataire solidaire), soit le mandataire est conjoint.

Selon le principe issu du code civil (article 1202) suivant lequel « la solidarité ne se présume pas », en cas de silence du marché, le mandataire du groupement conjoint ne sera pas solidaire.

Or, il est fortement recommandé d'imposer au groupement la solidarité du mandataire afin d'obtenir un groupement ayant une tête (le mandataire) responsable (et responsabilisé) sur l'ensemble du périmètre des tâches à réaliser.

De ce fait, il convient d'écrire et de prévoir dans le marché (et ce depuis l'Avis d'appel public à la concurrence) que le pouvoir adjudicateur souhaite contractualiser avec un groupement conjoint avec mandataire solidaire.

La question plus complexe consiste à déterminer la nature de la solidarité du mandataire du groupement. La première recommandation sur ce sujet est de décrire dans le cadre du contrat ce que le pouvoir adjudicateur souhaite comme solidarité.

Il apparaît que la solidarité sera au moins une solidarité financière et que celle-ci devra jouer tant que les relations contractuelles existent (c'est-à-dire jusqu'à la fin de la Garantie de parfait achèvement).

Par ailleurs, il pourra être opportun d'intégrer dans la clause relative à la solidarité du mandataire, une solidarité allant plus loin qu'une simple solidarité financière, c'est-à-dire une solidarité technique qui pourra se poursuivre pendant les périodes de garanties notamment décennale.

En résumé, il convient donc que le groupement soit un groupement conjoint avec mandataire solidaire, dont la solidarité, précisée dans le cadre du contrat, va au-delà d'une simple solidarité financière pendant la période contractuelle.

Du fait de cette solidarité du mandataire, on peut s'interroger sur la qualité du mandataire du groupement.

Choisi parmi les membres du groupement, le mandataire commun est, en général, chargé de représenter le groupement auprès du maître d'ouvrage, remettre les offres, signer le marché, coordonner les prestations des membres et assurer la gestion administrative et financière du marché, en fonction de ce qui est prévu dans la convention. D'un marché à l'autre, le contenu de la mission du mandataire varie en fonction du marché à réaliser, de ce que souhaite le donneur d'ordres et les entreprises membres du groupement.

Rien ne s'oppose à ce qu'un architecte soit désigné comme mandataire, ni n'empêche juridiquement un bureau d'études de revêtir la qualité de mandataire. Cependant, compte tenu du fait que le marché de conception-réalisation est un marché de travaux, la nature du mandataire (souhaité solidaire) sera la plupart du temps une entreprise travaux.

L'architecte

En matière de bâtiment, la présence d'un architecte est indispensable au sein de l'équipe de conception-réalisation. En effet, en vertu de l'article 3 de la loi n°77-2 du 3 janvier 1977 relative à l'architecture, doit être établi par un architecte le projet architectural de toute construction faisant l'objet d'une demande de permis de construire, en application de l'article R. 421-1 du code de l'urbanisme.

Lorsqu'un architecte agit en tant que prestataire de services, il doit respecter notamment le code de déontologie de la profession, issu du décret n°80-217 du 20 mars 1980 portant code des devoirs professionnels des architectes.

La question qui se pose est de savoir si ce code des devoirs professionnels est opposable aux tiers et dans quel cadre il doit être mentionné.

Selon l'article 1^{er} du décret du 20 mars 1980, ses « dispositions s'appliquent à tout architecte et leur infraction relève de la compétence de la juridiction disciplinaire de l'ordre. »

Cela signifie que le code des devoirs professionnels des architectes n'est applicable qu'au sein de l'Ordre des architectes et ne crée d'obligations qu'entre les membres de cet ordre.

Dès lors, si un architecte méconnaît l'une de ces dispositions, seul l'ordre pourra le sanctionner.

Cependant, dans le cadre de sa mission, l'architecte se doit de respecter les règles imposées par le décret portant code des devoirs professionnels des architectes. Ainsi, le contrat liant l'architecte à son client se doit de comprendre les dispositions imposées par le décret et c'est alors sur le fondement de ce contrat, et non sur le fondement du décret, que le client pourra rechercher la responsabilité de l'architecte.

À défaut d'une telle convention le « transposant », le code de déontologie ne pourra pas être invoqué directement devant le juge de droit commun (C.A. Pau, civ. 1, 4 septembre 2007).

L'ingénierie

Chaque groupement doit posséder les capacités professionnelles, techniques et financières pour assurer l'ensemble de la mission de conception-réalisation. La compétence en termes de conception technique est donc nécessaire et en fonction des spécificités du projet et des demandes de compétences plus ciblées, l'ingénierie sera représentée selon de grands schémas :

- intégrée en partie à l'entreprise chargée de la construction ;
- indépendante de l'entreprise, par l'association en cotraitance de bureaux d'études indépendants, pluridisciplinaires ou spécialisés - fluides, structure, acoustique...

L'objectif est en effet de constituer une équipe qui, au travers de ses différentes composantes, possède toutes les compétences pour mener à bien le projet au travers de sa conception. Le fait que les membres de l'équipe disposent d'une certaine indépendance vis-à-vis du constructeur peut être un atout pour s'assurer de l'existence du débat au sein de l'équipe et que tous les aspects du projet, qu'ils soient architecturaux, techniques ou de maintenance, soient pris en compte.

Le contractant général

La notion de contractant général ne relève pas d'une définition précise. Il faut entendre par contractant général toute entreprise qui passe un marché unique avec le maître de l'ouvrage pour la réalisation de la totalité des travaux et pour la conception.

Certaines sociétés revendiquent l'appellation « contractant général » pour une activité de montage d'opération. Ces sociétés ayant plus spécifiquement des compétences de bureaux d'études ne peuvent pas répondre seules sans l'adjonction d'une entreprise ou de plusieurs entreprises de travaux ayant les capacités de réaliser la totalité des travaux.

Comme rappelé ci-avant, si cet opérateur peut être mandataire, ceci n'exclut pas l'obligation d'avoir une entreprise générale ou plusieurs entreprises de travaux membres du groupement.

À titre de mémoire, on rappellera qu'outre ses obligations de réaliser les travaux stipulés à sa charge dans le marché, le mandataire sera tenu à d'autres obligations spéciales telles que remettre les offres, transmettre au maître de l'ouvrage ou à l'A.T.M.O. tout document, facturations, contestations, réclamations en provenance des entrepreneurs groupés, tenir le compte des dépenses communes, demander la réception, etc. Certaines de ces prérogatives demeurant même après l'expiration du délai de garantie des travaux.

L'Ordonnancement, le pilotage et la coordination (O.P.C.)

La mission d'ordonnancement, pilotage et coordination est naturellement réalisée par le concepteur-réalisateur (souvent l'entreprise générale mandataire du groupement titulaire) puisqu'il est responsable de l'ensemble du processus de réalisation.

La coordination S.S.I.

La coordination S.S.I. doit être intégrée dans le groupement puisque relevant de la conception et de la réalisation d'un ouvrage particulier en application des normes NF S 61-931 et NF S 61-932 notamment.

Les problématiques de maintenance et/ou d'exploitation

La maintenance, selon la norme NF EN 13306, est l'ensemble de toutes les actions techniques, administratives et de *management* durant le cycle de vie d'un bien, destinées à le maintenir ou le rétablir dans un état dans lequel il peut accomplir la fonction requise.

Prendre en compte la maintenance dès le début de la phase d'investissement d'une opération de construction est une démarche essentielle au bon fonctionnement du futur ouvrage. La maintenance doit pour cela être prévue suffisamment tôt et tout au long de la construction, puis optimisée par des décisions.

Cette démarche, dite de Prise en compte de l'exploitation-maintenance (P.C.E.M.), relève du bon sens. Elle consiste à projeter dans le futur la vie de l'ouvrage pour imaginer les conséquences des choix effectués à chaque étape de la construction afin de les analyser et de les réajuster, le cas échéant, et entre totalement dans l'approche en coût global (cf. ci-après).

Le terme d'exploitation est associé au terme de maintenance car il relève du même processus lié à la vie d'un ouvrage. L'exploitation concerne toutes les actions visant à faire fonctionner l'ouvrage pour l'usage qui lui est affecté. L'exploitation technique d'un bâtiment recouvre par exemple les consommations des fluides, la conduite des installations techniques ou encore la surveillance et le nettoyage des locaux.

Comme indiqué en début de document, les textes permettent dans certains cas de regrouper dans le cadre d'un contrat global une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

La mise en place d'un contrat de conception-réalisation-maintenance peut présenter plusieurs intérêts pour le pouvoir adjudicateur. Dans un premier temps, l'implication du mainteneur dès les phases de conception peut avoir un impact très positif pour la suite de l'opération, notamment en termes de matériaux ou d'équipements à mettre en place et d'interventions de maintenance ultérieures sur l'ouvrage. Pour que le mainteneur puisse réellement jouer un rôle dans le cadre de la conception et de la réalisation, il est recommandé de prévoir dans le contrat des livrables du mainteneur, par exemple des rapports d'analyse des phases de conception ou la formulation d'un avis avec la réalisation des O.P.R...

Dans un deuxième temps, l'intérêt d'intégrer des prestations de maintenance et d'exploitation dans le cadre de la mise en concurrence initiale permet au pouvoir adjudicateur de prendre sa décision de lancement du contrat en connaissant à l'avance les montants des prestations à envisager après la réalisation de l'ouvrage. En cours de procédure, surtout lorsqu'il s'agit de procédure de dialogue compétitif, il peut ainsi décider de ne pas poursuivre la mise en place d'une solution technique, peut être intéressante en termes d'investissement mais trop coûteuse en termes de maintenance ou d'exploitation ultérieure.

Pour autant, le fait d'intégrer un périmètre de maintenance et/ou d'exploitation dans le cadre d'un contrat de conception-réalisation génère de nombreuses problématiques que le pouvoir adjudicateur doit anticiper afin de ne pas mettre en péril son opération. À titre d'exemple, il doit réfléchir sur la définition du périmètre des prestations d'exploitation/maintenance à intégrer au contrat (rédaction d'un programme d'exploitation maintenance), sur les niveaux de performance attendus et les engagements contractuels associés, il doit définir la durée optimale du contrat et notamment la durée de la phase maintenance, ou encore sur les éventuelles modifications de la structure contractuelle cocontractante après réception de l'ouvrage...

Il faut rappeler que l'indemnité à payer aux candidats évincés dans ce cas, doit correspondre à 80 % de la prestation demandée.

La problématique du coût global

La définition du coût global est donnée dans la norme NF EN 1325. Issue de l'industrie, elle se transpose aisément au domaine du bâtiment. « Le coût global est la somme des dépenses sur l'ensemble de la vie du produit pour un usage déterminé [...]. Le coût global comprend le coût d'acquisition, le coût d'utilisation (énergie, main d'œuvre éventuellement), le coût de maintenance (rechanges, etc.) éventuellement le coût de modification, le coût de destruction, etc. »

Le coût global englobe l'ensemble des coûts liés à l'ouvrage, depuis sa conception jusqu'à son exploitation pendant une durée déterminée.

L'analyse des coûts financiers d'un bâtiment sur toute la durée de sa vie et au-delà montre que les charges d'utilisation sont les plus importantes.

L'approche en coût global d'un projet de construction signifie que, au moment de sa conception, les coûts de son fonctionnement sont anticipés. Ces coûts sont liés à :

- ... l'entretien ;
- ... la maintenance ;
- ... la conservation en bon état d'usage ;
- ... la mise en adéquation constante du bâtiment à ses fonctions ;
- ... le coût de fonctionnement.

Cette notion permet d'optimiser en permanence le choix des investissements au regard des coûts de gestion et de maintenance.

L'approche en coût global d'un projet prend toute sa dimension dans le cadre d'une opération de conception-réalisation-maintenance et/ou d'exploitation dans la mesure où elle intègre la volonté du maître de l'ouvrage de ne pas faire un choix exclusivement lié à l'investissement.

L'évaluation du coût global pourra être réalisée selon le principe du guide « Objectifs, méthodologie et principes d'application selon la norme ISO/DIS 15686-5 » du M.E.E.D.A.T./C.G.D.D./S.E.E.I. du 10 février 2009.

Les sous-contrats et convention de groupement

Dans un contrat global, il est important de porter son attention sur le contrat de tête (le contrat de conception-réalisation-maintenance) mais également sur les engagements contractuels des différents partenaires au sein même de l'équipe de conception-réalisation ou de conception, réalisation et maintenance.

Pour ce faire, il est indispensable de demander dans le dossier de consultation des éléments sur les relations entre les membres. Il convient notamment de travailler sur le type de mission donnée au concepteur (la mission de conception s'étend-elle en phase travaux ? quel rôle aura le concepteur en phase de réception ?...). La convention (ou le projet de convention de groupement) ainsi que les contrats de sous-traitance peuvent fournir de nombreux éléments permettant au pouvoir adjudicateur de mieux appréhender le rôle de chacun dans l'équipe et de comprendre les modes de gouvernance des équipes candidates.

Il est assez évident qu'en appel d'offres, ces éléments ne pourront être débattus, le maître d'ouvrage ne pourra donc qu'analyser les informations reçues et les comparer. Il devra de ce fait être très précis dans le dossier de consultation et indiquer les points qu'il souhaite voir apparaître dans l'organisation du groupement.

Dans les procédures permettant des échanges avec les candidats, et notamment dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif, les thèmes relatifs à l'organisation du groupement, aux missions des acteurs, aux contrôles internes peuvent être débattus et le maître d'ouvrage pourra expliciter ses demandes et demander des éléments précis permettant de vérifier que l'organisation proposée par les équipes est en adéquation avec ses besoins et exigences.

CAS PARTICULIER DE L'ABSENCE D'UN C.C.A.G. DE CONCEPTION/RÉALISATION

Le marché de conception-réalisation, comme son nom l'indique, recouvre deux aspects, la conception qui est une prestation intellectuelle – un marché de service – et la réalisation qui est une prestation de travaux.

Le code des marchés publics énonce clairement que le marché de conception-réalisation est un marché de travaux, ce qui est un rappel de la définition communautaire.

Les C.C.A.G. fixent les dispositions applicables à chaque catégorie de marchés. Il ne s'applique qu'aux marchés qui s'y réfèrent. Il est conseillé de n'en choisir qu'un seul par marché, en effet, dans le cas de la conception-réalisation, la personne publique pourrait être tentée de viser le C.C.A.G. travaux et le C.C.A.G. relatif aux prestations intellectuelles. Cette démarche nécessiterait de hiérarchiser ces deux documents et comporte le risque d'avoir des clauses incohérentes notamment en matière de réception des prestations.

En application de l'article 13 du code des marchés publics, la personne publique peut décider ou non de viser un C.C.A.G..

Il est conseillé, dans le cadre d'un marché de conception-réalisation de ne pas viser un C.C.A.G. et de décrire les clauses applicables au marché par exemple dans un Cahier des clauses administratives (C.C.A.).

Dans le cas où le pouvoir adjudicateur suit cette recommandation et choisit de ne pas faire référence à l'un des C.C.A.G. existants, il devra procéder à une lecture attentive de ceux-ci afin de pouvoir intégrer dans le C.C.A. les dispositions nécessaires à la gestion du contrat. Celui-ci devra également comporter obligatoirement les mentions décrites à l'article 12 du code des marchés publics.

Code des marchés publics

Article 12

I. - Les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement les mentions suivantes :

- l'identification des parties contractantes,
- la justification de la qualité de la personne signataire au nom de l'État et, le cas échéant, la délibération autorisant la signature du marché,
- la définition de l'objet du marché,
- la référence aux articles et alinéas du présent code en application desquels le marché est passé,
- l'énumération des pièces du marché : ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces,

- le prix ou les modalités de sa détermination,
 - la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement,
 - les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations,
 - les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de paiement,
 - les conditions de résiliation, notamment celles prévues à l'article 47,
 - la date de notification du marché,
 - la désignation du comptable assignataire,
 - les éléments propres aux marchés à tranches conditionnelles.
- II. - Pour les marchés de conception-réalisation définis à l'article 37, sont en outre des pièces constitutives du marché :
- le programme de l'opération, au sens de l'article 2 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée,
 - les études de conception présentées par l'opérateur économique retenu.

III. - Les pièces constitutives des accords-cadres comportent obligatoirement les mentions énumérées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 10° et 11° du I du présent article.

Les pièces constitutives des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre comportent obligatoirement les mentions énumérées aux 6°, 8°, 9°, 12° et 13° du I du présent article, si ces mentions n'ont pas déjà été indiquées dans celles de l'accord-cadre.

IV. - Si les pièces constitutives ne sont pas rédigées en langue française, le pouvoir adjudicateur peut exiger que ces documents soient accompagnés d'une traduction en français certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté.

Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaiterait, dans le cadre d'un marché de conception-réalisation viser le C.C.A.G. travaux, il devra faire une analyse très précise dudit C.C.A.G.

En effet, le marché de conception-réalisation nécessite de profondes dérogations au C.C.A.G. travaux, notamment sur la place du maître d'œuvre dans le groupement chargé des travaux et non au côté de la maîtrise d'ouvrage. C'est pourquoi il paraît essentiel de conserver les actes de gestion et d'autorité, les mesures de coercition définies par ce C.C.A.G. en remplaçant le « maître d'œuvre classique » par une tierce partie (par exemple l'A.T.M.O.) ayant les mêmes attributions (ordre de service, constat, contrôle des projets de décomptes, mise en demeure, opérations préalables à la réception).

Par ailleurs, il convient d'emprunter au Cahier des clauses administratives générales Prestations intellectuelles (C.C.A.G. P.I.) les clauses nécessaires à la gestion de la partie conception et à la propriété intellectuelle.

LA DÉMARCHE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET HQE®

Le développement durable porte sur un domaine élargi visant à satisfaire de façon rationnelle les ressources humaines, naturelles et économiques. Le développement durable implique plusieurs conditions : la conservation de l'équilibre général, le respect de l'environnement, la prévention de l'épuisement des ressources naturelles, la diminution de la production des déchets et enfin la rationalisation de la production et la consommation d'énergie.

Dans cette approche globale, la haute qualité environnementale des bâtiments, concept apparu au début des années 1990 et qui s'est depuis largement développé, prend en compte une démarche de qualité axée sur le domaine de la construction. Elle est aujourd'hui au centre d'un mouvement important qui concerne l'ensemble du monde du bâtiment.

Il ne s'agit pas d'une réglementation ni d'un label, mais d'une démarche volontaire de *management* de la qualité environnementale des opérations de construction ou de réhabilitation de bâtiment. Elle peut être certifiée. La démarche HQE®, s'appuie :

... d'une part sur un système de *management* environnemental de l'opération établi et conduit sous la responsabilité du maître d'ouvrage ;

... d'autre part sur les exigences environnementales définies à l'origine du projet selon son contexte et les priorités du maître d'ouvrage.

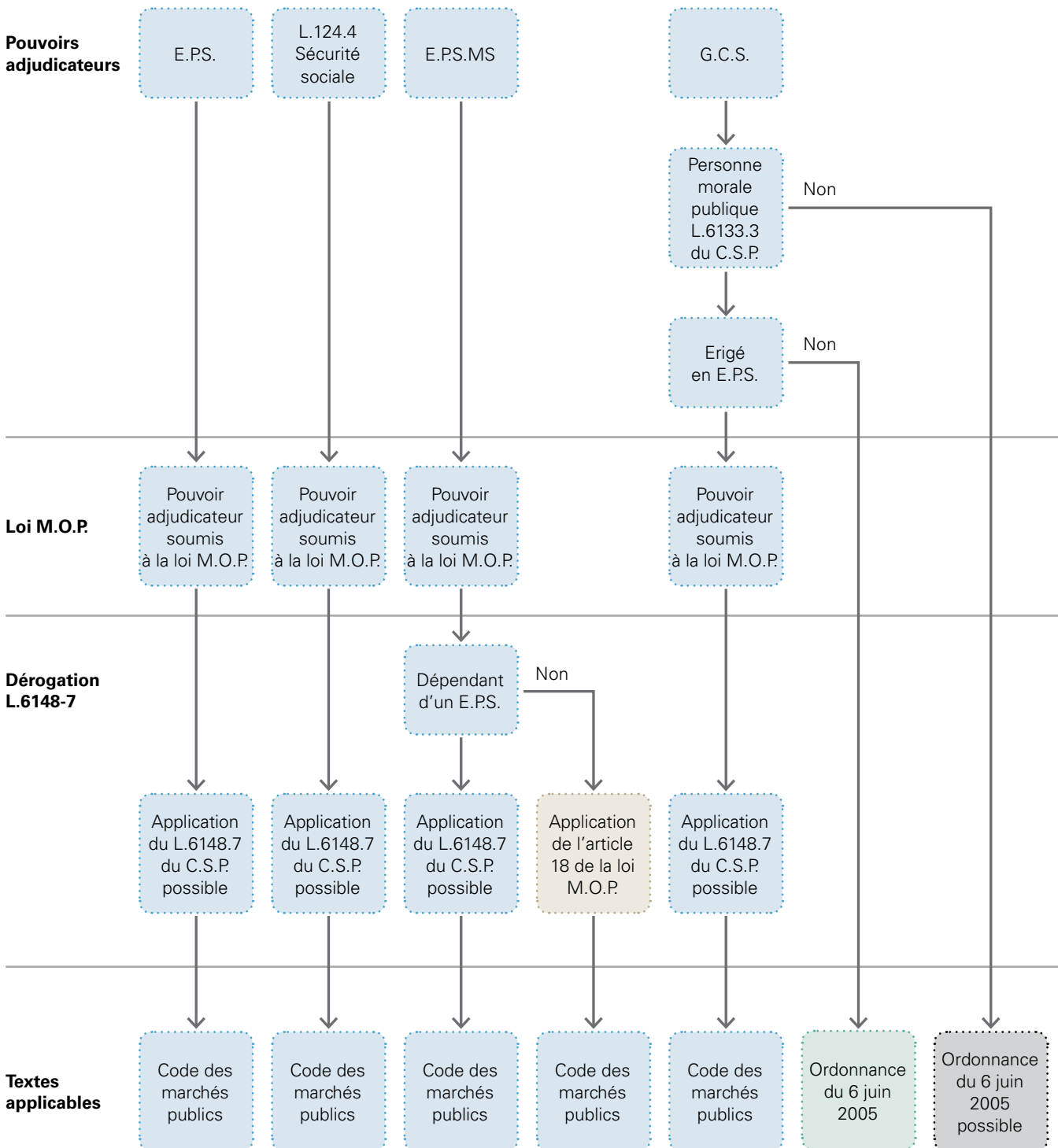
L'intégration d'une démarche HQE® dans une opération de conception-réalisation nécessite une adaptation de la démarche à la spécificité de la procédure.

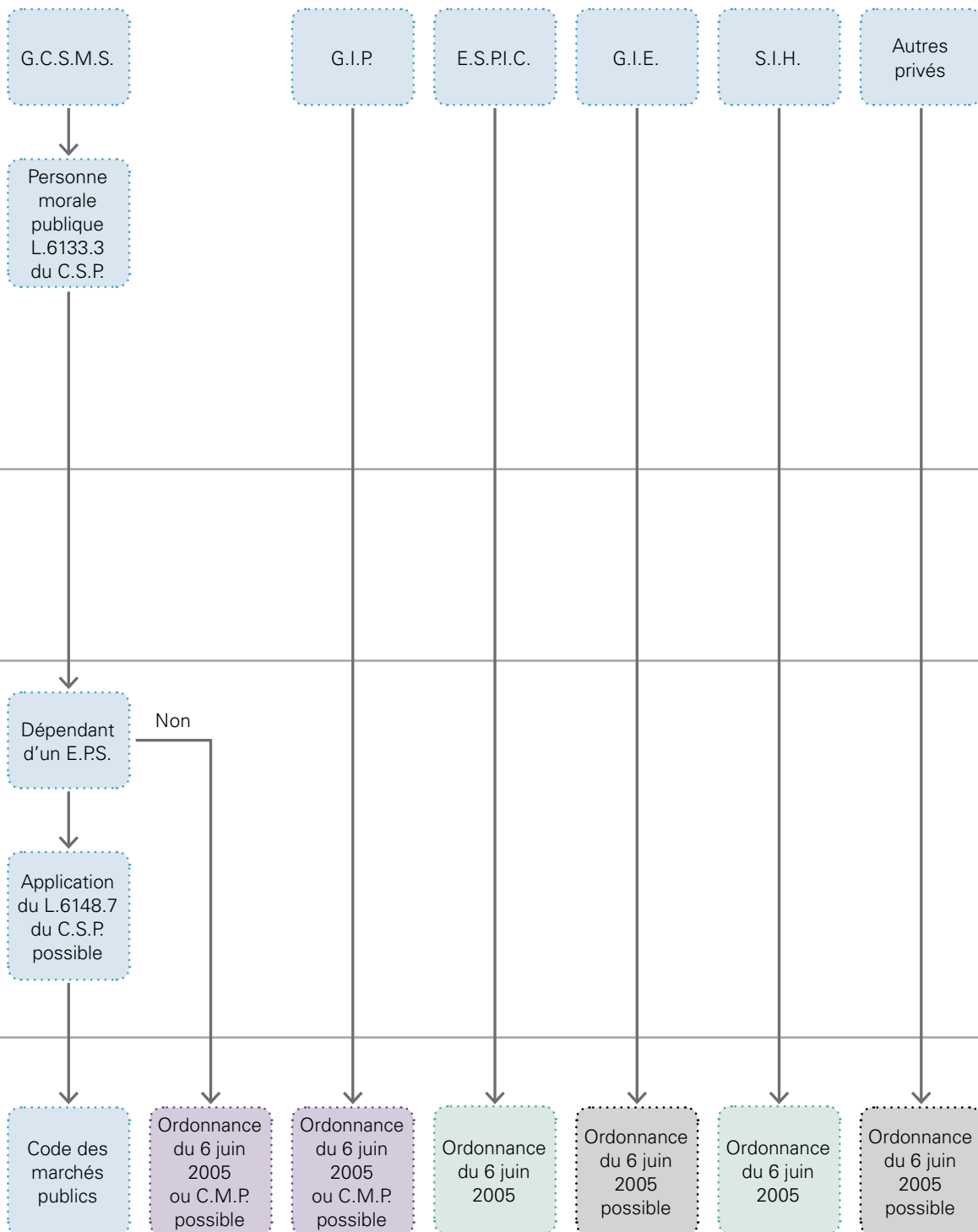
En effet, la démarche est organisée sur la base d'une loi M.O.P. et les différentes étapes de contrôle et de *management* doivent être adaptées à l'absence de mission indépendante de maîtrise d'œuvre.

La certification peut en revanche permettre de garantir le résultat en imposant au groupement l'obtention de la certification.

Les établissements de santé souhaitant se lancer dans une telle démarche pourront se référer au guide édité par la M.A.I.N.H. en 2008 et intitulé « Référentiel HQE pour les établissements de santé ».

SCHÉMA RÉCAPITULATIF DES TEXTES APPLICABLES





FICHE 1

Les pièces contractuelles

OBJECTIFS

La rédaction et l'organisation des pièces formant le contrat doivent permettre :

- de maîtriser la procédure ;
- de préciser les engagements des parties ;
- de servir de support opérationnel pour le suivi du déroulement de l'opération ;
- de sécuriser le maître d'ouvrage et le groupement.

ANALYSE DE LA P.R.O.BLÉMATIQUE

La connaissance de la composition des pièces du contrat est essentielle pour gérer au mieux la procédure, pour permettre une bonne connaissance des engagements de chacun et pour suivre le bon déroulement de l'opération.

En effet, dans les contrats complexes, il n'est pas envisageable de fixer ou d'avoir des discussions sur un point particulier sans avoir une vision de la structure contractuelle générale. À titre d'exemple, il n'est pas opportun de finaliser une clause du contrat sur la prise en compte du risque géotechnique sans savoir précisément si les études préalables réalisées par le maître d'ouvrage (par exemple G11) vont être rendues contractuelles et sans en connaître leur contenu (très souvent la rédaction de ce type de rapport est en contradiction avec le partage des risques présents dans le contrat).

En ce qui concerne l'architecture générale du contrat, deux solutions s'offrent aux maîtres d'ouvrage :

Solution 1 : Un contrat de tête (comprenant un engagement) et des annexes (programme, annexes financières, solution technique, plan...)

Solution 2 : Un contrat composé des pièces suivantes :

- Acte d'engagement (A.E.) ;
- Cahier des clauses administratives particulières (C.C.A.P.) ;
- Cahier des clauses techniques particulières (C.C.T.P.) ;
- Programme fonctionnel détaillé ;
- Annexes (solutions techniques, plans...).

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Il existe deux sortes de pièces contractuelles :

→ les premières sont issues du dossier de consultation et ont été rédigées par la maîtrise d'ouvrage et ses assistants (Contrat de tête, Programme complété du cahier des écarts, A.E., C.C.A.P., C.C.T.P...) ;

→ les secondes sont constituées par les pièces produites par le groupement de conception-réalisation dans le cadre de son offre, à savoir la solution architecturale et technique retenue. Cette dernière est en pratique constituée des plans et des descriptifs fournis par le candidat dans le cadre de son offre.

Hiérarchisation des pièces

Afin de sécuriser le contrat et de garantir le respect des besoins définis par la maîtrise d'ouvrage, il conviendra de faire primer le programme fonctionnel détaillé par rapport à la solution du candidat retenu. Il ne s'agit pas d'imposer de manière léonine une pièce par rapport à une autre pour obtenir plus au même prix mais il s'agit de prendre en compte le fait que le maître d'ouvrage doit s'engager sur ce qu'il maîtrise. Et force est de constater que lors de la procédure, il est très souvent très difficile de vérifier l'adéquation totale entre la solution proposée et le programme fonctionnel détaillé. Ainsi, il est prudent, en donnant cette règle du jeu dès le départ aux différents candidats, d'indiquer qu'il est du ressort des candidats de vérifier, lorsqu'ils établissent leur offre, la cohérence entre les solutions techniques proposées et les besoins du maître d'ouvrage définis dans le programme fonctionnel détaillé.

Si certains écarts venaient à exister, par exemple en ce qui concerne les surfaces, il doit être demandé aux candidats de les identifier dans un document spécifique que l'on nomme souvent le « cahier des écarts » afin que le maître d'ouvrage puisse, en toute connaissance de cause, apprécier ces différences et les accepter le cas échéant.

Il est important de bien comprendre que cette hiérarchisation des pièces, qui fait notamment débat dans les procédures de dialogue compétitif, n'est pas mise en place pour piéger l'entreprise, mais qu'il s'agit d'une règle du jeu préalable, affichée et transparente, que les différents candidats doivent respecter dans le cadre de la remise de leur proposition et/ou de leur offre.

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

L'intégration d'annexes non contractuelles

Dans certains cas, il peut être nécessaire de joindre au contrat des pièces qui n'ont pas vocation à constituer un engagement contractuel des parties. Il peut s'agir notamment des études préalables données à titre indicatif par le maître d'ouvrage pour informer les candidats de telles ou telles données.

Il est recommandé de rendre non contractuelle une autre pièce importante: la Décomposition du prix global et forfaitaire (D.P.G.F.). En effet, d'une part, il est important que cette pièce figure parmi les éléments portés à la connaissance du maître de l'ouvrage pour analyser les offres et pour prendre en compte certains prix unitaires dans le cadre de la négociation d'éventuels futurs avenants, et d'autre part, il peut être très dangereux (ou en tout cas générer certaines discussions) de rendre contractuelle une pièce indiquant des quantités dans le cadre d'un contrat passé à prix global et forfaitaire. En revanche, dans le cadre des phases de conception, il est recommandé de demander des D.P.G.F. plus précises que celles fournies au moment de l'offre, souvent assez succinctes.

Remarque : La seule partie de la D.P.G.F. que le maître d'ouvrage pourrait rendre contractuelle concerne les prix unitaires.

Afin d'être clair par rapport aux candidats et au cocontractant, il conviendra très en amont d'être précis dans la rédaction du contrat de tête ou du C.C.A.P. sur ce point.

L'intégration des rendus de conception

Au cours de l'avancement des études de conception, il est recommandé, dans le cas général, de prévoir plusieurs étapes de rendu : Dossier d'autorisations administratives, A.P.D. et P.R.O. Ces rendus ont pour but de préciser les solutions techniques et de préparer la phase réalisation afin que l'on obtienne une totale adéquation entre les besoins définis par le maître d'ouvrage et les travaux. La question posée concerne l'intégration ou non, comme pièce contractuelle, des rendus de conception transmis par le concepteur-réalisateur.

Il est recommandé de ne pas contractualiser ces éléments de rendus car d'une part le maître d'ouvrage n'aura peut-être pas la possibilité matérielle de vérifier l'ensemble des éléments transmis dans les délais impartis (souvent les rendus A.P.D. et P.R.O. sont très volumineux). D'autre part, s'il arrivait qu'il ne s'aperçoive pas d'un point important perdu au milieu des centaines de pages que constituent les études de conception et mettant

en difficulté l'établissement, il aurait, par le biais de l'intégration du rendu comme pièce contractuelle, accepté une modification des engagements contractuels. Si, pour autant, certains éléments de conception méritent une validation formelle de la part du maître d'ouvrage, le groupement de conception-réalisation devra alerter le maître d'ouvrage afin d'obtenir un accord sur ces points spécifiques. En d'autres termes, il n'est possible (et pertinent) de rendre contractuel que ce que l'on maîtrise.

Remarque :

... Dans le cas où le maître d'ouvrage souhaite rendre tout de même contractuels les rendus de conception, il devra préciser la hiérarchisation de ces pièces par rapport aux autres et notamment s'assurer que ces éléments ne prévalent pas sur le programme.

... Il est à noter que si le contrat indique que les éléments de rendu de conception sont « validés » par le maître d'ouvrage, la problématique est de même nature que si ces pièces étaient intégrées comme pièces contractuelles.

Le premier problème concerne l'ordre de prévalence des pièces. Si une validation intervient, il convient pour le moins de s'assurer que le document de validation signé par le maître d'ouvrage comporte une phrase indiquant : « validé sous réserve du respect du programme et des éléments du contrat ».

Le second problème provenant de la validation concerne la gestion des délais. Si on introduit une validation des rendus de conception, l'engagement du concepteur ne constitue pas un engagement sur un délai global mais sur une somme de délais partiels interrompus par des délais du maître d'ouvrage et de ses conseils. Ainsi, pendant les délais de validation, le concepteur-réalisateur « lève le stylo » et attend le retour du maître d'ouvrage.

Il peut être intéressant, afin d'obtenir une gestion de projet plus optimisée, de ne pas prévoir de point d'arrêt de validation en indiquant dans le contrat que le maître d'ouvrage pourra formuler des remarques sur le rendu de conception pendant, par exemple, un mois après sa remise.

Ainsi, le concepteur-réalisateur pourra être engagé sur un délai global et il devra intégrer dans sa gestion de projet la possibilité donnée au maître d'ouvrage de formuler ses remarques.

FICHE 1

Les pièces contractuelles (suite)

La faculté de se référer aux C.C.A.G.

Lors de la rédaction d'un marché de conception-réalisation ou de conception-réalisation-maintenance, une des premières questions qui se pose consiste à déterminer s'il s'agit d'un marché de prestations intellectuelles ou un marché de travaux. Compte tenu des définitions issues notamment des directives européennes et des textes de transposition, il est à ce jour défini que ces marchés sont à classer dans la catégorie des marchés de travaux.

De ce fait, faut-il dans le cadre d'un marché de conception-réalisation ou de conception-réalisation-maintenance faire référence au C.C.A.G. travaux ?

Sans doute pas.

En effet, deux difficultés majeures apparaissent sur ce sujet :

La première provient du fait que le marché de conception-réalisation comporte, comme son nom l'indique, une partie de conception. Ainsi, pour la partie du contrat qui concerne la conception, il faudrait faire référence au C.C.A.G. P.I. (Prestations intellectuelles) qui pour certaines clauses n'est pas en cohérence avec le C.C.A.G. travaux. Faire référence à deux C.C.A.G. dans le cadre d'un même contrat n'est pas envisageable. La seule possibilité sera donc, si on décide de faire référence au C.C.A.G. travaux, de réécrire, dans le C.C.A.P, les clauses proches de celles présentes dans le C.C.A.G. PI pour les prestations de conception en les mettant en cohérence avec le reste du contrat.

La seconde difficulté majeure qui existe lorsque l'on décide d'appliquer le C.C.A.G. travaux dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, provient du fait que le C.C.A.G. travaux dans sa rédaction de 2009, fait référence à trois acteurs : le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et l'entrepreneur. Or la conception-réalisation répond à une logique binaire à deux acteurs : le maître d'ouvrage et le concepteur-réalisateur. Ainsi, quand bien même le maître d'ouvrage souhaite intégrer le C.C.A.G. travaux dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, il devra amender les clauses évoquant le maître d'œuvre et déterminer si ces clauses doivent se référer au concepteur-réalisateur ou à la maîtrise d'ouvrage (via par exemple l'A.T.M.O.). Dans cette hypothèse, il conviendra de procéder à une relect-

ture attentive du C.C.A.G. travaux et à une analyse des missions qui sont dévolues au maître d'œuvre afin de décider si celles-ci doivent relever de la compétence du maître d'ouvrage, de l'A.T.M.O. ou du concepteur-réalisateur.

Pour toutes ces raisons, il est recommandé de ne pas se référer à un C.C.A.G. dans le cadre d'un marché de conception-réalisation et de rédiger un C.C.A.P. (ou un contrat de tête) adapté aux spécificités d'une opération menée sous la forme d'une conception-réalisation. Il sera bien sûr possible de s'inspirer pour certaines clauses de celles présentes dans les C.C.A.G.



À RETENIR

Importance de la détermination du contenu des pièces constituant le contrat (place du programme notamment).

Importance de la hiérarchisation des pièces (intégration d'un cahier des écarts demandé dès l'offre).

Danger de faire allusion au C.C.A.G. travaux. En revanche, si le contrat ne fait pas allusion au C.C.A.G. travaux, importance de la rédaction de clauses précises.

FICHE 2

Les points clés dans un contrat de C.R.

OBJECTIFS

Avant de lancer une procédure pour la passation d'un contrat de conception-réalisation, il est nécessaire de connaître les points clés dudit contrat. Il convient également de maîtriser les logiques qui gouvernent ce type de contrat ainsi que les conséquences qu'elles engendrent pour la gestion du projet.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

De par sa nature, un contrat de conception-réalisation est fondamentalement différent d'un marché de travaux classique, notamment du fait de la présence dans le périmètre du marché, de la partie « conception ».

De ce fait, il ne s'agit pas de travailler en prenant en compte les habitudes des marchés classiques et il faut s'interroger sur les spécificités des engagements ainsi que sur les conséquences qui en découlent.

En effet, contrairement à un contrat classique, le concepteur-réalisateur se voit notamment engagé très en amont sur les délais et sur les coûts. Ainsi, avant la phase relative aux études de conception et sur la base du programme fonctionnel détaillé, le concepteur-réalisateur sera contractuellement responsable du respect des délais et des coûts proposés. Cela doit amener la maîtrise d'ouvrage à repenser l'architecture du contrat qu'elle propose sur des points précis, comme, par exemple, la gestion des délais, des modifications de programme, les validations internes...

Il faut également noter que le partage des risques entre les parties et donc la rédaction des clauses contractuelles liant les parties, pourront être de nature différente selon la procédure de passation du contrat. En effet, pendant la procédure de dialogue, certaines clauses pourront être discutées et certains essais ou sondages pourront être réalisés pour purger ou pour le moins limiter le risque alors qu'il est très difficilement envisageable, pendant la procédure d'appel d'offres restreint, de procéder ainsi.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Les grandes étapes d'un contrat de conception-réalisation

Après avoir défini les différentes parties et pièces qui formeront le contrat, il est opportun de distinguer les différentes étapes et phases d'un marché de conception-réalisation.

Il est important d'indiquer en préambule que les différentes phases du contrat devront être adaptées par le maître d'ouvrage en fonction de la taille et des spécificités du projet. En effet, dans le cas général, il est recommandé de prévoir un point d'arrêt de niveau comparable à l'A.P.D. entre le dépôt des autorisations administratives et la phase P.R.O.

En revanche, si le projet est de taille modeste et qu'il ne comporte pas de spécificité technique nécessitant un point d'arrêt entre la phase de dépôt des autorisations administratives et la phase de finalisation des études de conception (équivalent à un P.R.O.), il sera peut-être opportun de ne pas faire de point d'arrêt formalisé de niveau A.P.D. et de formuler des accords « au fil de l'eau » pendant les études. Le jalon suivant, celui des autorisations, serait dans ce cas celui du P.R.O.

De plus, il est vivement conseillé de définir avec précisions les différentes pièces et le niveau de détail demandés pour chaque niveau de rendu. Cette description pourra se situer dans le cadre d'un document (souvent appelé C.C.T.P. Détail des prestations) du marché de C.R. ou dans le cadre d'une annexe. Ceci a comme intérêt de définir un niveau d'exigence spécifique en fonction des particularités et de la taille du projet.

Une dernière remarque concerne la phase de mise au point du contrat : il est important de pas confondre la mise au point de l'A.P.S. et la mise au point du contrat. En effet, la mise au point du contrat (prévue dans certaines procédures comme celle de l'appel d'offres) se situe dans le processus de passation avant la signature du contrat par le maître d'ouvrage. De ce fait, il ne s'agit pas d'une phase du contrat et elle ne pourra donc pas être affectée d'un délai post-notification.

En règle générale, et notamment pour des opérations structurantes pour l'établissement ou pour des opérations présentant des spécificités techniques, il est conseillé de décomposer le contrat selon les étapes et phases suivantes et qui peuvent être concomitantes :

Étape n° 1 : Conception

- ⇨ Phase n° 1.1 : Élaboration de l'avant-projet sommaire finalisé
- ⇨ Phase n° 1.2 : Élaboration des dossiers de demandes d'autorisations administratives (permis de construire...)
- ⇨ Phase n° 1.3 : Études de conception de niveau A.P.D. (détail décrit au C.C.T.P.)
- ⇨ Phase n° 1.4 : Études de conception de niveau P.R.O. (détail décrit au C.C.T.P.)

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

Étape n° 2 : Réalisation des travaux

...✚ Phase n° 2.1 : Études d'exécution et synthèse

...✚ Phase n° 2.2 : Réalisation des travaux

...✚ Phase n° 2.3 : Assistance aux opérations de réception et mise en service de l'ouvrage et de la garantie de parfait achèvement

Étape n° 3 : Maintenance

Comme indiqué ci-avant, ce découpage pourra bien sûr être adapté en fonction de l'opération et des souhaits du maître d'ouvrage, en regroupant par exemple les phases n°1.1 et n°1.2, ou en supprimant la phase n°1.3.

Une des questions souvent posées sur la problématique des étapes et phases pour une opération de conception-réalisation concerne le fait de mettre en place une tranche ferme pour les études et une tranche conditionnelle pour les travaux. Comme il est indiqué dans le document intitulé « Rappel et définition des principales sources juridiques des montages en conception-réalisation et conception-réalisation-maintenance », il semble juridiquement peu sécurisant d'utiliser le découpage en tranche et il est recommandé de ne pas mettre en place une tranche ferme études et une tranche conditionnelle travaux. En effet, outre la problématique de fonctionnalité des tranches, si la tranche conditionnelle n'est pas affermie, la tranche ferme passée sous la forme d'une consultation pour un marché de travaux correspondra en fait à un marché de service.

Pour autant, le fait de prévoir dans le contrat, dès sa rédaction, la possibilité d'interrompre le contrat pendant ou à la fin des études de conception, doit être une préoccupation du maître d'ouvrage. Ce point peut être résolu en intégrant dans les clauses du contrat, des clauses de résiliation précisant les différents cas de figure envisageables (résiliation pour motif d'intérêt général, résiliation pour faute...), et les montants des études et travaux en cas de résiliation selon l'avancement du projet. Il est ainsi recommandé de prévoir une clause dans le contrat qui précise le mécanisme d'indemnisation en cas de résiliation, en cohérence avec l'état d'avancement du contrat et de la jurisprudence.

La gestion des délais et les engagements sur le calendrier

Lors de la remise de l'offre de conception-réalisation, le groupeur lauréat se retrouve engagé sur les délais de conception et de réalisation.

Le contrat devra de ce fait prévoir des clauses rappelant cet engagement et les pénalités associées auxquelles le titulaire s'expose en cas de dépassement des délais.

Une des premières questions à se poser concerne la demande d'engagement sur des délais partiels ou sur un délai global. En d'autres termes, la question est de savoir si des engagements contractuels partiels avec mise en place de pénalités (ou de retenues provisoires) sont souhaités par le maître d'ouvrage ou si le groupement de conception-réalisation n'est engagé que sur un délai global. Compte tenu des organisations à mettre en place pour analyser les phases de rendu et des conséquences qu'un décalage pourrait générer, notamment en termes d'organisation du travail, il est recommandé de mettre en place un système de retenues provisoires sur les délais partiels afin que l'engagement du groupement sur les rendus des phases d'études soit ferme. Il n'est cependant pas nécessaire (sauf spécificité relative par exemple à la livraison partielle d'un bâtiment de manière anticipée) de mettre en place des délais partiels pendant la réalisation des travaux.

La seconde problématique essentielle à analyser traitant la gestion des délais concerne les actes que devra rédiger le maître de l'ouvrage et/ou ses assistants pendant les phases de conception et pour débiter les travaux.

Deux solutions s'offrent sur ce point au maître d'ouvrage :

Solution 1 : Émission d'ordres des services à la fin de chaque phase

Solution 2 : Formulation de remarques pendant un délai fixé à partir de la remise des documents par le groupement

À titre liminaire et avant de détailler ces deux solutions, il est très important d'avoir en tête les conséquences que peut avoir sur la gestion du contrat, le fait de « valider » les phases de conception remises par le cocontractant.

En effet, si le maître d'ouvrage ne prend pas garde et valide purement et simplement les phases de conception, il peut se mettre en grande difficulté du fait de l'éventuel impact de cette validation par rapport aux engagements contractuels. En effet, si rien n'est indiqué dans le contrat ou dans le document de validation, il est probable que la phase de conception « validée » prime sur les engagements du contrat (notamment puisque cette « validation » est plus récente que le contrat) et mette le maître d'ouvrage dans une position délicate. Par cette « validation »,

FICHE 2

Les points clés dans un contrat de C.R. (suite)

il faut prendre garde que la solution proposée par le groupement de conception-réalisation ne prime pas par rapport au programme détaillé.

Afin d'éviter ces problématiques, qui viennent souvent polluer les relations entre le maître d'ouvrage et le groupement de conception-réalisation, il est recommandé de ne pas valider les phases de conception et d'émettre plutôt des remarques sur les documents transmis. Le principe de base consiste à ne valider que ce que l'on maîtrise et il est souvent délicat de maîtriser les centaines de pages qui composent les différentes phases de conception. Le fait de ne pas valider formellement les phases de conception côté maître d'ouvrage permet également de ne pas créer de confusion avec le rôle de visa du concepteur qui demeure en interne au groupement.

Si le maître d'ouvrage souhaite vraiment utiliser comme mode de gestion du projet la validation des phases, il sera prudent d'insérer dans le document de validation, une phrase indiquant : « sous réserve des dispositions du contrat et notamment du programme fonctionnel détaillé ». Il sera également opportun de mettre en place un cahier des écarts pour gérer les validations.

Parmi les phases de conception, l'élaboration des dossiers de demandes des autorisations administratives pose souvent le plus de problème puisque c'est le maître d'ouvrage qui dépose ces dossiers auprès des autorités compétentes. Comme ce sont souvent les autorisations administratives qui sont sur le chemin critique, il convient donc de les déposer rapidement ; la question qui est alors souvent posée est la suivante : le fait de déposer au nom du maître de l'ouvrage ces dossiers de demande constitue-t-il une « validation » desdits dossiers ?

Sans clause particulière dans le contrat, il semble que le fait de déposer ces dossiers peut être considéré comme une validation du maître d'ouvrage. Deux cas de figure peuvent être conseillés :

- si on a matériellement le temps (cela doit être prévu dans le marché), il faut, avant de déposer les dossiers auprès des autorités compétentes, que le maître d'ouvrage et ses assistants (A.T.M.O., C.T...) vérifient la bonne adéquation entre les engagements contractuels, les besoins exprimés dans le programme et ces dossiers. S'il n'y a pas adéquation, il convient, avant tout dépôt, de signaler spécifiquement les points de désaccord ;

- si le maître d'ouvrage n'a pas la capacité technique et/ou matérielle de vérifier les dossiers de demande, il convient de préciser spécifiquement dans le contrat de conception-réalisation, que le fait de déposer les dossiers auprès des autorités compétentes ne constitue pas un accord du maître d'ouvrage sur les éléments des dossiers et que ces derniers devront être conformes aux engagements contractuels sous peine de devoir être repris ultérieurement.

Détail des deux solutions

Solution 1 : Émission d'ordres de services à la fin de chaque phase

Cette première solution, la plus pratiquée, consiste à la fin de chaque phase de conception indiquée ci-avant, à produire, par l'intermédiaire de l'A.T.M.O., un Ordre de service (O.S.) acceptant (avec les précautions évoquées ci-avant) la phase produite, et demandant au groupement de commencer la phase suivante. À la fin de la dernière phase de conception, le maître d'ouvrage produira un ordre de service pour autoriser le groupement de conception-réalisation à commencer les travaux (ou la période de préparation selon le cas).

Cette solution, sous réserve des précautions liées à la « validation », présente comme intérêt pour le maître d'ouvrage, de maîtriser les accords donnés au groupement (puisqu'il émet des actes positifs permettant de lancer chaque phase).

Elle présente cependant un inconvénient important lié au fait que le groupement n'est plus, par la mise en place même des points d'arrêt, engagé sur un délai global mais sur plusieurs délais (au moins un délai de conception et un délai de réalisation). En effet, le fait de formaliser l'accord du maître d'ouvrage pour autoriser le groupement à commencer la phase suivante, fait que, *ipso facto*, le maître d'ouvrage est lui aussi, par le biais du contrat, tenu de formuler son avis ou son acceptation dans un délai contraint. Et que se passe-t-il contractuellement si le maître d'ouvrage ne respecte pas les délais fixés par le contrat ? Pour mettre en place cette méthode, le maître d'ouvrage doit, et c'est souvent délicat en hospitalier ou en médico-social, maîtriser ses délais et ceux de ses partenaires (financiers par exemple).

De plus, pendant le délai de production de l'avis sur la phase précédente, le groupement a contractuellement dû arrêter sa production et n'est plus engagé sur son délai tant que l'O.S. relatif au démarrage de la phase suivante n'est pas produit.

Cette solution, bien que par certains côtés rassurante, est très proche de la façon de procéder pour une opération réalisée sous la forme d'une loi M.O.P. classique avec tous les écueils envisageables sur les problématiques de non acceptation des phases de conception dans les délais initialement prévus pour la maîtrise d'ouvrage.

Solution 2 : Formulation de remarques pendant un délai fixé à partir de la remise des documents par le groupement

Cette seconde solution présente une philosophie très différente de la première. En effet, elle part du principe que le cocontractant s'engage à créer un projet global dans un délai global fixé et que les remarques formulées par le maître d'ouvrage ne servent qu'à guider, qu'à préciser ou clarifier certains points. Ainsi, la notification du marché est le seul acte prévu dans lequel la maîtrise d'ouvrage a un impact sur les délais : si tout se passe comme convenu, aucun autre acte de gestion des délais ne sera pris par le maître d'ouvrage et de ce fait le groupement de conception-réalisation devra respecter les délais contractuels. Lors de la production des phases d'étude de conception, le maître d'ouvrage disposera d'un délai (par exemple un mois pour le niveau équivalent à un A.P.D.) pour formuler des remarques sur les documents (*a minima* sur la fonctionnalité et les surfaces en tenant à jour le cahier des écarts) et par exemple indiquer que sur ce point, le document n'est pas en cohérence avec le contrat sachant qu'à la fin de la construction, l'ouvrage doit être en tout point conforme aux engagements contractuels. Ainsi, c'est au groupement de conception-réalisation de savoir gérer ses délais et de décider s'il continue de travailler entre les phases ou s'il préfère attendre les remarques du maître d'ouvrage.

En ce qui concerne le début des travaux, il peut être demandé au groupement de conception-réalisation de prévenir, par exemple deux mois avant le début, le maître d'ouvrage de la date envisagée pour démarrer la construction. Si le maître d'ouvrage n'a pas d'opposition sur cette proposition de date, les travaux commenceront à la date proposée. En revanche, si un élément contraint le maître d'ouvrage à ne pas accepter le démarrage des travaux (problème sur la qualité des études, problème financier...), il pourra refuser et produira ou fera produire par son A.T.M.O., un ordre de Service refusant le début des travaux.

Cette méthode est sans aucun doute la plus sécurisante pour le maître d'ouvrage si ce dernier est organisé et s'il ne modifie pas ses besoins au cours du déroulement de l'opération.

En revanche, elle nécessite une vraie gestion de projet maîtrisée par le maître d'ouvrage, notamment afin de prendre les décisions nécessaires dans le cas où un événement extérieur empêcherait le déroulement normal de l'opération ou dans le cas où le groupement de conception-réalisation ne réaliserait pas les études comme il devrait le faire au regard du contrat.

Pour les deux méthodes présentées ci-dessus, il convient que le maître d'ouvrage puisse garder la maîtrise de l'avancement du projet et notamment puisse, par exemple si une instance ou une tutelle souhaite arrêter provisoirement ou définitivement le projet, à tout moment, interdire au groupement de conception-réalisation de poursuivre les études ou de commencer les travaux.

La solution 1, plus classique, présente comme principal inconvénient de ne pas avoir un engagement global du groupement sur les délais. Elle devra être favorisée lorsque le maître d'ouvrage a besoin de mettre en place des points d'arrêt dans sa gestion de projet.

La solution 2 est une solution qui permet au maître d'ouvrage de demander au groupement de conception-réalisation un véritable engagement global sur les délais. En revanche, cette solution impose au maître d'ouvrage de ne pas intervenir et de rester toujours très vigilant pour respecter ses propres engagements.

Dans les deux solutions, le contrôle des prestations rendues se réalisera en deux temps :

... le caractère complet du rendu par rapport aux pièces demandées au contrat ;

... le contenu du rendu et sa cohérence avec le contrat et le programme.

En ce qui concerne la complétude du rendu, le maître d'ouvrage devra répondre très rapidement au groupement afin d'obtenir des dossiers complets à analyser.

Remarque : il est prudent de prévoir une clause dans le contrat précisant que le dépôt des autorisations administratives (par exemple P.C.) par le maître d'ouvrage ne constitue pas une validation, notamment sur les aspects techniques du projet.

FICHE 2

Les points clés dans un contrat de C.R. (suite)

La mise au point du contrat de conception-réalisation

Au sens des directives européennes et des textes de transposition, la mise au point du contrat n'existe que dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres.

Cette phase de mise au point du contrat est plus délicate que dans le cas d'un marché de travaux et doit être maîtrisée par le maître d'ouvrage. En effet, pendant toute la procédure, le maître d'ouvrage et les candidats ne pourront pas échanger de manière approfondie. La phase de mise au point est le moment opportun, avant la contractualisation définitive, pour demander des clarifications et des précisions qui permettront de supprimer les éventuelles contradictions et de détailler certains points spécifiques.

Les possibilités et les obligations que doivent respecter le maître d'ouvrage sont présentées dans la partie 1 du guide.

Une des principales questions se posant au maître d'ouvrage de manière récurrente concerne le fait, dans la mise au point, de modifier (ou d'améliorer) les plans proposés par le groupement de conception-réalisation. Il est assez tentant, pour le maître d'ouvrage, de demander de prendre en compte les remarques formulées au cours de l'analyse des offres, pendant la phase de mise au point du contrat.

D'ailleurs, le terme de mise au point de l' A.P.S. et celui de mise au point du contrat sont souvent confondus alors que la mise au point du contrat a lieu avant la contractualisation et la mise au point de l' A.P.S. a lieu après notification du contrat. Il est conseillé de ne pas mélanger ces deux étapes.

La durée de la phase de mise au point du contrat doit être limitée dans le temps et la durée maximale ne doit pas être supérieure à deux mois. Une durée d'un mois doit être visée.

À la fin de la mise au point du contrat, il convient de formaliser les clarifications et les précisions dans un document écrit et rédigé avec précision. Ce document devra être rendu contractuel et la place de ce document dans l'ordre de hiérarchisation des pièces devra être réfléchi.



À RETENIR

Les trois points clés retenus dans cette fiche concernent les grandes étapes d'un contrat de conception-réalisation, la gestion des délais et la mise au point du contrat.

Importance du choix du niveau de rendu pour l'offre (suffisant pour obtenir un réel engagement) et du découpage des différentes phases de conception (garantissant la meilleure maîtrise possible du projet).

En ce qui concerne la gestion des délais et les engagements sur le calendrier, la solution 2, qui consiste à ne pas valider les phases par O.S., est préconisée en formulant cependant des remarques *a minima* sur la fonctionnalité et sur les surfaces, et en tenant à jour le cahier des écarts.

D'autres points importants sont à prendre en compte dans ce type de contrat, parmi lesquels on peut citer :

- la gestion des interfaces entre le projet immobilier et le plan d'équipement ;
- la gestion des interfaces externes avec les services publics (concessionnaires).

FICHE 3

Répartition des risques entre les parties

OBJECTIFS

Identifier les risques et répartir la prise en charge à celui des cocontractants (maître d'ouvrage et membres du groupement) qui est le mieux à même de les supporter du point de vue technique et économique afin de préparer les clauses contractuelles. La matrice des risques est un outil d'analyse.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

À l'instar des autres montages complexes (comme par exemple les projets en contrat de partenariat) où la notion de partage de risques a pris pleinement sa dimension, le contrat de conception-réalisation induit cette même problématique en l'absence de mission de maîtrise d'œuvre aux côtés du maître d'ouvrage.

L'optimisation du partage des risques est en effet une condition déterminante de la réussite du contrat de conception-réalisation.

Le transfert de tous les risques sur le concepteur-réalisateur ne relève pas d'une approche pertinente, mais il est clair que les risques habituellement assumés par la maîtrise d'œuvre dans le cadre de la loi M.O.P. et les risques supportés par l'entreprise se cumulent bien au-delà de la simple juxtaposition. En effet, une erreur de conception dans le cadre de la loi M.O.P. pouvait se traduire par des travaux supplémentaires dont l'impact financier restait à la charge du maître d'ouvrage alors que dans le contrat de conception-réalisation cette responsabilité du maître d'œuvre et de l'entreprise est conjointe et ne devrait pas avoir de conséquences financières directes pour le maître d'ouvrage.

Néanmoins, si le maître d'ouvrage cherche à faire peser la plupart des risques sur le concepteur-réalisateur, le coût du contrat a toutes les chances d'être plus élevé. Il faut optimiser le partage des risques en vue d'obtenir le meilleur rendement financier du contrat.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Le recensement des risques et la proportion de partage entre les différents acteurs, s'il ne peut être intégralement supporté par un même acteur, peut s'inspirer de l'approche faite dans le cadre des autres contrats complexes (comme par exemple les contrats de partenariat).

La meilleure manière d'identifier les risques auxquels est exposé un projet est encore de se référer, pour le maître d'ouvrage concerné, aux risques habituellement rencontrés en loi M.O.P. « classique ».

La répartition des risques sera largement fonction de la nature du projet et dépendra notamment de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent affecter la construction ou l'exploitation.

On peut analyser les risques selon deux approches.

• une approche chronologique qui permet de situer le risque en fonction du déroulement du projet. Dans ce cas, les risques sont généralement analysés en fonction de la période au cours de laquelle ils sont susceptibles de se réaliser : risques de conception, de construction, puis de maintenance éventuellement dans le cadre d'une conception-réalisation-maintenance (ou entretien-maintenance).

• une approche par nature de risque qui regroupe les principales catégories de risques susceptibles d'affecter le projet. Dans ce cas, on fera une identification par typologie : risque environnemental, risque législatif et réglementaire...

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

Les deux approches sont à combiner afin d'avoir une vision exhaustive des risques et de leur répartition entre le groupement et le maître d'ouvrage.

Un risque est un événement, un facteur ou une influence qui menace la bonne marche du projet en agissant sur les délais, les coûts ou la qualité des prestations réalisées.

Le principe est de répartir les risques à celui des cocontractants (maître d'ouvrage et membres du groupement) qui est le mieux à même de les supporter du point de vue technique et économique. En effet, le coût associé à chaque risque est différent selon l'entité qui le porte. Il s'agit en fait de rechercher, après en avoir dressé un recensement exhaustif, l'allocation optimale des risques entre les différents partenaires.

Les risques seront supportés si possible à 100 % par l'une ou l'autre des parties (certains risques devront par nature rester à la charge du maître d'ouvrage, comme par exemple le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire, d'autres au contraire seront avantageusement portés par le concepteur-réalisateur). Cette pertinence dans la répartition des risques est de nature à sécuriser les relations contractuelles entre le groupement et le maître d'ouvrage. Il est indispensable de s'assurer que le partage des risques reste optimal pour l'ensemble des contractants.

L'élaboration d'une matrice des risques comme dans le cadre du contrat de partenariat ou d'un bail emphytéotique hospitalier peut permettre de préparer la rédaction des clauses du contrat de la façon la plus pertinente. La matrice peut servir de guide à l'élaboration du contrat (notamment en cas de dialogue compétitif), et être l'occasion de réfléchir aux diverses garanties permettant de couvrir – ou non – tel ou tel risque.

Les conséquences de l'affectation du risque à l'une ou l'autre des parties se traduiront par un encadrement en matière de travaux supplémentaires, de modifications de délai, de performance à atteindre.

Le contrat devra tenir compte de cette évaluation des risques.

On distingue plusieurs phases :

- ...✚ risques en phase conception ;
- ...✚ risques en phase construction ;
- ...✚ risques en phase d'entretien-maintenance.

La matrice indique pour chaque risque la recommandation d'affectation entre le maître d'ouvrage et le groupement. Le risque partagé est laissé à l'appréciation du maître d'ouvrage en fonction de la nature de l'opération. Le risque doit être intégré dans la rédaction du contrat. Il peut être judicieux dans ce cas de prévoir un niveau de coût au-delà duquel le risque est affecté à l'une ou l'autre des parties ou des dates limites de prise en compte.

Les matrices données ci-après sont des exemples, qui ne doivent pas faire oublier les clauses contractuelles « classiques ». Les matrices doivent permettre de rédiger les clauses contractuelles et peuvent donc être différentes en fonction de la procédure mise en œuvre (C.R., C.R./M, dialogue...). Elles ne doivent pas se retrouver telles quelles dans les contrats.

FICHE 3

Répartition des risques entre les parties (suite)

RISQUES EN PHASE CONCEPTION

Identification du risque	Prise en charge du risque en conception-réalisation			Prise en charge du risque en M.O.P.		
	Par le maître d'ouvrage	Par le concepteur-réalisateur	Répartition du risque à définir dans le contrat	Par le maître d'ouvrage	Par le maître d'œuvre	Répartition du risque à définir dans le contrat
Modification du programme d'importance mineure à la demande du maître d'ouvrage (peu d'impact sur le montant des études et des travaux et/ou des délais)		●		●		
Modification du programme autre que d'importance mineure à la demande du maître d'ouvrage (impact sur le montant des études et des travaux et/ou des délais)	●			●		
Changement de conception demandé par le concepteur y compris impact sur le coût des travaux et les délais		●				●
Évolutions réglementaires des spécifications concernant les ouvrages			●	●		
Arrêt ou retard du projet du fait d'un tiers après signature du contrat			●	●		
Risque de conception même si n'ayant pas fait l'objet d'observation de la part du maître d'ouvrage		●		●		
Échec ou retard dans l'obtention des autorisations nécessaires à la construction (P.C., Commission de sécurité et d'accessibilité, I.C.P.E., etc.)		●				●
Risques liés à l'affichage du permis et gestion du délai de recours		●		●		
Risque sur les sols en fonction du niveau d'études d'investigation et du niveau de risque connus en phase amont (avant signature du contrat)			●			
Pollutions en fonction du niveau d'études d'investigation et du niveau de risque connus en phase amont (avant signature du contrat)			●			
Caractéristiques géotechniques		●				
Archéologie en fonction du niveau d'études d'investigation et du niveau de risque connus en phase amont (avant signature du contrat)			●			

COMMENTAIRES SUR L'IDENTIFICATION DES RISQUES

... Par modification du programme d'importance mineure, il faut entendre par exemple les adaptations du projet d'un point de vue architectural pour répondre aux problèmes de fonctionnalité ou pour prendre en compte des évolutions du besoin. Cela peut se traduire par des modifications de surfaces de locaux, ou du nombre de locaux, par des changements de destination de certains locaux... Le caractère mineur s'apprécie au vu de la nature des demandes de modifications qui ne remettent pas en cause le volume du projet ni les installations techniques et en fonction de l'avancement des études.

Par exemple pendant la phase des études d'avant-projet et de projet :

- des affectations de locaux et surfaces peuvent évoluer dans une limite à définir,
- des parties de services peuvent être réorganisées,
- des points d'eau peuvent être déplacés, ajoutés, retirés,
- des prises électriques (courant fort, courant faible) peuvent être déplacées, ajoutées, retirées,
- les arrivées et la distribution des fluides médicaux et non médicaux peuvent évoluer à la hausse comme à la baisse dans des pièces déjà pourvues d'arrivées de fluides,
- des paillasse peuvent être ajoutées, retirées, leurs dimensions peuvent varier,
- l'intégration de nouveau matériel est encore possible sous réserve que l'apport en puissance électrique n'excède pas 10 % d'augmentation,
- mise en place d'évacuations supplémentaires,
- le cheminement des réseaux aérauliques et électriques peuvent être déplacés en quantité limitée,
- des prises de fluide peuvent être déplacées dans un même local ;

... Les conséquences de modifications de programme plus importantes sont quant à elles prises en charge par le maître d'ouvrage sur le principe que les modifications demandées ne pouvaient pas être connues par le concepteur-réalisateur et sur le fondement de l'enrichissement sans cause du maître d'ouvrage ;

... Les conséquences des évolutions réglementaires doivent être fixées dans le contrat à la charge du concepteur-réalisateur ou à la charge du maître d'ouvrage en fonction de leur caractère d'application obligatoire ou non et de la date de la construction ;

... Dans le cas des études géotechniques, il peut être intéressant de laisser la possibilité de faire des compléments d'études à la demande des groupements pendant la phase de consultation ou de dialogue.

RISQUES EN PHASE CONSTRUCTION

Le marché de conception-réalisation est un contrat forfaitaire dit de louage d'ouvrage avec un prix définitif et global selon l'article 1793 du code civil.

L'intérêt de ce contrat est que tous les travaux supplémentaires non prévus dans le cahier des charges (à programme fonctionnel constant) mais nécessaires à la réalisation du contrat sont supportés par le groupement, d'où une matrice des risques très différentes en matière de répartition, d'une loi M.O.P. « classique ».

En effet, dans le cadre d'un marché à prix forfaitaire, par principe, l'entreprise ne peut pas obtenir de supplément de prix. Le prix forfaitaire couvre l'ensemble des travaux et prestations nécessaires à l'exécution du marché sous réserve d'avoir identifié les limites de prestations dans la répartition des risques.

FICHE 3

Répartition des risques entre les parties (suite)

Identification du risque	Prise en charge du risque en conception-réalisation			Prise en charge du risque en M.O.P.		
	Par le maître d'ouvrage	Par le concepteur-réalisateur	Répartition du risque à définir dans le contrat	Par le maître d'ouvrage	Par le constructeur	Répartition du risque à définir dans le contrat
Difficultés liées au sous-sol						
Archéologie	●			●		
Caractéristiques géotechniques du sol		●		●		
Travaux sur ouvrages enterrés ou réseaux non identifiés <i>sauf sujétions techniques imprévues</i>		●				●
Risques liés aux constructions existantes :						
- démolition y compris fondations et réseaux		●		●		
- travaux liés au plan de retrait amiante conforme au diagnostic avant travaux fournis par le maître d'ouvrage		●			●	
- compléments plan de retrait amiante demandés par la D.I.R.E.C.C.T.E.	●			●		
Raccordement au bâti existant						
Dysfonctionnements et/ou dommages causés à l'existant par le concepteur-réalisateur		●			●	
Dysfonctionnements et/ou dommages causés par le maître d'ouvrage	●			●		
Incapacité à atteindre les performances fixées contractuellement		●			●	
Mise en conformité de l'ouvrage au programme éventuellement modifié.		●			●	
Évolutions réglementaires non prévisibles des spécifications concernant les ouvrages (hors produits, procédés et technique de mise en œuvre).	●			●		
Défaillance d'entreprises		●		●		
Risques sur la fourniture en fluides (concessionnaires)			●	●		
Grève						
Groupement		●		●		
Autres	●			●		

RISQUES EN PHASE ENTRETIEN-MAINTENANCE

La matrice ne fait pas de comparaison avec la loi M.O.P. puisque la problématique de la maintenance n'existe pas sous cette forme dans la procédure classique.

Identification du risque	Prise en charge du risque en conception-réalisation-maintenance		
	Par le maître d'ouvrage	Par le concepteur-réalisateur-mainteneur	Répartition du risque à définir
Défauts du concepteur-réalisateur ou de ses sous-traitants (non-exécution ou défaut d'exécution du service) : - du fait d'une carence prouvée de l'exploitant ; - du fait d'un défaut des ouvrages, équipements, fournitures.		●	
Incapacité/impossibilité à atteindre les standards de qualité fixés sans changement de l'utilisation de l'ouvrage par le maître d'ouvrage		●	
Modification des spécifications du fait de l'évolution législative et réglementaire			●
Risques de surcoûts d'exploitation du fait d'un défaut des ouvrages (de conception/ de réalisation)		●	
Risques de surcoûts du fait d'une moindre qualité (que prévu) des installations (réparation, remplacement, renouvellement accrus)		●	
Risques de surcoûts du fait d'un changement d'utilisation par le maître d'ouvrage ou les usagers	●		
Risques de surcoûts du fait d'un défaut d'utilisation par le mainteneur		●	
Risques de surcoûts du fait d'une dégradation (vandalisme)	●		



À RETENIR

Lister de façon exhaustive les risques susceptibles d'impacter la vie du projet.

Affecter les risques aux acteurs (maître d'ouvrage et/ou membres du groupement) qui sont le mieux à même de les supporter du point de vue technique et économique.

La matrice ne doit pas se retrouver dans le contrat mais permettre de rédiger les clauses contractuelles en fonction de la répartition.

En fonction de la procédure, appel d'offres restreint ou dialogue compétitif, les matrices seront différentes.

FICHE 4

Responsabilités des acteurs

OBJECTIFS

Parvenir à identifier les responsabilités de chacun des intervenants à l'opération, qu'ils s'agisse du concepteur-réalisateur, du mainteneur ou des assistants à maîtrise d'ouvrage.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Compte tenu de la pluralité d'intervenants dans une opération de conception-réalisation, la détermination des responsabilités de chacun n'est pas toujours aisée. Pour anticiper les difficultés, il est essentiel que le maître d'ouvrage définisse précisément les droits et les obligations de chacun de sorte que les responsabilités respectives des intervenants soient plus facilement identifiables.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

La responsabilité contractuelle

Chaque membre du groupement étant responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage de la réalisation des prestations mises à sa charge, le contrat doit prévoir une répartition claire et détaillée de ces prestations.

Dans le cadre d'un contrat de conception-réalisation, le maître d'ouvrage a en face de lui un groupement, constitué généralement d'un architecte, d'un entrepreneur et d'une ingénierie, et, en cas de marché de conception-réalisation-maintenance, d'un mainteneur.

Le groupement n'ayant pas de personnalité morale, le maître d'ouvrage conclut le contrat de conception-réalisation avec chacun des membres dudit groupement. Aussi, tant l'architecte que le réalisateur et le bureau d'études techniques - et le cas échéant le mainteneur - sont liés contractuellement au maître d'ouvrage et à ce titre, disposent de droits et d'obligations vis-à-vis de ce dernier.

Chacun sera donc responsable à son égard de la bonne réalisation des prestations mises à sa charge par le contrat de conception-réalisation.

C'est la raison pour laquelle le contrat doit identifier les prestations de chacun avec suffisamment de précision pour permettre au maître d'ouvrage d'identifier plus facilement les responsabilités de chacun en cas de défaillance.

À cet effet, il est recommandé de faire figurer dans le dossier de consultation remis aux candidats la liste des prestations minimales que le maître d'ouvrage souhaite voir assurées par chacun des intervenants, en fonction de la spécificité de l'opération concernée, que ce soit en phase conception comme en phase réalisation.

Ainsi, par exemple :

∴ il devra être porté un soin particulier à la définition du rôle de l'architecte, celui-ci pouvant parfois s'effacer devant le constructeur mandataire du groupement ; le maître d'ouvrage pourra par exemple exiger que l'architecte donne son avis sur l'ensemble des plans d'exécution et/ou qu'il vise les C.C.T.P. établis en vue de la consultation des sous-traitants. Les prestations à la charge de l'architecte devront en outre être définies en lien avec celles qui seront confiées à l'A.T.M.O. et respectivement ;

∴ le maître d'ouvrage pourra préciser le rôle de chacun dans les opérations préalables à la réception ;

∴ le maître d'ouvrage pourra utilement préciser le rôle du mainteneur en phase conception et réalisation (ex. : avis sur les A.P.D. et P.R.O., avis pendant les OPR).

Par ailleurs et pour donner plein effet à la répartition des prestations entre les membres de l'équipe, celle-ci doit revêtir un caractère contractuel. Il est donc conseillé de faire figurer un tableau précisant la répartition des prestations au titre des pièces du marché.

Il pourra être demandé aux groupements candidats de compléter une grille, de façon exhaustive, de sorte qu'à la remise de leur offre, le maître d'ouvrage soit en mesure d'apprécier la répartition détaillée des tâches entre les différents intervenants prévue par chaque groupement. Ce tableau pourra utilement comporter l'indication des coûts et honoraires afférents à chacune des prestations mentionnées.

Notons que plus ce tableau sera détaillé et plus le maître d'ouvrage disposera d'une vision claire du rôle et des responsabilités de chacun tout au long de l'exécution du marché.

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

Cette répartition minimale des prestations peut figurer dans une grille telle que celle figurant ci-dessous :

Prestations	Architecte	Ingénierie	Constructeur	Mainteneur	Prix/Honoraires

Le cas spécifique du devoir de conseil de l'architecte

Comme indiqué précédemment, l'architecte sera, en sa qualité de cotraitant, contractuellement lié au maître d'ouvrage. À ce titre, il sera responsable à vis à vis de ce dernier de la bonne exécution de ses prestations.

Il est tenu à son égard d'une obligation générale de conseil pendant toute la durée d'exécution de sa mission. Ce devoir de conseil est prévu à l'article 36 alinéa 2 du code des devoirs des architectes (J.O. 25 mars 1980) : « Outre des avis et des conseils, l'architecte doit fournir à son client les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services qu'il lui rend. ».

À titre d'exemple de reconnaissance de responsabilité de l'architecte pour manquement à son devoir de conseil vis-à-vis du maître d'ouvrage dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, voir CAA Bordeaux, 2 mars 2010, n°08BX02316 : « Considérant que les travaux en litige ont été réalisés en application d'un contrat de conception-réalisation en vertu duquel, conformément aux dispositions du décret du 29 novembre 1993, la société Dumez a été associée aux études nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ; qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport de l'expert que si la société Dumez, chargée de la réalisation du lot couverture, étanchéité, bardage assumait en outre la fonction de mandataire du groupement, chargée à ce

titre des relations avec le maître d'ouvrage, si la société Sisa Secomet, en tant que bureau d'études a également participé à l'élaboration du cahier des clauses techniques particulières du lot n°6 relatif aux travaux de couverture, d'étanchéité et de bardage et si enfin le bureau de contrôle Cetan Apave a émis un avis favorable le 31 août 1992 audit procédé, les architectes ont participé au choix du système d'étanchéité et ne pouvaient ignorer les risques que comportait l'option retenue en faveur d'un procédé nouveau ; qu'ils ont manqué à leur devoir général de conseil auprès du maître de l'ouvrage ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal les a condamnés solidairement avec la société Dumez et le G.I.E. Cetan Apave à indemniser la société S.M.A.B.T.P. au titre du préjudice subi par la commune de Castres en raison des désordres affectant la toiture du complexe sportif de cette ville ».

L'architecte est responsable dans la limite des missions qui lui sont confiées¹⁷.

Il est également tenu incidemment d'un devoir de conseil vis-à-vis de l'entrepreneur dans la mesure où ils ont des intérêts communs.

Il est à noter que ce devoir de conseil est également dû par les autres intervenants de l'acte de construire notamment l'ingénierie et les entreprises.

(17) voir par ex. Cass, 3^e chambre civile, 3 juin 1992, n°90-11.486 : Justifie sa décision la cour d'appel qui, constatant que la mission des architectes ne comportait pas l'étude du financement de l'opération, que la demande de permis de construire avait été déposée par le maître de l'ouvrage lui-même et que les travaux n'ayant jamais été entrepris les maîtres d'oeuvre avaient exécuté avec l'accord du maître de l'ouvrage l'intégralité des prestations dont ils réclamaient le paiement, retient que les maîtres d'oeuvre, qui n'étaient pas tenus de renseigner le maître de l'ouvrage sur ses propres capacités financières, n'avaient pas manqué à leur obligation de conseil (Cass., 3^e chambre civile, 1^{er} décembre 1999, n°98-12.840).

FICHE 4

Responsabilités des acteurs (suite)

Prise en compte des responsabilités par le jeu des garanties

Au-delà de la responsabilité contractuelle des membres du groupement, la responsabilité de ces derniers peut être mise en cause par le jeu des garanties de parfait achèvement, de bon fonctionnement et de la garantie décennale inspirées des principes des articles 1792 et suivants du code civil (voir fiche n°10).

Ainsi :

- sont débiteurs de la garantie de parfait achèvement : l'architecte, le constructeur, le bureau d'étude ;
- sont débiteurs de la garantie de bon fonctionnement : l'architecte, le constructeur, le bureau d'étude ;
- sont débiteurs de la garantie décennale : l'architecte, le constructeur, le bureau d'étude.

Dans le cas spécifique de l'A.T.M.O., notons, comme indiqué dans la fiche n°10, que la question de la possibilité de mettre en cause la garantie décennale de l'A.T.M.O. peut se poser. Cette question n'est pas clairement tranchée. Toutefois si l'on se réfère à la jurisprudence de la juridiction administrative concernant le maître d'ouvrage délégué et le conducteur d'opération, il est concevable que le juge puisse considérer que la responsabilité décennale d'un A.T.M.O. peut être engagée.

La responsabilité de droit commun

Lorsque la faute commise par l'un des intervenants ne relève ni de la responsabilité contractuelle, ni de l'un des cas couverts par les garanties précitées, le maître d'ouvrage a toujours la possibilité de mettre en jeu leur responsabilité de droit commun sur le fondement de l'article 1382 du code civil (« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »), qui nécessite :

- une faute ;
- un préjudice ;
- un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

La mise en cause des responsabilités des différents intervenants

Le maître d'ouvrage pourra mettre en jeu la responsabilité contractuelle du mandataire solidaire du groupement responsable de la bonne exécution des prestations de ses cotraitants.

Dans le cas spécifique des marchés de conception-réalisation, le groupement sera plus généralement conjoint. À l'inverse des groupements solidaires, dans lesquels chacun est responsable financièrement de l'exécution des prestations de ses cotraitants, les membres d'un groupement conjoints ne sont responsables que de leurs propres obligations.

Néanmoins, le mandataire, lorsqu'il est solidaire, est responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage de la bonne exécution par chacun de ses cotraitants de leurs obligations contractuelles. Le maître d'ouvrage pourra alors se retourner soit vers le cotraitant défaillant, soit vers le mandataire solidaire.

Toutefois, cette solidarité ne semble s'appliquer que tant que perdurent les relations contractuelles.

C'est notamment ce qui est prévu à l'article 3.5.1 du C.C.A.G. travaux qui prévoit que le mandataire est solidaire de ses cotraitants jusqu'à la fin du délai de garantie de parfait achèvement.

Il est cependant recommandé d'inclure dans le contrat une clause précisant la poursuite des responsabilités du mandataire au-delà des relations contractuelles.

Le maître d'ouvrage devra mettre en cause la responsabilité du cotraitant en cas de défaillance de l'un de ses sous-traitants.

Chaque membre du groupement est responsable contractuellement de ses sous-traitants.

Le maître d'ouvrage n'étant pas contractuellement lié aux sous-traitants des membres du groupement, chacun d'entre eux sera responsable de la bonne exécution des prestations par les sous-traitants auxquels ils font appel.



À RETENIR

Importance d'identifier de façon précise et contractuelle les obligations de chacun et les répartitions des tâches. Les garanties pouvant être mises en jeu ainsi que les assurances à souscrire par chacun d'eux dépendront des missions qui leur sont octroyées (voir fiche n°10).

Une définition et une répartition claire et précise des missions par phase confiées à chaque intervenant à l'opération de conception-réalisation et conception-réalisation-maintenance contribuent à éviter les difficultés dans la détermination des responsabilités.

FICHE 5

Pénalités et retenues

OBJECTIFS

Un contrat de conception-réalisation ou de conception-réalisation-maintenance présente comme principal intérêt de fixer des engagements clairs et précis entre les parties, notamment sur les délais, sur les pièces à produire pendant la phase de conception et celle de travaux, sur les coûts et sur la qualité des prestations. Le contrat devra d'une part fixer les niveaux d'exigence souhaités et d'autre part, mettre en place un dispositif qui sanctionne leur non-respect par application de retenues ou de pénalités.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

La mise en place de retenues ou de pénalités ne répond pas à un objectif purement réglementaire mais à la logique de prévoir ce qu'il adviendra lorsqu'un engagement n'est pas tenu. La mise en place de pénalités ou de retenues n'a pas pour but, pour le maître d'ouvrage de payer moins cher les ouvrages, mais consiste simplement à se donner les moyens de faire appliquer les clauses contractuelles et dans certains cas, à compenser un préjudice qui découlerait par exemple d'un retard ou d'une faute dans l'exécution du contrat. Parmi les pénalités les plus classiques, on peut citer les pénalités liées à un non-respect des obligations en termes de délais, en termes de production de pièces demandées par le contrat (par exemple Dossier des ouvrages réalisés : D.O.E.), en termes de performances exigées dans le contrat, etc.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Fonctionnement des retenues et des pénalités

Les retenues

La différence principale entre retenues (que l'on devrait appeler « retenues provisoires » pour être plus explicite) et pénalités provient du fait que les retenues ont un caractère provisoire et que les pénalités ont un caractère définitif. À titre d'exemple, il peut être fait application de retenues pour non-respect du calendrier des études (remise du dossier de permis de construire au-delà de la date contractuellement établie par exemple). Il

peut être prévu que ces retenues soient levées, si à la fin de la construction, le concepteur-réalisateur parvient à récupérer son retard et à livrer l'ouvrage dans les délais prévus initialement et si le maître d'ouvrage considère que le retard sur la phase de conception n'a pas porté atteinte à son organisation ou à ses intérêts.

Les retenues sont donc appliquées temporairement, lors de la survenance d'un des cas évoqués au contrat.

Elles pourront, à tout moment et sur décision de la maîtrise d'ouvrage, soit être transformées en pénalités soit être annulées. Pour mettre en place les retenues, il faut donc que les engagements sur lesquels s'appliquent ces éventuelles retenues puissent être « rattrapés » par le groupement de conception-réalisation au cours de l'exécution du contrat.

Le contrat devra définir avec précision, les cas pour lesquels ces retenues pourront être appliquées et les modalités de leur transformation ou non en pénalités. La constatation du manquement (contradictoire ou unilatéral) et de l'acte qui en découle (c'est-à-dire le constat) est primordiale et le contrat devra prévoir explicitement la personne chargée du constat (par exemple l'A.T.M.O.) ainsi que la procédure d'élaboration du constat (uniquement sur constat écrit de l'A.T.M.O., ou après convocation du représentant du groupement de conception-réalisation...).

Les pénalités

Les pénalités sont prévues dans le contrat pour contraindre le cocontractant à réaliser ses engagements contractuels. Elles doivent être proportionnées à la faute commise ou au non-respect de l'engagement et le système mis en place doit être simple d'application pour éviter des discussions sur le mode de calcul et des difficultés de mise en œuvre.

Pour les pénalités non précédées de retenue, une des questions fréquentes concerne le caractère automatique des pénalités. Si, dans les clauses du contrat, il est indiqué que « les pénalités seront appliquées en cas de non-respect de telle performance », il n'apparaît pas envisageable pour le maître d'ouvrage, si la faute est établie, de lever la pénalité et de ne pas l'appliquer. En effet, le fait de ne pas appliquer le contrat conduirait à ne pas appliquer

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

le cahier des charges qui a permis de mettre en concurrence les différents candidats et a conduit à la désignation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans le cas où le maître d'ouvrage souhaite conserver une certaine latitude, ce qui n'est pas sans générer automatiquement une prise de risque importante, et si les règles qui s'imposent à lui autorisent cette pratique, il peut utiliser, dans la rédaction du contrat, la formule suivante : « le maître d'ouvrage pourra appliquer les pénalités en cas de non-respect de la performance ». Cette formule, sans conteste plus souple que la précédente, ne règle bien évidemment pas l'ensemble des problèmes et peut dans certains cas se retourner contre le maître d'ouvrage, sur lequel le groupement de concepteur-réalisateur mettra une pression très forte pour utiliser le « pourra » afin de supprimer les pénalités malgré la faute commise.

L'autre point essentiel lorsque l'on évoque les pénalités concerne l'éventuel plafond des pénalités.

Dans la sphère des contrats publics, il n'apparaît que rarement une limitation du montant des pénalités dans les clauses du contrat (d'ailleurs le C.C.A.G. travaux ne prévoit aucunement une telle limitation).

En revanche, il est d'usage dans les marchés privés de faire référence à la norme NFP 03 001 prévoyant un plafond de pénalités limité à 5 % du marché. S'inspirant de cette disposition qui limite leur risque, il est fréquent que les candidats souhaitent que soient prévus de tels plafonds. Deux types de plafonds peuvent être créés par type de pénalités (plafond de pénalités de retard) ou global (« en tout état de cause, l'ensemble des pénalités appliquées ne saurait dépasser la somme de... »). Si la maîtrise d'ouvrage décide de prévoir la mise en place de tels plafonds, elle devra s'assurer qu'ils sont cohérents avec le montant des pénalités (à combien de jours de retard, ce plafond correspond-il ?), qu'ils permettent la mise en place d'une contrainte effective pour le cocontractant. Sauf cas particuliers, il n'est pas conseillé de mettre en place des plafonds de pénalités.

Enfin, il est important de s'interroger si l'ensemble des pénalités est appliqué au mandataire du groupement de conception-réalisation ou si au contraire les pénalités sont appliquées à chaque cotraitant. Il semble préférable, sauf spécificités du contrat et

du problème rencontré, de ne pas s'immiscer dans la répartition des pénalités et donc d'appliquer les pénalités au mandataire qui sera chargé de la répartition des pénalités. Pour autant, le maître d'ouvrage ne doit pas complètement se désintéresser de cette répartition, notamment pour comprendre d'où provient le problème et pour tenter de le résoudre.

Les différents points pouvant donner lieu à des retenues ou des pénalités

La problématique relative aux délais

Retenues ou pénalités de retard

Le montant des pénalités de retard, très fréquentes dans le domaine de la construction, est à mettre en perspective avec l'impact du retard sur le maître d'ouvrage et sur l'exploitation de l'ouvrage.

À titre d'exemple, les pénalités de retard sont fixées dans le C.C.A.G. travaux à 1/3 000^e du montant des travaux par jour de retard et dans la norme précitée (NFP 03 001) à 1/1 000^e du montant du marché.

De manière pragmatique, il est souvent plus simple et plus explicite, d'affecter un montant défini dans le marché, par jour de retard plutôt qu'un pourcentage par rapport au montant du marché.

En effet, si on retient un pourcentage, des interrogations peuvent exister sur le montant à prendre en compte (travaux ou marché, offre initiale ou montant après avenant, avec ou sans les révisions de prix...).

En revanche, si le maître d'ouvrage considère que l'impact du retard est d'autant plus fort que le retard est important, un mécanisme peut être élaboré, visant à augmenter le montant de cette pénalité journalière en fonction du nombre de jours de retard (X euros/jour pour un retard de 1 à 15 jours, Y euros/jour pour un retard entre 16 et 30 jours, Z euros/jour pour un retard supérieur à 31 jours...)

Le maître d'ouvrage devra être attentif au montant des pénalités ainsi qu'à l'éventuel plafond des pénalités.

FICHE 5

Pénalités et retenues (suite)

Le plafond est la somme maximum que les pénalités peuvent atteindre. Ainsi, si le plafond de pénalités représente l'équivalent de 30 jours de retard, au-delà de ces 30 jours, les mesures incitatives poussant le groupement de conception-réalisation à livrer rapidement n'existeront plus.

Pour pénaliser les délais intermédiaires, il est recommandé de mettre en place des retenues provisoires tel que présenté ci-avant.

Le cas particulier des pénalités de retard pour non levée des réserves

À la réception de l'ouvrage, il est très rare qu'aucune réserve ne soit constatée. Le contrat devra prévoir les délais au cours desquels les réserves devront être levées et la sanction en cas de non-respect de ces délais.

En application du contrat, le procès-verbal des opérations préalables à la réception, précisera, de manière contradictoire, les délais autorisés pour la levée de chacune des réserves.

De plus, il est très fréquent de constater une certaine démobilité après la réception et de ce fait, dans certains cas, les réserves tardent à être levées. Il est de ce fait judicieux de se réserver la possibilité d'appliquer les différentes dispositions envisageables (et à prévoir dans le contrat) comme la réfaction de prix ou la réalisation aux frais et risques, ou encore la mise en place de pénalités en cas de dépassement de ce délai de levée de réserves.

Non-respect des autres obligations contractuelles

Comme il a été rappelé plus haut, il est pertinent de créer en contrepartie de chacune des obligations, une pénalité ou une retenue en cas de non-respect de cette obligation. Selon le type d'obligations, il peut s'agir de pénalités forfaitaires, journalières...

Ainsi, au titre de la bonne gestion d'opération, il peut, par exemple, être créé des pénalités visant à sanctionner le non-respect des obligations suivantes :

- ... participation aux réunions et communication des comptes rendus ;
- ... nettoyage de chantier ;
- ... respect des exigences du C.S.P.S. ;
- ... respect des délais de remise de document...

Non-respect des performances

Défauts sur l'ouvrage

Lors de la réception, des défauts peuvent être constatés sur l'ouvrage. Ils sont signalés au concepteur-réalisateur qui se doit de les corriger.

Néanmoins, il existe des défauts, qui, de par leur nature, se révèlent irréparables, sans pour autant que la maîtrise d'ouvrage souhaite ne pas réceptionner l'ouvrage.

Ces défauts peuvent, si le contrat le prévoit, faire l'objet de réfaction de prix qui sont le plus souvent négociés entre le maître d'ouvrage et le groupement de conception-réalisation lorsque le problème survient.

Il peut, dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, être également prévu des cas pour lesquels le montant de la réfaction est fixé dès la signature du contrat et qui s'appliqueront si le problème se présente.

C'est le cas, par exemple, d'un non-respect des surfaces minimales figurant au programme (une chambre est trop petite, un poteau sur une place de stationnement ne permet pas qu'elle soit utilisée par les personnes à mobilité réduite...).

Une solution consiste en la création d'une réfaction forfaitaire et relativement conséquente visant à sanctionner ce défaut.

Autres performances techniques

Lors de la réception, et tout au long de la garantie de bon achèvement (voire plus longtemps en cas de contrat de conception-réalisation-maintenance), les performances techniques du bâtiment seront contrôlées par rapport aux engagements du groupement de conception-réalisation.

Pour la bonne gestion du contrat et son optimisation, des pénalités pourront sanctionner, à titre d'exemple :

- ... le respect des consommations d'énergie prévisionnelles ;
- ... le confort thermique (ventilation, température, isolation...) ;
- ... la perméabilité du bâtiment et son étanchéité ;
- ... l'étanchéité des réseaux, etc.

Dans le cadre d'une conception-réalisation-maintenance, la problématique peut être traitée tout au long du contrat, ce qui constitue un intérêt non négligeable de ce type de contrat.

Deux catégories de pénalités relatives à la performance en période d'exploitation peuvent être mises en place :

- ... les pénalités-sanction : lorsque les performances attendues ne sont pas atteintes mais que celles-ci restent acceptables pour l'utilisation de l'ouvrage ;
- ... les pénalités-indemnisation : lorsque les performances ne sont pas atteintes et entraînent un préjudice ou un coût de mise en place de mesure transitoire.

La première catégorie de pénalités, « les pénalités-sanction » a vocation à être surtout un déclencheur pour faire agir le groupement de conception-réalisation-maintenance.

La seconde catégorie de pénalités, les « pénalités-indemnisation », vise à permettre à la maîtrise d'ouvrage de récupérer au moins une partie du préjudice (ou du coût des mesures transitoires) : leurs montants doivent donc être supérieurs aux « pénalités-sanction » et en rapport avec le préjudice subi par le maître d'ouvrage.



À RETENIR

Distinction entre « retenues » et « pénalités ».

Plusieurs types de pénalités à prévoir dans le cadre du contrat selon les performances contractualisées.

FICHE 6

La conduite des prestations et interaction des acteurs (visa, exe...)

OBJECTIFS

Définir le rôle de chaque acteur dans la conduite des prestations.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

La problématique du maître d'ouvrage dans le contexte particulier de la conception-réalisation est de s'assurer, dans les limites de sa responsabilité, que l'ouvrage ou les prestations correspondent bien, d'une part aux besoins qu'il a exprimés à travers les pièces du dossier de consultation et notamment le programme, d'autre part à l'offre retenue en termes de niveau de performance et de qualité.

L'organisation de la conduite des prestations en interne au groupement de conception-réalisation et en interne à la maîtrise d'ouvrage nécessite d'être précisée dans les contrats afin de répondre à cette problématique.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Conduite des prestations au sein du groupement imposée par le maître d'ouvrage dans le cadre du contrat.

Rôle des prestataires intellectuels dans le groupement – place particulière de l'architecte.

En matière de bâtiment, la présence d'un architecte est indispensable au sein de l'équipe de conception-réalisation. En effet, en vertu de l'article 3 de la loi n°77-2 du 3 janvier 1977 relative à l'architecture, doit être établi par un architecte le projet architectural de toute construction faisant l'objet d'une demande de permis de construire, en application de l'article R. 421-1 du code de l'urbanisme.

L'architecte a une place particulière dans l'équipe de conception-réalisation. Outre l'établissement du projet architectural pour lequel son intervention est obligatoire, il est essentiel qu'il participe à l'élaboration du projet avec l'équipe d'ingénierie pour ensuite laisser la place au constructeur.

De par son expérience, sa déontologie, son sens de la protection de son projet, il est fréquent qu'il soit le défenseur de la qualité et protège de fait le maître d'ouvrage contre les risques de diminution de la qualité des prestations qui peuvent avoir lieu au nom du réalisme économique.

Afin de garantir la qualité des études de conception et le suivi de l'exécution, le maître d'ouvrage doit exiger l'identification d'un chef de projet et s'assurer que l'équipe de concepteurs donne son avis sur l'ensemble des études et des plans produits, notamment les plans d'exécution. Par ailleurs, pour parfaire la transition de la conception-réalisation, l'équipe de concepteurs pourra également viser l'ensemble des pièces techniques (C.C.T.P., etc.) que le groupement réalisera à partir du projet afin de consulter les sous-traitants. En revanche, il paraît essentiel de laisser au groupement la liberté de son organisation de travail et de ne pas lui imposer l'architecte comme chef de projet.

Tout au long de la réalisation de l'opération depuis la phase d'étude de projet, jusque et y compris la fin de la période de parfait achèvement, le maître d'ouvrage peut exiger du groupement qu'il mette en place une structure d'autocontrôle associant de manière active les cotraitants, architecte et bureaux d'études techniques.

Pour toutes les prestations fournies au titre de l'opération, le maître d'ouvrage peut demander que ces cotraitants particuliers :

- … disposent d'une totale liberté de suivi et de contrôle de la qualité des prestations prévues, en cours d'exécution ou exécutées ;

- … accomplissent leur mission selon les règles de leur art.

L'architecte se conforme aux dispositions du code déontologique de sa profession.

Les cotraitants, architecte et bureaux d'études techniques s'assurent notamment que :

- … les études ou travaux réalisés respectent les règles de l'art et les dispositions architecturales et techniques du projet telles qu'elles ressortent des étapes d'études antérieures ;

- … la qualité des prestations réalisées est compatible avec les objectifs du projet architectural et l'image attendue d'un bâtiment public.

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

Si les cotraitants, architecte ou bureaux d'études techniques décèlent une imperfection, relevant du domaine de la présente mission de suivi de la qualité architecturale et technique, il leur appartient d'en informer le mandataire du groupement par écrit avec copie directe au maître d'ouvrage.

L'exécution de la présente mission suppose, notamment, des visites périodiques de chantier et la rédaction d'un rapport périodique de suivi de la qualité architecturale et technique.

Suivi de la conception

Les éléments de mission et les prestations à remettre pour la partie études du marché de conception-réalisation ne font l'objet d'aucun texte réglementaire. Il est recommandé de prévoir, par exemple dans une annexe, la description précise des livrables demandés dans le cadre des différents éléments de mission et de ne pas s'en tenir à la définition donnée dans les textes d'application de la loi M.O.P. (A.P.S., A.P.D., etc.)

En effet, dans le cas d'une conception-réalisation, les conditions d'application de l'article 7 qui impose les missions de base et l'unicité de contrat ne sont pas réunies et le renvoi à cet article pourrait présenter un risque de requalification du contrat.

Aussi, dans le cadre de la gestion du projet et de la nécessité d'approfondir de manière itérative les études, il est proposé de concrétiser des prestations distinctes telles que :

- ... le dossier d' A.P.S. finalisé ;
- ... le dossier de permis de construire et autres autorisations administratives ;
- ... le dossier intermédiaire éventuel (niveau A.P.D. par exemple) ;
- ... le projet ;
- ... les études d'exécution et de synthèse.

Dossier de permis de construire et autres autorisations administratives

La première mission que réalisera le groupement de conception-réalisation est de produire le dossier des autorisations préalables : permis de construire, installations classées, permis de démolir...

À cette fin, il produira à partir de son offre un A.P.S. finalisé intégrant les précisions techniques apportées dans le cadre de l'analyse des offres (et contractualisées) et toutes les observations

du jury, des commissions techniques ayant analysé le projet, et les avis des coordonnateurs de sécurité et contrôleur technique pouvant avoir une incidence sur l'obtention du permis, comme les observations relatives à la sécurité des personnes.

Le maître d'ouvrage aura intérêt à intégrer également dans la mission du groupement l'assistance à l'obtention des autorisations administratives (communication de renseignements, participation à des réunions, élaboration de documents complémentaires) ainsi que les modalités de dépôt de nouvelle demande ou résiliation du marché en cas de non-obtention des autorisations pour faute du titulaire.

Projet

Ces études peuvent s'apparenter au projet dans un mode traditionnel. La question se pose de la validation des études de projet. Dans une logique d'obligation de résultat, le maître d'ouvrage pourrait se contenter de ne contrôler la conformité de l'ouvrage qu'au stade de la réception des travaux et de la prise de possession de l'ouvrage. Cette démarche présente néanmoins des difficultés dans le sens où une malfaçon, une non-conformité ou une non réalisation constatée au stade de la prise de possession de l'ouvrage pose d'une part le problème éventuel de l'impossibilité de corriger le défaut et d'autre part de la légitimité du constat. Sur ce dernier point, il faut en effet souligner que la réponse à une exigence formulée dans le programme peut être perçue de façon très différente par le maître d'ouvrage et le groupement, d'où une source de contentieux potentielle. Il est donc recommandé que le début des travaux soit conditionné par une action du maître d'ouvrage à l'issue des études de projet.

Ces études de projet doivent être accompagnées d'un cahier des écarts. Le principe retenu pour le cahier des écarts est d'identifier les éléments du projet dérogeant au programme et sur lesquels le maître d'ouvrage se prononce favorablement.

Les plans, notes de calculs, études de détail et autres documents établis par les soins ou à la diligence du groupement sont soumis à l'avis de l'assistant technique du maître d'ouvrage. La délivrance de l'avis ne dégage pas le groupement de sa propre responsabilité, la responsabilité de la conception et de la construction des installations incombant totalement et exclusivement au groupement.

En revanche, la mission du contrôleur technique et du C.S.P.S. doit être en cohérence avec le phasage de l'opération.

FICHE 6

La conduite des prestations et interaction des acteurs (visa, exe...) (suite)

Études d'exécution et études de synthèse

Le groupement produira les études d'exécution pendant le projet. Ces études peuvent faire l'objet de remarques du maître d'ouvrage et de ses conseils, notamment si elles sont contraires aux engagements contractuels. Ces remarques ne doivent cependant pas constituer un point d'arrêt dans le processus. Elles permettront à celui-ci de préciser de manière définitive l'implantation des prises et équipements terminaux.

Ces études comprennent la réalisation de tous documents nécessaires à la réalisation du projet et notamment :

- … les spécifications techniques détaillées ;
- … les plans d'exécution des équipements techniques ;
- … les plans d'implantation des terminaux.

Le groupement doit, en plus de l'animation d'une cellule de synthèse, établir des plans de synthèse qui seront assortis d'un visa de projet du groupement, la responsabilité complète de la conception incombant au groupement. À cet effet, le représentant du groupement devra prévoir un visa des concepteurs si ce n'est pas lui qui a la fonction.

La tentation de laisser la liberté de l'organisation au groupement pourrait être judicieuse si l'expérience ne montrait pas une défaillance sur ce point, notamment dans l'interfaçage avec les études d'exécution. Il est important d'exiger dans le contrat la constitution de la cellule de synthèse. Les documents transmis pour avis ne pourront être examinés qu'après visa de la cellule de synthèse.

La mission de la cellule de synthèse peut comprendre les éléments suivants :

- … validation des plans d'exécution définitifs en cohérence avec les études de synthèse ;
- … visa du responsable désigné de l'exécution apposé sur chaque document définitif, sans quoi il sera refusé ;
- … seuls les documents définitifs seront diffusés pour avis et visa ;
- … diffusion de ces documents réalisée uniquement par le mandataire du groupement (aucun envoi venant d'un sous-traitant ou d'un cotraitant ne sera accepté).

Conduite des prestations en phase travaux

Le maître d'ouvrage est libre de l'organisation et de la méthode de suivi des prestations en phase travaux. Dans le but de garantir la qualité de l'ouvrage construit, le respect des coûts et du calendrier une mission particulière peut être confiée à l'A.T.M.O. ou réalisée par le maître d'ouvrage.

Les prestations identifiées dans le suivi des travaux sont les suivantes :

- … le contrôle des travaux et des décomptes mensuels ;
- … l'assistance aux opérations de réception.

Il est important de distinguer les réunions entre la maîtrise d'ouvrage et le titulaire du marché, appelées « réunions techniques » ou « réunions de conception-réalisation », des réunions internes à l'équipe de conception et de réalisation appelées « réunions de chantier ».

Les réunions techniques qui auront lieu à fréquence régulière, ont pour objet de traiter toutes les difficultés liées à l'exécution du marché et gérer l'interface fonctionnelle et technique avec le fonctionnement du futur établissement. Elles doivent être animées par l'A.T.M.O. qui doit conserver la charge de la rédaction du compte rendu, le maître d'ouvrage pourra y assister.

Les réunions de chantier entre les membres de l'équipe de conception-réalisation - architecte, bureaux d'études, entreprises - devront avoir lieu sans la présence du maître d'ouvrage et de son assistant. Elles traitent du quotidien de l'exécution des travaux.

Opérations préalables à la réception

Il est recommandé au maître d'ouvrage de s'adjoindre notamment un A.T.M.O. pour cette phase. En l'absence d'A.T.M.O., le maître d'ouvrage supportera seul la responsabilité de l'acte de réception.

Les dispositions du C.C.A.G.-travaux sont transposables à ce processus, l'A.T.M.O. ne devant pas se substituer pour autant à la maîtrise d'œuvre interne au groupement mais s'assurer du respect du contrat.

L'A.T.M.O. organise les Opérations préalables à la réception (O.P.R.).

Les opérations préalables à la décision de réception comportent, en tant que de besoin :

- ... la reconnaissance des ouvrages exécutés ;
- ... les épreuves éventuellement prévues par le marché ;
- ... la constatation éventuelle de l'inexécution des prestations prévues au marché ;
- ... la vérification de la conformité des conditions de pose des équipements aux spécifications des fournisseurs conditionnant leur garantie ;
- ... la constatation éventuelle d'imperfections ou malfaçons ;
- ... la constatation du repliement des installations de chantier et de la remise en état des terrains et des lieux ;
- ... les constatations relatives à l'achèvement des travaux.

Le groupement opère ses propres contrôles sur la conformité des ouvrages.

L'objet des O.P.R. est également de demander la réalisation de tous les essais et épreuves permettant de garantir le résultat demandé dans le programme (niveau d'isolement acoustique, mesure d'étanchéité à l'air, vérification de pression...).

Le maître d'ouvrage exigera également à la réception la remise du dossier des ouvrages exécutés. La vérification du contenu reste à la charge de l'A.T.M.O. ou du maître d'ouvrage.



À RETENIR

Il est important que le maître d'ouvrage s'entoure d'un A.T.M.O. Dans le cas où le maître d'ouvrage ne souhaite pas avoir recours à un A.T.M.O. externe, il conviendra d'identifier cette fonction au sein de la maîtrise d'ouvrage.

Pas de visa au sens de la loi M.O.P. de la part de l'A.T.M.O. ni du maître d'ouvrage. Il doit cependant donner son avis sur le respect des engagements contractuels et notamment le fonctionnement et la maintenance ultérieurs. Le groupement reste responsable de la conception et de l'exécution des travaux.

Prévoir une mission de suivi de la qualité architecturale et technique interne au groupement.

Imposer la constitution d'une cellule de synthèse confiée au groupement.

Le groupement doit faire ses propres contrôles afin de garantir la conformité de l'ouvrage et le niveau de performance atteint.

FICHE 7

La gestion des modifications

OBJECTIFS

Gérer les modifications du contrat dans le respect des intérêts du maître d'ouvrage et du groupement.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

La construction d'un bâtiment est presque toujours celle d'un prototype que nul ne sait achever sans un minimum d'ajustement de prestations. En pratique à ces nécessaires ajustements s'ajoutent les modifications de natures diverses, les modifications demandées par le maître d'ouvrage et les modifications demandées par le concepteur-réalisateur afin de répondre à son obligation de résultat.

En fonction de la répartition des risques (cf. fiche n°3) entre le groupement et le maître d'ouvrage, la prise en compte des modifications est différente.

Pour l'ensemble des motifs rappelés ci-avant, la construction d'un bâtiment sans aucune modification est une utopie.

Dans le cas de la conception-réalisation, la nature même du contrat qui comprend une obligation de résultat pour répondre à la conformité du programme est néanmoins à minimiser du fait de l'engagement sur un niveau d'études moins avancé que dans la procédure classique. Les modifications de programme susceptibles d'intervenir pendant la phase de conception pourront avoir une répercussion directe sur le montant et le délai des études et des travaux. Ainsi, dans la procédure classique, les demandes de travaux modificatifs n'ont pas nécessairement un impact sur les marchés de prestations intellectuelles ou n'apparaissent pas immédiatement avec les conséquences financières associées (la modification du volume d'un local peut ne pas avoir de conséquences fortes en termes d'études alors que la prestation de travaux nécessaires à l'adaptation du traitement d'air pourra être importante).

Cet inconvénient pourra être moindre dans un cadre juridique et administratif relativement stable et en présence d'une maîtrise d'ouvrage forte :

... capable de résister à la tentation des modifications de programme ;

... capable de s'entourer des compétences pour analyser d'égal à égal avec l'entreprise les propositions techniques et économiques de travaux modificatifs et assurer la gestion du cahier des écarts ;

... réactive dans ses prises de décision.

Par ailleurs, pour traiter de cette question dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, il convient de ne pas oublier que ce type de marché s'articule sur un marché confié à un groupement et qu'en la matière les coûts de travaux sont à majorer de frais de natures diverses dont les frais d'études.

Les démarches suivantes sont constatées :

... le mandataire peut profiter de l'imprécision du C.C.T.P. (qu'il a lui-même élaboré) pour facturer, en annexe à la prestation modificative et sous le libellé « prestations supplémentaires », des prestations qui, en réalité, sont dues au titre de son marché à prix global et forfaitaire car indispensables au bon fonctionnement de l'ouvrage. Sur ce point, l'analyse des devis modificatifs ne peut se faire avec les règles d'un marché de travaux classique. En effet, le groupement doit non seulement les prestations expressément décrites dans le C.C.T.P., mais aussi toutes les prestations nécessaires pour réaliser un ouvrage complet, adapté à son usage, respectant le programme et fonctionnant de manière satisfaisante.

... le mandataire peut être tenté de facturer, en sus des prestations chiffrées à l'aide d'unités d'œuvre, toutes sortes de sujétions (location de grue, temps de présence de chef de chantier, temps de secrétariat, plans d'exécution, etc.), alors même que ces prestations sont, en général, réputées incluses dans les prix d'unité utilisés pour élaborer le devis ;

... le mandataire propose la réalisation des prestations modifiées avec des unités d'œuvre ne correspondant pas à des prix unitaires contractuels ou au contraire assises sur des postes à prix unitaires très élevés (cette dérive n'est pas spécifique à la conception-réalisation).

En conclusion, dans un marché de conception-réalisation, le maître de l'ouvrage a de fortes présomptions que les travaux modificatifs vont lui coûter plus cher qu'en procédure classique.

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

La gestion des modifications doit pouvoir allier à la fois l'obligation de résultat contractuelle du groupement et les évolutions du besoin du maître d'ouvrage.

L'attribution de la responsabilité des modifications ne relève que de deux cas :

- …✚ responsabilité du concepteur-réalisateur ;
- …✚ responsabilité du maître d'ouvrage.

Toute nouvelle donnée qui n'entre pas dans le cadre de l'obligation de résultat et du respect du cahier des charges programmé devient, de fait, une demande du maître d'ouvrage.

La gestion des modifications est nécessaire dans tous les cas. Le suivi des demandes de modifications à l'initiative du maître d'ouvrage ou à l'initiative du groupement doit être assuré dans tous les cas afin de garder une traçabilité de l'évolution du contrat.

Plusieurs solutions sont proposées pour pouvoir gérer les modifications au cours du contrat.

Une première consiste en une démarche de contractualisation permettant de garantir le niveau de qualité et le niveau de performance présentée dans les diverses étapes de la conception et de la construction. Ainsi, les prestations proposées par le groupement, à partir de la remise de l'offre ou, postérieurement à la signature du marché, à un stade quelconque de la conception ou de l'exécution de l'ouvrage, et présentant un niveau de performance supérieur à celui exigé dans le programme, sont réputées acquises par le maître d'ouvrage, dit « effet de cliquet ». Cette démarche permet de gérer les modifications proposées par le groupement sans réduire le niveau de performance acquis au stade de la consultation.

Le prix du marché doit être établi en tenant compte de toutes les dépenses nécessaires au complet achèvement de l'ouvrage et notamment des frais d'études occasionnés par les mises au point itératives du projet. Le maître de l'ouvrage doit pouvoir modifier, sans dépense supplémentaire, à chaque stade de l'évolution du projet, des petites parties de projet.

Les prix sont réputés comprendre toutes les dépenses résultant de la réalisation des études et de l'exécution des travaux, y compris les frais généraux, impôts et taxes, les frais d'ordonnancement de coordination et de pilotage des études et des travaux, et assurer au groupement une marge pour risques et bénéfices. Sauf stipulation contraire, ils sont indiqués dans le marché hors Taxe à la valeur ajoutée (T.V.A.).

À l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'étant pas couvertes par les prix, ceux-ci sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'études et d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux, que ces sujétions résultent notamment :

- …✚ de l'utilisation du domaine public et du fonctionnement des services publics ;
- …✚ de phénomènes naturels ;
- …✚ de coûts résultant de l'élimination des déchets de chantier ;
- …✚ de la réalisation simultanée d'autres ouvrages ;
- …✚ de tous les frais résultant des dispositions des pièces du marché et des cahiers des charges qui en découlent pour les entreprises ;
- …✚ des sujétions qu'est susceptible d'entraîner l'exécution simultanée de l'ensemble des marchés des différents lots nécessaires à l'exécution des travaux de l'opération ;
- …✚ des frais de participation du titulaire à la cellule de synthèse et à son animation ;
- …✚ des sujétions d'organisation générale du chantier ; le titulaire reconnaît avoir, avant la remise de son offre, pris connaissance complète et entière du site dans sa globalité, du terrain et de ses abords ainsi que des conditions d'accès, des horaires d'accès, et des possibilités de desserte en voirie et réseaux divers, ainsi que de tous les éléments généraux ou locaux en relation avec l'exécution des travaux ;
- …✚ de toutes les sujétions résultant de la présence de canalisations diverses identifiées dans le marché ou visibles *in situ* : eau, électricité, gaz, etc., à proximité du lieu des travaux et de toutes les précautions à prendre pour assurer leur protection ;
- …✚ des frais de mise au point des prototypes et locaux témoins nécessaires ;

FICHE 7

La gestion des modifications (suite)

- … des frais de mandataire dans le cas de groupements ;
- … des études de conception ;
- … des études de synthèse ;
- … des études d'exécution et notes de calculs ;
- … des frais d'élaboration des documents remis après exécution ;
- … de la construction et de l'entretien des moyens d'accès et des chemins de service nécessaires pour les parties communes du chantier ;
- … de l'établissement, du fonctionnement et de l'entretien des clôtures, des dispositifs de sécurité et des installations d'hygiène intéressant les parties communes du chantier ;
- … du gardiennage, de l'éclairage et du nettoyage des parties communes du chantier, ainsi que de leur signalisation extérieure, y compris dans l'enceinte du site de l'hôpital ;
- … de l'installation et de l'entretien du bureau mis à la disposition de l'assistant technique au maître d'ouvrage, du C.S.P.S., du contrôleur technique et du maître d'ouvrage ;
- … des mesures propres à pallier d'éventuelles défaillances des autres entrepreneurs et des conséquences de ces défaillances ;
- … des frais d'études occasionnés par les mises au point itératives du projet. Le maître de l'ouvrage doit pouvoir modifier, sans dépense supplémentaire, à chaque stade de l'évolution du projet, de petites parties de projet ;
- … des frais résultant des études géotechniques complémentaires éventuellement nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ;
- … des frais à engager pour respecter les préconisations de l'étude géotechnique et des diagnostics préalables (amiante, plomb, etc.) ;

À l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'étant pas couvertes, les prix sont réputés tenir compte de toutes les prestations qui sont nécessaires :

- à la conception des ouvrages résultant du programme fonctionnel et du programme technique détaillé de l'opération ;
- à la réalisation d'un bâtiment, conforme au programme fonctionnel, et du programme technique détaillé de l'opération, entièrement achevé et apte à permettre un usage normal et immédiat des locaux, installations et équipements ;

- à la livraison d'un bâtiment conforme au programme fonctionnel, et du programme technique détaillé, prêt à recevoir ses équipements mobiliers ;
- sauf stipulation différente du programme, les prix sont réputés avoir été établis en considérant qu'aucune prestation n'est à fournir par le maître de l'ouvrage ;
- sauf stipulation contraire des alinéas précédents ou du programme, les dispositions du présent article n'incluent pas la fourniture des équipements à caractère mobilier.

Par « petites parties de projet », peuvent s'entendre par exemple :

Pendant la phase des études d'avant-projet :

- … des affectations de locaux et surfaces peuvent évoluer dans une limite à définir ;
- … des parties de services peuvent être réorganisées ;
- … des points d'eau peuvent être déplacés, ajoutés, retirés ;
- … des prises électriques (courant fort, courant faible) peuvent être déplacées, ajoutées, retirées ;
- … les arrivées et la distribution des fluides médicaux et non médicaux peuvent évoluer à la hausse comme à la baisse dans des pièces déjà pourvues d'arrivées de fluides ;
- … l'intégration de nouveau matériel est encore possible sous réserve que l'apport en puissance électrique n'excède pas 10 % d'augmentation ;
- … la mise en place d'évacuations supplémentaires ;
- … le cheminement des réseaux aérauliques et électriques peuvent être déplacés en quantité limitée ;
- … des prises de fluide peuvent être déplacées dans un même local.

Pendant la phase d'études d'exécution, de synthèse :

- … le cheminement des réseaux aérauliques et électriques peut être déplacé en quantité limitée ;
- … des points d'eau peuvent être déplacés dans un même local ;
- … des prises électriques (courant fort, courant faible) peuvent être déplacées dans un même local ;
- … des prises de fluide peuvent être déplacées dans un même local.

Lorsque ces études se limitent à de simples changements dans la nature des prestations de travaux, leur rémunération est réputée incluse dans le prix global et forfaitaire du marché. En revanche, lorsque ces études correspondent à des prestations complètes identifiées dans la décomposition du prix global et forfaitaire par des postes spécifiques (études de projet, études d'exécution), leur rémunération est réalisée par application des taux du marché aux travaux modificatifs correspondants.

Lorsque les modifications de programme demandées par le maître de l'ouvrage n'entrent pas dans les conditions d'application des petites parties du projet, le groupement ne peut pas pour autant refuser d'étudier ces demandes de modifications.

Dans ce cas, les études n'étant plus réputées incluses dans le prix global et forfaitaire, il doit être faite une juste rémunération au groupement de celles-ci. Cette juste rémunération n'est pas calculée en fonction du temps passé, elle peut être forfaitisée suivant les dispositions suivantes :

... la base de calcul s'appuie sur la décomposition du prix global et forfaitaire (non contractuelle cf. fiche 1) par phase répartie entre les cotraitants ;

... lorsqu'une demande de modification importante est émise par le maître d'ouvrage, elle revêt la forme d'une demande délivrée au groupement ;

... lorsque ces études se limitent à des devis estimatifs, leur rémunération est réputée incluse dans le prix global et forfaitaire du marché et leur montant n'est pas comptabilisé ;

... seules sont rémunérées, selon les dispositions qui précèdent, les études complètes ; la rémunération des études partielles est réputée incluse dans le prix global et forfaitaire du marché ;

... lorsque le groupement considère que l'évaluation des conséquences de demandes de modifications ne peut être mesurée qu'après des études complètes, il en informe le maître de l'ouvrage. Ces études font alors l'objet d'un devis et d'une décision du maître de l'ouvrage préalable à leur exécution, à l'instar des dispositions prévues en matière de travaux modificatifs.

Le groupement remet une Fiche de travaux modificatifs soumise à l'avis préalable du contrôleur technique, des A.M.O. (A.M.O. HQE® éventuellement) et l'acceptation du maître d'ouvrage est faite par ordre de service.



À RETENIR

Garantir la possibilité de modifier des petites parties du projet sans conséquence financière.

Intégrer une clause « effet cliquet » qui permette au maître d'ouvrage de conserver toutes les modifications ayant pour effet d'améliorer le niveau de performance.

Gérer le suivi des modifications à la hausse ou à la baisse.

Rémunérer les études pour travaux modificatifs à l'initiative du maître d'ouvrage sur une base forfaitaire.

FICHE 8

La problématique des marques et de la contractualisation

OBJECTIFS

Le maître d'ouvrage doit se fixer au moins une double obligation lorsqu'il signe un contrat de conception-réalisation ou de conception-réalisation-maintenance : celle d'obtenir un ouvrage conforme à ses besoins, c'est-à-dire conforme au programme, mais également celle d'obtenir un ouvrage conforme à ce qu'il a choisi et acheté lors de l'analyse des offres. Cette fiche traite de ce second objectif du maître d'ouvrage et de la difficulté de trouver le bon niveau de contractualisation pour laisser assez de souplesse au cocontractant pendant la phase de conception tout en conservant les moyens nécessaires pour permettre de s'assurer du bon niveau de qualité de l'ouvrage en fin de construction.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Une des difficultés de la mise en place d'un contrat de conception-réalisation ou de conception-réalisation-maintenance concerne le niveau de contractualisation au moment de la signature du contrat. En effet, comme il a été rappelé à plusieurs reprises, d'une part, le programme doit primer sur la solution du cocontractant, mais d'autre part, il est vivement conseillé de contractualiser certains éléments (comme certaines marques de produits et équipements par exemple) afin de s'assurer qu'à la livraison, l'ouvrage correspond bien à ce que le maître d'ouvrage a acheté.

Il n'est pas question de contractualiser, au moment de la signature du contrat de conception-réalisation, l'ensemble des marques pour chacune des prestations mais il est important de se questionner sur les éléments essentiels sur lesquels le maître d'ouvrage souhaite obtenir des engagements. À titre d'exemple et sans être exhaustif, on peut citer comme éléments nécessitant la contractualisation dès la signature : les équipements liés aux courants faible et fort, au chauffage-climatisation-ventilation, à l'éclairage, à la plomberie-sanitaire.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

De la nécessité de ne pas parler qu'en termes de performances

De nombreux écrits sur la conception-réalisation préconisent, et c'est légitime, que le programme prime sur la solution des candidats puisqu'il s'agit de la définition des besoins et des performances souhaitées par le maître d'ouvrage. Ce postulat, que nous ne remettons pas du tout en cause dans cette fiche, ne doit pas faire oublier que lors de l'analyse des offres, les caractéristiques notamment techniques des offres présentées par les concurrents sont différentes et que le choix du lauréat se réalise en prenant en compte ces caractéristiques. Ainsi, si un candidat propose des produits et équipements répondant aux performances souhaitées et d'une qualité supérieure à celle de son concurrent, il aura une meilleure note sur le ou les critères correspondant à la valeur technique de l'offre. De ce fait, on voit mal comment on pourrait autoriser ce même candidat, s'il a été désigné lauréat, à ne pas mettre les produits et équipements proposés lors de la réalisation des travaux.

Pour autant, les clauses du contrat sont-elles toujours assez précises pour que ce principe fondamental et somme toute naturel, soit applicable ?

Ne voit-on pas souvent (notamment en appel d'offres), dans les réponses des candidats, des formulations sur les marques du type : Marques ** ou équivalent ?

N.B.

1/ Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

2/ Pour plus de clarté, dans le titre et dans le corps de cette fiche, nous avons souhaité ne laisser que le mot « Marques ». En fait, il s'agit bien sûr de la **marque** et du **type de produit** (avec sa fiche produit) au sein de la marque (ne citer qu'une marque ne signifie rien)

3/ Dans cette fiche, il est fait état d'indication de type « marques ou équivalent » dans le cahier des charges du maître d'ouvrage. Il convient de préciser que ce type de mention ne doit être que l'exception lorsque le maître d'ouvrage est dans l'impossibilité absolue de définir son besoin par la détermination de performances et description de fonctionnalités.

Les recommandations pour obtenir un réel engagement

Plusieurs éléments doivent être dans un premier temps rappelés afin qu'il n'y ait pas de mauvaises interprétations sur le propos, notamment sur les marques.

Il n'est bien évidemment pas question pour le maître d'ouvrage de fixer définitivement, dans le cadre du programme, les marques des équipements souhaités. Le programme doit s'attacher à définir les besoins et à déterminer les performances attendues.

En revanche, dans la réponse du candidat (dans l'offre), il est bien fait état des marques et des produits qui seront mis en place lors des travaux si l'offre est retenue. Le candidat promet un type de produit ou de matériel et les offres sont analysées sur cette base, mais très souvent ce même candidat n'a pas (et c'est légitime) contractualisé avec ses fournisseurs ou l'ensemble de ses sous-traitants lors de la phase de remise des offres. Ainsi, il indique des produits, s'engage sur un prix, mais évoque très souvent qu'il n'a pas la certitude que sa mise en concurrence interne future lui permette d'obtenir ces produits. De ce fait, il glisse dans son offre un « ou équivalent » bien pratique au demeurant et qui, aux yeux des pouvoirs adjudicateurs, et de prime abord, n'a rien de scandaleux car dans les propres cahiers des charges des personnes publiques il est obligatoire d'ajouter le célèbre « ou équivalent ».

Mais à bien y réfléchir, cet ajout (« ou équivalent ») peut être très dangereux et néfaste pour les intérêts du maître d'ouvrage. En effet, sur des équipements très techniques notamment, comment constater l'équivalence ? Comment maîtriser le fait que le produit finalement mis en place est vraiment équivalent (voire supérieur, en tout cas pas inférieur) à celui qu'on a acheté au moment de l'offre ?

Pour autant les candidats précisent lorsque ce sujet est évoqué que s'ils se fixent sur les marques avant la mise en concurrence, ils ne pourront aucunement négocier avec leurs fournisseurs et que les tarifs vont fortement augmenter.

Alors comment faire pour permettre au maître d'ouvrage de s'assurer d'avoir des produits réellement conformes à ce qui a été acheté et au cocontractant de ne pas trop s'engager pour conserver des marges de manœuvre avec ses fournisseurs ?

Cette problématique doit dans un premier temps être analysée par le pouvoir adjudicateur et ses conseils très en amont pour déterminer les points sur lesquels il convient d'être vigilant. Il convient dès la programmation de définir les équipements, produits, matériaux... qui peuvent être suffisamment décrits par le biais des performances (par exemple le carrelage par le classement U.P.E.C.) et ceux qui sont susceptibles de poser problème car leur qualité d'usage ne dépend pas uniquement de performance simple à définir ou à contrôler (par exemple équipement relatifs aux courants faibles). Les produits dont les performances imposées par le programme se suffisent à elles-mêmes n'entrent pas dans la catégorie de ceux qui poseront problème.

Une fois cette clarification posée et pour les produits susceptibles d'entrer dans le champ de contractualisation imposé, il est recommandé d'indiquer très clairement dans le cahier des charges programme les points détaillés ci-après.

En premier lieu, il est primordial de rappeler de manière explicite que l'équivalence entre deux produits sera décidée par le maître d'ouvrage et que si celle-ci ne lui apparaît pas évidente, il sera en droit d'imposer le ou les marques proposées dans l'offre. Ce n'est pas le cocontractant qui, après avoir indiqué que les deux produits se valent, décide de mettre en place le produit de son choix.

FICHE 8

La problématique des marques et de la contractualisation (suite)

En second lieu et pour répondre à la légitime volonté de mise en concurrence des sous-traitants ou des fournisseurs, il pourra être indiqué que le candidat, au moment de l'offre, présentera deux ou trois produits ou marques qu'il considère comme équivalents et qu'il se propose de mettre en œuvre.

Ainsi, si le maître d'ouvrage, au moment de l'analyse des offres considère en effet que ces produits sont équivalents, il les acceptera tous les trois (ou deux) et le candidat pourra mettre en concurrence ses fournisseurs sur la base de ces produits.

Si en revanche le maître d'ouvrage, pendant l'analyse des offres, considère que les deux ou trois produits présentés ne sont pas équivalents, il pourra le prendre en compte pour l'analyse des offres et le cas échéant demander des précisions et des clarifications dans le cadre de la procédure ou de la mise au point du contrat.

Dans le cadre de l'analyse des offres, voire même du choix d'un produit plutôt que l'autre en cours d'opération, il conviendra bien sûr de prendre en compte les caractéristiques intrinsèques du produit, mais aussi d'appréhender les coûts et les contraintes ou intérêts du produit en terme de maintenance.

D'ailleurs, pour les produits que l'on peut qualifier de « sensibles » (comme par exemple certains équipements biomédicaux qui seraient intégrés dans le contrat de conception-réalisation), il peut être opportun de trouver des moyens afin d'associer le maître d'ouvrage dans le choix du produit final en phase de conception. De même, il est recommandé que ces produits sensibles (ou ces équipements) fassent l'objet d'un chiffrage identifié dans le cadre de la D.P.G.F. au niveau de l'offre des candidats.

Il est bien évident que si par exemple un nouveau produit arrive sur le marché après la mise en concurrence et qu'il présente des caractéristiques équivalentes et intéressantes, rien n'empêchera le cocontractant de demander l'accord du maître d'ouvrage pour changer de produit : mais le maître d'ouvrage conservera une fois de plus le pouvoir de dire non, s'il n'est pas convaincu des arguments avancés et pourra imposer le ou les produits présentés à l'offre.

De même, si le produit proposé n'existe plus au moment de sa mise en place sur le chantier, il convient de prévoir dans le contrat une procédure simple permettant de gérer ce cas. Elle peut consister à imposer au groupement de conception-réalisation de proposer un produit équivalent. Si le maître d'ouvrage accepte cette équivalence, il pourra accepter la modification. En revanche, si le ou les produits ne sont pas jugés équivalents par le maître d'ouvrage, il pourra refuser et imposer le produit qu'il considère comme équivalent au produit proposé initialement.

Enfin, comme dans toutes les procédures, il conviendra de veiller très en amont (et ce n'est quelquefois pas simple à gérer) à la compatibilité des produits proposés avec le reste du système en place dans les autres bâtiments de l'établissement tant pour l'installation que pour la maintenance des systèmes sur le moyen et long terme.



À RETENIR

Importance de ne pas contractualiser des produits, marques ou matériel avec la mention « ou équivalent ».

Risques si le cocontractant a la possibilité de déterminer lui-même les équivalences.

Importance de laisser au cocontractant la possibilité d'instaurer une certaine mise en concurrence entre les fournisseurs ou les sous-traitants.

FICHE 9

La réception des travaux

OBJECTIFS

Comme dans les procédures plus classiques, l'étape relative à la réception de l'ouvrage est primordiale et sa préparation est essentielle pour permettre de préserver les intérêts des parties.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

L'étape relative à la réception des travaux est une étape incontournable d'une opération de travaux quel que soit le mode opératoire choisi. Mais dans un montage sous la forme d'une conception-réalisation ou d'une conception-réalisation-maintenance, cette étape doit être anticipée dès l'initialisation du projet et ce pour plusieurs raisons :

⇨ il convient de conserver à l'esprit qu'en conception-réalisation ou en conception-réalisation-maintenance, il n'y a pas de maîtrise d'œuvre proprement dite à côté de la maîtrise d'ouvrage. Or dans les procédures classiques de réception, le maître d'œuvre joue un rôle essentiel dans la réception ;

⇨ comme il a été rappelé dans les différents documents, il est recommandé que le contrat ne fasse pas référence au C.C.A.G. travaux. De ce fait, les clauses des articles 41 et suivants du C.C.A.G. travaux doivent être transposées dans le contrat pour les opérations de conception-réalisation. Dans le cas où le maître d'ouvrage souhaite viser le C.C.A.G. travaux (non recommandé), il devra de toute façon déroger aux articles 41 et suivants du fait de l'absence de maître d'œuvre à ses côtés ;

⇨ le rapport de force en fin de réalisation, entre un maître d'ouvrage qui a besoin de son ouvrage le plus rapidement possible pour le mettre en exploitation et le concepteur-réalisateur qui souhaite au plus vite quitter le chantier qu'il a terminé est souvent déséquilibré. Ainsi, l'ensemble des procédures doivent être écrites au préalable, avant que les problèmes n'existent ;

⇨ la date de la réception est le point de départ des assurances, notamment décennales dont le groupement de conception-réalisation est le principal acteur, et le cas échéant de l'assurance dommage ouvrage.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Conséquences du positionnement spécifique de l'équipe de concepteurs

Comme il a été rappelé ci-dessus, dans une opération de conception-réalisation ou de conception-réalisation-maintenance, il n'y a pas de maîtrise d'œuvre proprement dite (du fait de la dérogation à la loi M.O.P.). Or, chacun connaît, dans les montages classiques, l'importance de l'équipe de maîtrise d'œuvre au cours de la procédure de réception et plus particulièrement pendant les opérations préalables à la réception (O.P.R.).

En effet, au cours d'une procédure classique, c'est bien le maître d'œuvre qui établit et signe le procès-verbal des O.P.R. de manière contradictoire avec l'entrepreneur et qui propose au maître d'ouvrage de prononcer ou non la réception en prenant en compte les réserves qu'il indique dans le P.V. des O.P.R.

Bien qu'il n'y ait pas de maîtrise d'œuvre dans le montage en conception-réalisation, il n'en demeure pas moins que des concepteurs sont identifiés, et la première idée consiste à se demander si le rôle que joue le maître d'œuvre dans une procédure classique ne doit pas être pris par le concepteur en conception-réalisation. Ainsi, on pourrait imaginer que le concepteur prépare et signe le procès-verbal des O.P.R. (ceci est d'ailleurs constaté dans bon nombre de contrats de conception-réalisation).

Néanmoins cette idée n'est pas à retenir et risque de provoquer de graves difficultés pour le maître d'ouvrage pour au moins deux raisons :

⇨ dans la plupart des cas, le concepteur n'est pas identifié spécifiquement dans les montages en conception-réalisation. Il y a bien sûr l'architecte (obligatoire du fait de la loi sur l'architecture), il y a également très souvent des bureaux d'études (par exemple fluides ou V.R.D.), mais il y a également, pour la majorité des opérations, une partie de la conception réalisée par les entrepreneurs (par exemple pour les études de structures...). Il est donc très rare de constater dans les marchés de conception-réalisation (en tout cas en appel d'offres) l'existence d'un sous-

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

groupement de conception, ce qui rend difficile voire impossible d'avoir un représentant du concepteur chargé de signer le P.V. des O.P.R. ;

... la seconde raison concerne la place du concepteur dans le groupement de conception-réalisation : en effet, le concepteur (dans la mesure où il peut être identifié : voir point précédent), fait partie du groupement de conception-réalisation dont le mandataire est dans la majorité des cas l'entrepreneur. Le caractère contradictoire du P.V. des O.P.R. ne perd-il pas tout son sens dans la mesure où le concepteur est sous contrat avec son mandataire ?

Au moins pour ces deux raisons, le maître d'ouvrage devra éviter autant que faire se peut, confier au concepteur le rôle que joue le maître d'œuvre dans une opération classique.

Mais alors qui signe le P.V. des O.P.R. et qui propose la réception dans une opération en conception-réalisation ?

Deux cas sont très souvent constatés :

a) Le maître d'ouvrage a confié une mission d'assistance technique à maîtrise d'ouvrage (A.T.M.O.)

Dans ce cas, il paraît assez naturel de confier les tâches habituellement réalisées par le maître d'œuvre à l'A.T.M.O. sous réserve que cela soit intégré dans le contrat de l'A.T.M.O.

Il s'agit donc d'une mission de nature technique qui est confiée à l'A.T.M.O. (d'où le «T»). Il convient alors de s'assurer que l'A.T.M.O. dispose bien de compétences techniques et des assurances en adéquation avec ses missions (notamment décennale).

Ainsi, tout l'intérêt que revêt la mise en place du «Triangle» : maître d'ouvrage, maître d'œuvre et entreprise dans le cadre d'une procédure classique peut être pris en compte dans le cadre d'une opération de conception-réalisation en mettant en place un autre «Triangle» : maître d'ouvrage, A.T.M.O., groupement de conception-réalisation.

Et de ce fait, l'A.T.M.O. sera chargé de mettre en place les O.P.R., il dressera et signera le P.V. des O.P.R. avec le groupement de conception-réalisation, il proposera au regard de ce PV la récep-

tion au maître d'ouvrage, informera le groupement de conception-réalisation de sa proposition. De son côté, le maître d'ouvrage prendra seul, au regard du P.V. des O.P.R., de la proposition de l'A.T.M.O. et des autres éléments à sa disposition (rapport du contrôleur technique, avis de la commission de sécurité...), la décision de réceptionner ou non l'ouvrage.

b) Le maître d'ouvrage n'a pas confié de mission d'A.T.M.O.

Dans ce cas de figure, c'est au maître d'ouvrage de procéder aux O.P.R. et notamment de signer le P.V. des O.P.R.

Il n'y a donc plus cette «protection», très souvent salutaire, entre l'organisme chargé de réaliser les tâches dites techniques et contradictoires que constituent les O.P.R. et celui qui décidera de la réception ou non de l'ouvrage.

Dans ce cas de figure, il est recommandé de mettre en place une organisation interne à la maîtrise d'ouvrage qui permette de ne pas trop exposer le décideur final pendant les O.P.R. Il est de ce fait recommandé de désigner un service déterminé qui sera chargé de réaliser les O.P.R. et un autre (souvent la direction) d'établir la décision de réception.

Conséquences de l'absence de référence au C.C.A.G. travaux

Comme indiqué dans le reste du document, il est vivement recommandé de ne pas faire référence au C.C.A.G. travaux dans le cadre d'une opération en conception-réalisation. Pour autant, le contrat devra prévoir les différentes étapes de la procédure de réception.

Remarque : si le contrat fait malgré tout référence au C.C.A.G. travaux, il devra de toute façon déroger aux articles 41 et suivants dans la mesure où ces articles font allusion à l'intervention du maître d'œuvre.

S'il n'est pas fait référence au C.C.A.G. travaux, il est recommandé dans les articles relatifs à la réception, de décrire avec précision le rôle, les actions et les prérogatives de chacun des acteurs de l'opération. Ainsi, lors de l'écriture du contrat et notamment de ces articles, le maître d'ouvrage devra avoir tranché les questions relatives à la présence ou non d'un A.T.M.O. ainsi que de son rôle et de ses missions.

Le contrat devra évidemment prévoir le déroulement des étapes liées à la réception (en s'inspirant des articles 41 et suivants du C.C.A.G. travaux et en les adaptant à une opération de concep-

FICHE 9

La réception des travaux (suite)

tion-réalisation) mais devra également traiter des problématiques liées aux réceptions partielles, à la réalisation de constats contradictoires permettant des interventions anticipées du maître d'ouvrage pour la mise en place des équipements avant réception, ou encore des protocoles d'intervention sur l'ouvrage non réceptionné.

La nécessité d'écrire précisément les points dans le contrat du fait des impératifs de fin de chantier

Il est primordial de prendre en compte dès le début de l'opération, les clauses à intégrer dans le contrat relatives à la réception. En effet, il est très souvent constaté que, malgré l'importance de cette étape, les problématiques qui y sont liées ne sont pas assez précisément décrites dans le projet de contrat et qu'elles sont soumises à interprétation en cours d'exécution. Si tel est le cas, il y a fort à parier que les opérations de réception ne seront pas réalisées dans la sérénité. Des risques importants, seraient alors pris par les différents acteurs. En effet, au moment de la fin du chantier, la pression des différents acteurs sera à son paroxysme. Les impacts d'une mauvaise procédure de réception pourront être très importants notamment en ce qui concerne la prise d'effet des assurances.

Ainsi, la rédaction des clauses devra être très précise. Elle devra notamment traiter du déclenchement de la phase des OPR, de la rédaction du PV des OPR et de sa signature. Il conviendra également de définir les délais dans lesquels ces opérations devront être réalisées et définir les conséquences d'un non-respect de ces délais.

Enfin, il conviendra de définir la personne (a priori l'A.T.M.O. s'il existe), qui sera chargée de proposer ou non la réception au maître d'ouvrage et enfin dans quels délais le maître d'ouvrage devra prendre sa décision.

Penser que tous ces aspects pourront se traiter au moment de la fin du chantier n'est pas réaliste car les différents acteurs seront au moment de la réception trop sous pression (y compris le maître d'ouvrage qui souhaitera mettre en service l'ouvrage) et de ce fait les décisions ne pourront pas être prises avec la sérénité nécessaire pour ce genre de problématiques.

Par conséquent, il est indispensable que les clauses relatives à la réception soient rédigées avec précision en amont du lancement de la procédure de consultation et puissent être en cohérence avec l'organisation mise en place par le maître d'ouvrage (notamment en ce qui concerne les acteurs, les délais, les interventions du maître d'ouvrage avant réception).



À RETENIR

Importance de la réception des travaux et de la description précise de cette procédure dans le contrat

Détermination du rôle de chacun dans les procédures de réception (maître d'ouvrage, A.T.M.O., concepteur-réalisateur...)

Importance de la rédaction des clauses relatives aux interventions éventuelles du maître d'ouvrage sur l'ouvrage avant la réception de ce dernier.

FICHE 10

Les garanties et assurances

OBJECTIFS

Une bonne connaissance par le maître d'ouvrage, tant de la nature et du régime des garanties dont il peut disposer de la part de chacun de ses cocontractants, que des assurances que ceux-ci doivent souscrire est essentielle à la bonne exécution du contrat de conception-réalisation et contribue à l'achèvement de l'ouvrage en cas de défaillance d'un ou plusieurs intervenants. Ainsi il est fait état dans cette fiche des préconisations applicables à un marché de conception-réalisation. Afin de ne pas perturber la lecture, les grands principes des différentes garanties sont repris dans la Fiche 10 - Annexe.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Dans le cadre d'un contrat de conception-réalisation, le maître d'ouvrage est lié contractuellement à chacun des membres du groupement, celui-ci étant généralement composé d'un architecte, d'un entrepreneur, d'un bureau d'études techniques et, en cas de marché de conception-réalisation-maintenance, d'un mainteneur.

Dans ce contexte et pour assurer la bonne exécution du marché, il est indispensable pour le maître d'ouvrage :

... d'une part de connaître les garanties pouvant être mises en jeu pour chacun de ses cocontractants en fonction des missions qui lui sont confiées ;

... de pouvoir contrôler que ses cocontractants ont souscrit les assurances obligatoires nécessaires à la couverture des risques inhérents à la réalisation de l'opération.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Les garanties auxquelles peuvent être tenus les membres du groupement concepteur-réalisateur

La garantie de parfait achèvement

Il est vivement recommandé d'insérer dans le contrat de conception-réalisation une clause relative à la garantie de parfait achèvement, inspirée de celle prévue à l'article 1792-6 alinéa 2 du code civil.

La garantie de parfait achèvement couvre l'ensemble des désordres apparus lors de la réception ou postérieurement à cette dernière, ayant le cas échéant fait l'objet de réserves, et qui ont pour origine un vice de conception ou une mauvaise exécution des travaux. Elle porte également sur les désordres touchant les éléments d'équipements dissociables ou non de l'ouvrage.

Cette garantie ne couvre pas les désordres constatés avant la réception.

Dans le cadre spécifique des marchés de conception-réalisation, la garantie de parfait achèvement peut peser sur l'ensemble des membres du groupement conjoint et donner lieu à une responsabilité solidaire, la condamnation aux versements d'indemnités étant répartie entre les membres du groupement en fonction des manquements respectivement commis (T.A. de Versailles, 23 octobre 2007, n°0602067).

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

Important

Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que soit prévue, dans le marché de conception-réalisation, une clause relative à la garantie de parfait achèvement.

La durée de cette garantie doit être fixée contractuellement, en fonction de la nature de l'ouvrage ou de l'objet des prestations en cause. Dans le cas classique (article 1792-6 du code civil et article 44 du C.C.A.G.-travaux), la durée de la garantie est d'un an à compter de la réception des travaux. Ce délai peut néanmoins être prolongé (à titre d'exemple, pour prendre en compte les périodes de chauffe, une période d'observation peut être nécessaire et justifier l'extension de la garantie à 18 ou 24 mois).

Notons qu'il a été jugé que l'absence de prolongation du délai de garantie en cas de non levée des réserves émises à la réception ne signifie pas que les réserves sont considérées comme implicitement levées à l'expiration de la garantie : les relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur perdurent jusqu'à la levée des réserves (C.E., 26 janvier 2007, Sté Mas, n°264306). En revanche, en l'absence de décision expresse de prolongation de la garantie concernant les réserves constatées pendant le délai de garantie (C.A.A. Lyon, 16 septembre 1999, n°93NTLY00221), celles-ci sont considérées comme implicitement levées à l'expiration de la garantie.

… Si l'entrepreneur n'a pas réalisé les travaux de réparation des désordres au cours du délai de la garantie, le maître d'ouvrage doit veiller à prendre une décision expresse de prolongation de ladite garantie jusqu'à l'exécution complète desdits travaux.

… Pour que cette garantie puisse être mise en œuvre, il ne suffit pas que le dommage ait été constaté dans le délai de la garantie. Encore faut-il que le maître d'ouvrage en ait demandé réparation dans ledit délai de garantie sauf à le prolonger expressément.

FICHE 10

Les garanties et assurances (suite)

La garantie de bon fonctionnement

La garantie de bon fonctionnement, inspirée par celle posée par l'article 1792-3 du code civil issu de la réforme opérée par la loi 78-12 du 4 janvier 1978 (loi Spinetta), est à la charge des constructeurs d'ouvrages immobiliers et garantissant le maître d'ouvrage, pendant deux ans minimum à compter de la réception des travaux, des malfaçons affectant les éléments d'équipement dissociables des éléments constitutifs de l'ouvrage.

Sont responsables tous les constructeurs tenus à garantie décennale.

Le caractère dissociable s'apprécie en fonction de la méthode de pose de l'élément d'équipement qui doit permettre son enlèvement sans détérioration de l'ouvrage.

Si le vice affectant l'élément d'équipement rend l'immeuble impropre à sa destination, c'est la garantie décennale qui a vocation à s'appliquer.

Comme précédemment, il est recommandé aux maîtres d'ouvrage de prévoir dans le contrat de conception-réalisation une clause relative à la garantie de bon fonctionnement, inspirée des principes de l'article 1792-3 du code civil.

À titre d'exemple, il peut s'agir :

- des portes en glace d'un bâtiment ;
- des panneaux de revêtement plastique des murs d'un hôpital ;
- du vitrage isolant d'un pavillon d'hôpital...

La juridiction administrative a étendu cette garantie aux ouvrages de génie civil.

La garantie de bon fonctionnement peut être mise en jeu à l'encontre de l'architecte, de l'entrepreneur, et des bureaux d'études ou d'ingénierie dès lors qu'ils sont membres du groupement de conception-réalisation et donc contractuellement liés à ce titre au maître d'ouvrage.

Important

Comme précédemment, le maître d'ouvrage doit veiller à ce que soit prévue, dans le marché de conception-réalisation, une clause mettant une garantie de bon fonctionnement à la charge du constructeur, étant entendu ici comme visant tant l'architecte que l'entrepreneur ou l'ingénieur.

Il faut préciser dans le contrat le type d'équipements qui est visé par cette garantie, notamment pour les installations techniques dont le fonctionnement se révèle particulièrement complexe ainsi que pour les équipements professionnels (article 1792-7 du code civil).

La durée de la garantie de bon fonctionnement est classiquement de deux ans (article 1792-3 du code civil).

Lorsque le mauvais fonctionnement d'un équipement intervient dans la première année à compter de la réception de l'ouvrage, le maître de l'ouvrage pourra mettre en jeu tant la garantie de parfait achèvement que la garantie de bon fonctionnement. Par ailleurs, si l'ouvrage est impropre à sa destination du fait du mauvais fonctionnement d'un équipement, le maître d'ouvrage pourra au choix actionner la garantie décennale (en l'absence de réserves lors de la réception) ou la garantie de bon fonctionnement.

La garantie décennale

La garantie décennale figure à l'article 1792 du code civil.

Il est cependant recommandé de préciser certains points dans le contrat notamment en ce qui concerne les équipements professionnels (par exemple fluides médicaux, groupes électrogènes, paillasse, bras scialytique... cf article 1792-7 du code civil).

La garantie décennale couvre principalement les dommages :

... qui compromettent la solidité de l'ouvrage (ex. : fissuration importante dans un mur de soutènement, affaissement d'une toiture, insuffisance des fondations) ;

... qui, affectant l'ouvrage dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination (ex. : défaut d'étanchéité des toitures et terrasses, façades ou murs, défaut des installations électriques, défaut des canalisations et installations de chauffage...).

La garantie décennale peut être mise en jeu à l'encontre de l'architecte, de l'entrepreneur, et des bureaux d'études ou d'ingénierie dès lors qu'ils sont membres du groupement de conception-réalisation et donc contractuellement liés à ce titre au maître d'ouvrage.

Remarques :

... Les membres d'un groupement conjoint de conception-réalisation peuvent être condamnés solidairement au titre de la garantie décennale (C.A.A. Bordeaux, 2 mars 2010, n°08BX02316 : en l'espèce, le désordre était imputable au choix du système d'étanchéité par l'architecte, néanmoins, l'entrepreneur et les B.E.T. ayant été associés aux études nécessaires à la réalisation de l'ouvrage et n'ayant émis aucune réserve se sont vu condamnés solidairement).

... Dans le cas spécifique de l'A.T.M.O., notons que la question de la possibilité de mettre en cause la garantie décennale de l'A.T.M.O. peut se poser. Cette question n'est pas clairement tranchée. Toutefois si l'on se réfère à la jurisprudence de la juridiction administrative concernant le maître d'ouvrage délégué et le conducteur d'opération, il est concevable que le juge puisse considérer que la responsabilité décennale d'un A.T.M.O. peut être engagée.

Important

La durée de la garantie est de dix ans à compter de la réception des travaux (le cas échéant à compter de la levée des réserves soulevées lors de la réception sauf travaux de finition de faible importance).

Pour que la garantie décennale puisse être mise en jeu, il faut non seulement que le désordre ait été constaté mais encore que le maître d'ouvrage actionne cette garantie dans ce délai de dix ans.

Dans la mesure où la garantie décennale ne peut couvrir des dommages antérieurs à la réception, le maître d'ouvrage devra être particulièrement vigilant lors de la réception de l'ouvrage à relever l'ensemble des désordres existants.

Au cours de la première année à compter de la réception de l'ouvrage, le maître d'ouvrage peut actionner soit la garantie de parfait achèvement, soit la garantie décennale.

FICHE 10

Les garanties et assurances (suite)

La responsabilité quinquennale en cas de fraude ou dol⁽¹⁸⁾ du constructeur (ancienne prescription trentenaire supprimée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile)

Cette responsabilité quinquennale des constructeurs peut être mise en œuvre en cas de faute délictuelle ou quasi-délictuelle d'une exceptionnelle gravité, assimilable à une fraude ou un dol.

Cette responsabilité couvre les désordres résultant :

- … de manœuvres frauduleuses, celles-ci visant l'intention de nuire du constructeur (ex. : dissimulation de malfaçons pour empêcher le maître d'ouvrage de mettre en jeu la garantie décennale).
- … de faute volontaire mais sans intention de nuire (ex. : le constructeur commet volontairement une malfaçon, en toute connaissance de cause et avec la connaissance de créer le dommage).

Tout constructeur débiteur de la garantie décennale peut être débiteur de cette responsabilité.

Remarques :

… La preuve de la faute, du dol ou de la fraude, doit être apportée par le maître d'ouvrage, ce qui peut en pratique se révéler particulièrement difficile.

… Cette responsabilité peut être mise en œuvre pendant 5 ans à compter de la connaissance du dommage ou de la date à laquelle le maître d'ouvrage aurait dû connaître le dommage. Cette dernière notion vise les cas d'ignorance blâmable, dans lesquels le maître d'ouvrage aurait dû connaître le dommage : il s'agit d'une notion qui laisse une large place à la subjectivité.

La responsabilité quinquennale peut être mise en jeu quelle que soit la date de connaissance du dommage, qui peut être postérieure à l'expiration de la garantie décennale.

Au-delà des garanties de parfait achèvement, de bon fonctionnement ou décennale, le maître d'ouvrage peut toujours mettre en cause la responsabilité de droit commun de son cocontractant en cas de faute de sa part.

(18) *Le dol est défini à l'article 1116 du code civil comme suit : « le dol est cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

Les assurances

Les sujets assurances doivent être étudiés très en amont au stade de la préparation du projet. Il est en effet très important d'identifier le programme des assurances nécessaires à la couverture des risques de l'opération, pour éviter notamment les surcoûts liés à la souscription d'assurances en cours de réalisation du projet.

Une réelle stratégie assurance (assurances souscrites par le maître d'ouvrage/assurances souscrites par le concepteur-réalisateur) doit donc être préalablement déterminée et figurer dans le dossier de consultation des entreprises.

Compte tenu de la technicité des sujets assurances, il est recommandé au maître d'ouvrage de s'entourer en amont de personnes compétentes dans le domaine des assurances, par le biais d'un marché public si elle n'en dispose pas en interne.

Les principales assurances

L'assurance responsabilité :

L'assurance responsabilité, prévue à l'article L.241-1 du code des assurances, doit être souscrite par toute personne dont la responsabilité décennale peut être engagée.

Remarques :

… de l'article L.243-9 du code des assurances prévoit que les contrats d'assurance responsabilité et d'assurance dommages peuvent comporter des plafonds, régis par l'article R.243-3 du code des assurances. Ainsi, le montant de garantie ou des contrats d'assurance ne peut-il être inférieur à un certain seuil, égal au coût total de construction de l'ouvrage déclaré par le maître d'ouvrage, ou à 150 millions d'euros si ce coût est supérieur à 150 millions d'euros.

L'assurance dommage ouvrage :

L'assurance dommage ouvrage est prévue à l'article L.242-1 alinéa 1 du code des assurances : *« Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil ».*

Cette assurance permet au maître d'ouvrage d'obtenir le préfinancement des travaux de réparation des désordres relevant de la garantie décennale. L'assureur est par la suite subrogé dans les droits de l'assuré pour se retourner contre le constructeur auquel le fait est imputable.

Sauf exception, elle prend effet à l'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement.

L'assurance dommage ouvrage n'est pas obligatoire pour l'État ainsi que pour les personnes morales de droit public dès lors qu'il s'agit de réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation.

Néanmoins, elles peuvent y avoir intérêt en fonction :

- … de leur capacité financière à assurer immédiatement et intégralement le sinistre susceptible d'intervenir ;
- … de la technicité de l'ouvrage ;
- … du montant de l'assurance.

Attention : il est précisé que pour la construction d'un E.H.P.A.D. par exemple (puisqu'il s'agit de logement), l'assurance dommage ouvrage est obligatoire.

FICHE 10

Les garanties et assurances (suite)

Le Contrat collectif de responsabilité décennale

Le Contrat collectif de responsabilité décennale (C.C.R.D.), prévu à l'article R.243-1 du code des assurances, est utilisé dans le cas d'opérations de grande ampleur : il consiste à faire assurer par une seule et même personne l'ensemble des intervenants, y compris le maître d'ouvrage.

La souscription d'un C.C.R.D doit être prévue en amont de l'opération, au stade de la procédure de consultation. Il peut être envisagé de demander aux candidats au stade de la candidature, au titre de la preuve qu'ils bénéficient d'assurances couvrant leurs risques professionnels, de communiquer le montant de couverture de leur assurance responsabilité. Le maître d'ouvrage sera ainsi à même d'apprécier la nécessité ou non d'un tel C.C.R.D.

Les opérations d'un montant supérieur à 15 M€ HT sont le plus souvent soumises à obligation de mettre en place une C.C.R.D.

À titre indicatif, il est recommandé que les montants de garantie des contrats individuels des membres du groupement de conception-réalisation soit au minimum de :

- 10 millions d'euros pour la garantie décennale des membres réalisateurs dont les marchés de travaux concernent la structure, le gros œuvre et le clos couvert ;
- 6 millions d'euros pour la garantie décennale des membres réalisateurs dont les marchés de travaux concernent le second œuvre ;
- 3 millions d'euros pour la garantie décennale des membres concepteurs, pour les non réalisateurs, pour le contrôleur technique et autres.

La police tout risque chantier

Elle a pour but d'assurer le maître d'ouvrage dans le cas d'un sinistre touchant l'ouvrage au cours de l'exécution des travaux, en d'autres termes avant la réception. Elle est souscrite pour l'ensemble des intervenants sur le chantier. Elle est particulièrement recommandée dans le cas des opérations réalisées en site occupé ou lorsque le terrain d'assiette de l'opération se situe dans un tissu urbain dense, les risques de dommages étant alors accrus.



À RETENIR

La problématique des garanties relève d'une grande technicité. Il est cependant fortement recommandé aux maîtres d'ouvrage de veiller à ce que chaque type de garantie soit parfaitement identifié dans le contrat de conception-réalisation. Il est préconisé de décrire précisément dans le contrat les différentes assurances souhaitées par le maître d'ouvrage y compris celles inspirées des principes de l'article 1792 du code civil.

Il est essentiel de solliciter des membres du groupement la justification de leurs polices d'assurance avant le début d'exécution de leurs prestations. Il est recommandé que les assurances soient souscrites assez tôt, avant l'ouverture du chantier.

Il est préconisé de s'entourer de spécialistes des assurances dans le cadre de ce type d'opération.

Dans la mesure où la garantie décennale ne peut couvrir des dommages antérieurs à la réception, le maître d'ouvrage devra être particulièrement vigilant lors de la réception de l'ouvrage à relever l'ensemble des désordres existants.

FICHE 11

Annexe

OBJECTIFS

Une bonne connaissance par le maître d'ouvrage, tant de la nature et du régime des garanties dont il peut disposer de la part de chacun de ses cocontractants, que des assurances que ceux-ci doivent souscrire est essentielle à la bonne exécution du contrat de conception-réalisation et contribue à l'achèvement de l'ouvrage en cas de défaillance d'un ou plusieurs intervenants.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Dans le cadre d'un contrat de conception-réalisation, le maître d'ouvrage est lié contractuellement à chacun des membres du groupement, celui-ci étant généralement composé d'un architecte, d'un entrepreneur, d'un bureau d'études techniques et, en cas de marché de conception-réalisation-maintenance, d'un mainteneur.

Dans ce contexte et pour assurer la bonne exécution du marché, il est indispensable pour le maître d'ouvrage de connaître les garanties qu'il peut demander à chacun de ses cocontractants d'apporter en fonction des missions qui lui sont confiées. Enfin, le maître d'ouvrage doit pouvoir contrôler que ses cocontractants ont souscrit les assurances obligatoires nécessaires à la couverture des risques inhérents à la réalisation de l'opération.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Les garanties auxquelles peuvent être tenus les membres du groupement concepteur-réalisateur

La garantie de parfait achèvement

Fondement textuel :

La garantie de parfait achèvement figure à l'article 1792-6 alinéa 2 du code civil lequel prévoit : « La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception ».

On peut également noter que cette garantie est également prévue à l'article 44 du C.C.A.G.-travaux.

Pour l'heure, le juge administratif n'applique pas *stricto sensu* l'article 1792-6 alinéa 2 du code civil qu'il considère comme n'étant pas d'ordre public : il applique les principes dont il s'inspire.

Cette garantie revêt donc aujourd'hui un caractère contractuel (C.E., 28 février 1986, Entreprise Blondet et autres, Rec. Leb. P.55) :

… elle peut faire l'objet d'aménagements entre les parties ;

… à défaut d'être prévue dans le contrat, le cas échéant par référence à l'article 44 du C.C.A.G.-travaux, l'article 1792-6 du code civil ne s'applique pas.

Cette position de la juridiction administrative devra cependant être confirmée afin le cas échéant de prendre en compte l'entrée en vigueur du nouvel article 1792-5 du code civil qui confère à l'article 1792-6 du même code un caractère d'ordre public. Dans cette attente, il est recommandé de prévoir expressément cette garantie dans le contrat de conception-réalisation.

Débiteur de la garantie :

Néanmoins, dans le cadre spécifique des marchés de conception-réalisation, la garantie de parfait achèvement peut peser sur l'ensemble des membres du groupement conjoint et donner lieu à une responsabilité solidaire, la condamnation aux versements d'indemnités étant répartis entre les membres du groupement en fonction des manquements respectivement commis (T.A. de Versailles, 23 octobre 2007, n°060267).

Objet de la garantie :

La garantie de parfait achèvement couvre l'ensemble des désordres apparus lors de la réception ou postérieurement à cette dernière, ayant le cas échéant fait l'objet de réserves, et qui a pour origine un vice de conception ou une mauvaise exécution des travaux.

Cette garantie ne couvre pas les désordres constatés avant la réception.

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

Au titre de la garantie, l'entrepreneur doit notamment :

...✚ exécuter les travaux ou prestations éventuels de finition ou de reprise ayant donné lieu à des réserves lors de la réception ;

...✚ remédier à tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, de telle sorte que l'ouvrage soit conforme à son état lors de la réception ou après correction des imperfections constatées lors de celle-ci ;

...✚ procéder, le cas échéant, aux travaux confortatifs ou modificatifs, dont la nécessité serait apparue à l'issue des épreuves effectuées conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché.

Cette garantie porte également sur les désordres touchant les éléments d'équipement dissociables ou non de l'ouvrage.

Condition d'exonération :

L'entrepreneur peut voir sa responsabilité atténuée, voire peut être exonéré de toute responsabilité en cas de force majeure, de cas fortuit, de faute du maître d'ouvrage ou de faute d'un tiers.

Durée de la garantie :

Dans le cas classique (notamment par exemple aux termes de l'article 44 du C.C.A.G.-travaux), la durée de la garantie est d'un an à compter de la réception des travaux. Néanmoins le contrat de conception-réalisation peut fixer une durée différente, laquelle sera fixée en fonction de la nature de l'ouvrage ou de l'objet des prestations en cause (à titre d'exemple, pour prendre en compte les périodes de chauffe, une période d'observation peut être nécessaire et justifier l'extension de la garantie à 18 ou 24 mois).

Par ailleurs, il convient que ce délai puisse être prolongé par une décision expresse du maître d'ouvrage jusqu'à ce que les travaux prévus au marché soient réalisés ou la levée des réserves effectuée.

Notons qu'il a été jugé que l'absence de prolongation du délai de garantie en cas de non levée des réserves émises à la réception ne signifie pas que les réserves sont considérées comme implicitement levées à l'expiration de la garantie : les relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur perdurent jusqu'à la levée des réserves (C.E., 26 janvier 2007, Société Mas, n°264306). En revanche, en l'absence de décision expresse de prolongation de la garantie concernant les réserves constatées pendant le délai de garantie (C.A.A. Lyon, 16 septembre 1999, n°93NTLY00221), celles-ci sont considérées comme implicitement levées à l'expiration de la garantie.

Notons que pour que cette garantie puisse être mise en œuvre, il ne suffit pas que le dommage ait été constaté dans le délai de la garantie. Encore faut-il que le maître d'ouvrage en ait demandé réparation dans ledit délai de garantie sauf à le prolonger expressément.

Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que soit prévue, dans le marché de conception-réalisation, une clause mettant une garantie de parfait achèvement à la charge de l'entrepreneur et prévoyant la possibilité pour le maître d'ouvrage de prolonger le délai de garantie prévu.

Si l'entrepreneur n'a pas réalisé les travaux de réparation des désordres au cours du délai de la garantie, le maître d'ouvrage doit veiller à prendre une décision expresse de prolongation de ladite garantie jusqu'à l'exécution complète desdits travaux.

FICHE 11

Annexe (suite)

La garantie de bon fonctionnement

Fondement textuel :

La garantie de bon fonctionnement figure à l'article 1792-3 du code civil lequel prévoit : « Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception ».

Comme précédemment, pour l'heure, le juge administratif n'applique pas *stricto sensu* l'article 1792-3 du code civil : il applique les principes dont il s'inspire.

Bien que la question soit moins clairement tranchée que pour la garantie de parfait achèvement, le juge administratif semble considérer que l'article 1792-3 n'est pas d'ordre public, cette garantie revêtirait donc aujourd'hui un caractère contractuel :

... elle peut faire l'objet d'aménagements entre les parties ;

... à défaut d'être prévue dans le contrat, l'article 1792-3 du code civil ne s'applique pas.

Cette position de la juridiction administrative devra cependant être confirmée afin, le cas échéant, de prendre en compte l'entrée en vigueur du nouvel article 1792-5 du code civil qui confère à l'article 1792-3 du même code un caractère d'ordre public. Dans cette attente, il est recommandé de prévoir expressément cette garantie dans le contrat de conception-réalisation.

Débiteur de la garantie :

Tout constructeur auquel le mauvais fonctionnement est imputable et qui a participé de façon directe et effective à l'acte de construction peut être tenu par cette garantie de bon fonctionnement.

Est considéré comme constructeur d'ouvrage :

« 1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ;

2° Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ;

3° Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage » (article 1792-1 du code civil).

La garantie de bon fonctionnement peut donc être mise en jeu à l'encontre de l'architecte, de l'entrepreneur, et des bureaux d'études ou d'ingénierie dès lors qu'ils sont membres du groupement de conception-réalisation et donc contractuellement liés à ce titre au maître d'ouvrage.

Objet de la garantie :

La garantie de bon fonctionnement porte sur tous les éléments d'équipement de l'ouvrage, autres que ceux « qui font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert », c'est-à-dire dont la dépose, le démontage ou le remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de l'ouvrage concerné (article 1792-2 du code civil).

À titre d'exemple, il peut s'agir :

... des portes en glace d'un bâtiment ;

... des panneaux de revêtement plastique des murs d'un hôpital ;

... du vitrage isolant d'un pavillon d'hôpital...

La juridiction administrative a étendu cette garantie aux ouvrages de génie civil.

Notons que la garantie peut être mise en jeu dès lors que le mauvais fonctionnement de l'équipement est établi, qu'il présente ou non un caractère de gravité.

Condition d'exonération :

Le constructeur peut voir sa responsabilité atténuée, voire peut être exonéré de toute responsabilité en cas de force majeure, de cas fortuit, de faute du maître d'ouvrage ou de faute d'un tiers.

Durée de la garantie :

La durée de la garantie de bon fonctionnement est de deux ans minimum. Elle peut être allongée d'un commun accord entre les parties, en fonction de la nature de l'ouvrage ou de l'objet des prestations en cause. Sous réserve de confirmation de la jurisprudence du juge administratif, cette durée pourrait également être réduite par voie contractuelle.

Le point de départ de la garantie est fixé à la date d'effet de la réception, à condition que l'élément d'équipement n'ait pas fait l'objet de réserve, ou à la date à laquelle ces réserves ont été levées.

Remarque :

Lorsque le mauvais fonctionnement d'un équipement intervient dans la première année à compter de la réception de l'ouvrage, le maître de l'ouvrage pourra mettre en jeu tant la garantie de parfait achèvement que la garantie de bon fonctionnement.

Si l'ouvrage est impropre à sa destination du fait du mauvais fonctionnement d'un équipement, le maître d'ouvrage pourra au choix actionner la garantie décennale (en l'absence de réserves lors de la réception) ou la garantie de bon fonctionnement.

La garantie décennale

Fondement textuel :

La garantie décennale figure à l'article 1792 du code civil lequel prévoit : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.

Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ».

Pour l'heure, le juge administratif n'applique pas *stricto sensu* l'article 1792 du code civil qu'il considère comme n'étant pas d'ordre public : il applique les principes dont il s'inspire.

Sous les mêmes réserves que précédemment, cette garantie revêtirait donc aujourd'hui un caractère contractuel bien que cette question ne soit pas clairement tranchée : elle peut en tout état de cause faire l'objet d'aménagements entre les parties (réduction ou allongement de la durée pour certains travaux, extension de la garantie à certaines déficiences...). En revanche, à défaut d'être prévue dans le contrat, l'article 1792 du code civil trouve à s'appliquer (C.E., 22 mars 1984, Société Sécométral, D.1985, n°228).

Débiteur de la garantie :

Tout constructeur auquel le désordre est imputable et qui a participé de façon directe et effective à l'acte de construction est tenu par la garantie décennale.

Est considéré comme constructeur :

« 1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ;

2° Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ;

3° Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage » (article 1792-1 du code civil).

La garantie décennale peut donc être mise en jeu à l'encontre de l'architecte, de l'entrepreneur, et des bureaux d'études ou d'ingénierie dès lors qu'ils sont membres du groupement de conception-réalisation et donc contractuellement liés à ce titre au maître d'ouvrage.

Remarques :

… En cas de groupement solidaire, chaque membre du groupement est responsable solidairement avec les autres des dommages alors même qu'il n'a pas participé à l'acte de construire (C.E., 22 septembre 2010, région Aquitaine, rec. n°332068).

… Les membres d'un groupement conjoint de conception-réalisation peuvent être condamnés solidairement au titre de la garantie décennale (C.A.A. Bordeaux, 2 mars 2010, n°08BX02316 : en l'espèce, le désordre était imputable au choix du système d'étanchéité par l'architecte, néanmoins, l'entrepreneur et les B.E.T. ayant été associés aux études nécessaires à la réalisation de l'ouvrage et n'ayant émis aucune réserve se sont vu condamnés solidairement).

… La question de la possibilité de mettre en cause la garantie décennale de l'A.T.M.O. peut se poser. Cette question n'est pas clairement tranchée. Toutefois on peut se référer à la jurisprudence de la juridiction administrative concernant le maître d'ouvrage délégué et le conducteur d'opération. Le Conseil d'État a ainsi considéré que le maître d'ouvrage délégué n'a pas la qualité de constructeur (C.E., 16 novembre 1987, Syndicat intercommu-

FICHE 11

Annexe (suite)

nal pour la création et le fonctionnement de l'école des clos), y compris lorsqu'il a imposé un procédé de construction et contrôlé sa mise en œuvre (C.E., 10 juillet 1996, commune de Boissy-Saint-Léger, req. n°132921). Seule sa responsabilité pour non respect de ses obligations contractuelles peut être engagée. En revanche, la Cour administrative d'appel de Nancy a jugé qu'un conducteur d'opération - en l'espèce l'État - pouvait voir sa responsabilité décennale engagée dès lors qu'au titre de sa mission de conseil et d'assistance technique et administrative, celui-ci était chargé d'examiner les études du maître d'œuvre à la fin de chaque élément de mission et à assurer le suivi technique du chantier en phase d'exécution des travaux. Le conducteur d'opération participait ainsi à la construction de l'ouvrage (C.A.A. Nancy, 22 mars 2007, n°05NC00234).

Par ailleurs le Conseil d'État a considéré que la convention par laquelle le conducteur d'opération s'engage à faire quelque chose pour une personne publique, moyennant un prix convenu entre les parties, sans subordonner l'une à l'autre, la mission du conducteur d'opération portant sur le contrôle des travaux, constitue un contrat de louage d'ouvrage conclu avec un constructeur au sens des principes dont s'inspirent les articles 1792 à 1792-5 du code civil (C.E. 21 février 2011 Société Icade G3A et Société Services, Conseil, Expertises, Territoires, n° 330515).

La mission de l'A.T.M.O. se rapproche davantage de celle d'un conducteur d'opération, chargé d'une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage générale, que de celle du maître d'ouvrage délégué qui dispose d'un véritable pouvoir de représentation du maître d'ouvrage. Il est donc tout à fait concevable que le juge puisse considérer que la responsabilité décennale d'un A.T.M.O. peut être engagée.

Objet de la garantie :

La garantie décennale couvre les dommages :

- qui compromettent la solidité de l'ouvrage (ex. : fissuration importante dans un mur de soutènement, affaissement d'une toiture, insuffisance des fondations) ;

- qui, affectant l'ouvrage dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination (ex. : défaut d'étanchéité des toitures et terrasses, façades ou mur, défaut des installations électriques, défaut des canalisations et installations de chauffage...).

Notons que le juge retient plus fréquemment la responsabilité décennale du constructeur en appliquant le second critère.

Elle couvre également :

• les dommages touchant les éléments d'équipement indissociables des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert, en d'autres termes « lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage » (article 1792-2 du code civil) ;

• les dommages touchant les éléments d'équipement dissociable de l'ouvrage dès lors qu'ils rendent celui-ci impropre à sa destination (ex. : portes coupe-feu).

La garantie décennale vise non seulement les bâtiments mais également les ouvrages de génie civil.

La garantie décennale ne peut être mise en jeu lorsque les désordres étaient connus et apparents à la date de réception mais qu'ils n'ont fait l'objet d'aucune réserve. Le désordre est en outre considéré comme apparent lorsqu'il n'est pas visible au moment de la réception mais décelable dès la première utilisation du bâtiment ou prévisible de façon certaine dans toute son étendue.

Les désordres évolutifs (une partie de ses effets va se révéler au-delà du délai de dix ans) et futurs (désordres qui ont la même origine que des désordres faisant l'objet de la garantie décennale, et dont la réalisation est prévisible à moyen terme : ex. problème d'étanchéité de 8 terrasses sur 52 : les mêmes désordres sont prévisibles sur les 44 terrasses restantes y compris au-delà du délai de dix ans) peuvent également être indemnisés sur le fondement de la garantie décennale.

Causes exonératoires :

La responsabilité du constructeur poursuivie est présumée dès lors qu'il est démontré que le dommage lui est imputable. Le constructeur ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en cas de force majeure, cas fortuit, et faute du maître d'ouvrage (ex. : choix d'un emplacement défectueux pour la réalisation d'un projet malgré les avertissements de l'entrepreneur ; modification ou acceptation imprudente d'une modification en cours d'exécution du contrat). Le fait d'un tiers n'est pas exonératoire sauf imputabilité à l'architecte ou autre constructeur lié contractuellement au maître d'ouvrage.

Durée de la garantie :

La durée de la garantie est de dix ans à compter de la réception des travaux (le cas échéant à compter de la levée des réserves soulevées lors de la réception sauf travaux de finition de faible importance) : le désordre doit être constaté et la garantie être mise en jeu dans ce délai de dix ans. Cette durée peut toutefois être étendue ou réduite d'un commun accord entre les parties, en fonction de la nature de l'ouvrage ou de l'objet des prestations en cause.

Remarque :

Au cours de la première année à compter de la réception de l'ouvrage, le maître d'ouvrage peut actionner indifféremment la garantie de parfait achèvement, laquelle couvre tous désordres, ou la garantie décennale.

La responsabilité quinquennale en cas de fraude ou dol⁽¹⁹⁾ du constructeur (ancienne prescription trentenaire supprimée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile)

Fondement textuel :

La responsabilité quinquennale figure à l'article 2224 du code civil, lequel prévoit : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

Pour l'heure, le juge administratif n'applique pas *stricto sensu* l'article 2224 du code civil : il applique les principes dont il s'inspire.

Débiteur de la garantie :

Tout constructeur débiteur de la garantie décennale peut être débiteur de cette garantie.

Objet :

Cette responsabilité ne peut être mise en œuvre qu'en cas de faute contractuelle d'une exceptionnelle gravité, assimilable à une fraude ou un dol.

Cette responsabilité couvre les désordres résultant :

... de manœuvres frauduleuses, celles-ci visant l'intention de nuire du constructeur (ex. : dissimulation de malfaçons pour empêcher le maître d'ouvrage de mettre en jeu la garantie décennale) ;

... de faute volontaire mais sans intention de nuire (ex. : le constructeur commet volontairement une malfaçon, en toute connaissance de cause et avec la volonté de créer le dommage).

Durée :

Cette responsabilité peut être mise en œuvre pendant cinq ans à compter de la connaissance du dommage ou de la date à laquelle le maître d'ouvrage aurait dû connaître le dommage. Cette dernière notion vise les cas d'ignorance blâmable, dans lesquels le maître d'ouvrage aurait dû connaître le dommage : il s'agit d'une notion qui laisse une large place à la subjectivité.

La responsabilité quinquennale peut être mise en jeu quelle que soit la date de connaissance du dommage (ou la date à laquelle le dommage aurait dû être connu), qui peut être postérieure à l'expiration de la garantie décennale.

Remarque :

La preuve de la faute, du dol ou de la fraude, doit être apportée par le maître d'ouvrage, ce qui peut en pratique se révéler particulièrement difficile.

Au-delà des garanties de parfait achèvement, de bon fonctionnement ou décennale, le maître d'ouvrage peut toujours mettre en cause la responsabilité de droit commun de son cocontractant en cas de faute de sa part.

(19) Le dol est défini à l'article 1116 du code civil comme suit : « le dol est cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». Pour que le dol soit constitué, plusieurs conditions doivent être satisfaites :

... l'une des parties au contrat doit avoir pratiqué des manœuvres ou gardé le silence sur des éléments déterminants ;

... l'auteur de ces manœuvres ou silence doit avoir agi intentionnellement ;

... la victime du dol doit avoir donné son consentement sous l'emprise d'une erreur déterminante.

FICHE 11

Annexe (suite)

LES ASSURANCES

Les sujets assurances doivent être étudiés très en amont, au stade de la préparation du projet. Il est en effet très important d'identifier le programme des assurances nécessaires à la couverture des risques de l'opération, pour éviter notamment les surcoûts liés à la souscription d'assurances en cours de réalisation du projet.

Une réelle stratégie assurance (assurances souscrites par le maître d'ouvrage/assurances souscrites par le concepteur-réalisateur) doit donc être préalablement déterminée et figurer dans le dossier de consultation des entreprises.

Par ailleurs, compte tenu de la technicité des sujets assurances, il est recommandé au maître d'ouvrage de s'entourer en amont de personnes compétentes dans le domaine des assurances, par le biais d'un marché public si elle n'en dispose pas en interne.

Les différentes assurances**L'assurance dommage ouvrage :**

L'assurance dommage ouvrage est prévue à l'article L.242-1 alinéa 1 du code des assurances : « Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil ».

Cette assurance permet au maître d'ouvrage d'obtenir le préfinancement des travaux de réparation des désordres relevant de la garantie décennale. L'assureur est par la suite subrogé dans les droits de l'assuré pour se retourner contre le constructeur auquel le fait est imputable.

Sauf exception, elle prend effet à l'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement.

L'assurance dommage ouvrage n'est pas obligatoire pour l'État ainsi que pour les personnes morales de droit public dès lors qu'il s'agit de réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation.

Néanmoins, elles peuvent y avoir intérêt en fonction :

- de leur capacité financière à assurer immédiatement et intégralement le sinistre susceptible d'intervenir,
- de la technicité de l'ouvrage,
- du montant de l'assurance.

L'assurance responsabilité :

Elle est prévue à l'article L.241-1 du code des assurances :

« Toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance.

À l'ouverture de tout chantier, elle doit être en mesure de justifier qu'elle a souscrit un contrat d'assurance la couvrant pour cette responsabilité.

Tout contrat d'assurance souscrit en vertu du présent article est, nonobstant toute stipulation contraire, réputé comporter une clause assurant le maintien de la garantie pour la durée de la responsabilité décennale pesant sur la personne assujettie à l'obligation d'assurance ».

Elle vise toute personne soumise à la garantie décennale.

Remarque :

L'article L.243-9 du code des assurances prévoit que les contrats d'assurance responsabilité et d'assurance dommages peuvent comporter des plafonds, régis par l'article R.243-3 du code des assurances. Ainsi, le montant de garantie ou des contrats d'assurance ne peut-il être inférieur à un certain seuil, égal au coût total de construction de l'ouvrage déclaré par le maître d'ouvrage, ou à 150 millions d'euros si ce coût est supérieur à 150 millions d'euros.

Le contrat collectif de responsabilité décennale :

L'article R.243-1 du code des assurances prévoit que :

« Les personnes mentionnées aux articles L.241-1 et L.241-2 [personnes soumises à l'obligation d'assurance responsabilité] peuvent satisfaire à l'obligation d'assurance leur incombant en vertu de ces articles en recourant à un contrat d'assurance collectif, en complément d'un ou plusieurs contrats d'assurance garantissant individuellement leur responsabilité dans la limite des plafonds fixés dans ce ou ces contrats.

Ce contrat d'assurance collectif peut être souscrit pour le compte de plusieurs personnes mentionnées à ces articles. »

Le contrat collectif de responsabilité décennale est utilisé dans le cas d'opérations de grande ampleur : il consiste à faire assurer par une seule et même personne l'ensemble des intervenants y compris le maître d'ouvrage.

L'assureur indemnise le maître d'ouvrage (selon les règles de préfinancement de la garantie - dommage ouvrage) et répartit les responsabilités entre les divers intervenants. Par la présence d'un assureur et d'un expert unique, ce dispositif permet de simplifier le traitement des conséquences du sinistre et de limiter les contestations. Par ailleurs, ce dispositif permet d'éviter le renchérissement du coût du projet qui serait lié à la nécessaire augmentation des plafonds d'assurances de chacun des constructeurs intervenant à l'opération du fait de l'ampleur du projet.

La souscription d'un C.C.R.D. et la décision de savoir qui la contracte doivent être prévues en amont de l'opération, au stade de la procédure de consultation. Il peut être envisagé de demander aux candidats au stade de la candidature, au titre de la preuve qu'ils bénéficient d'assurances couvrant leurs risques professionnels, de communiquer le montant de couverture de leur assurance responsabilité. Le maître d'ouvrage sera ainsi à même d'apprécier la nécessité ou non d'un tel CC.R.D.

La police tout risque chantier

Elle a pour but d'assurer le maître d'ouvrage dans le cas d'un sinistre touchant l'ouvrage au cours de l'exécution des travaux, en d'autres termes avant la réception. Cette assurance peut prévoir également un régime de garantie de maintenance, après la réception. Elle exclut tout dommage couvert par la garantie décennale. Elle est souscrite pour l'ensemble des intervenants sur le chantier. Elle est particulièrement recommandée dans le cas des opérations réalisées en site occupé ou lorsque le terrain d'assiette de l'opération se situe dans un tissu urbain dense, les risques de dommages étant alors accrus.

FICHE 12

Règlement des comptes

OBJECTIFS

Définir les particularités du règlement des comptes liées à la procédure.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Une adaptation du règlement des comptes est à définir du fait d'un découpage particulier des éléments de mission. Les préconisations ci-après sont inspirées des procédures publiques mais peuvent s'adapter aux autres cas de figure.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Calcul de l'avance

Dans le respect du code des marchés publics, une avance forfaitaire sera accordée au titulaire du marché, sauf renonciation expresse.

Le montant de l'avance sera égal à 5 % du montant T.T.C. des prestations à exécuter dans les 12 premiers mois à compter de la date d'effet de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché.

Pour le calcul de cette avance, c'est le montant global du contrat qui est à prendre en compte ainsi que la durée totale du marché.

Sur la durée, se pose la question de la prise en compte des étapes de validation par le maître d'ouvrage dans le calcul. Il est recommandé d'avoir une durée globale dans laquelle est intégrée une période de validation *a minima* du maître d'ouvrage. L'engagement contractuel sur les délais de la part du concepteur-réalisateur n'est applicable que sur la part qui le concerne. Dans ce cas, le calcul de l'avance est fait sur le calendrier global y compris période à la charge du maître d'ouvrage.

Dans le cadre de l'ordonnance n°2005-649, le versement de l'avance qui ne doit pas excéder 30 % du prix du contrat (études et travaux) reste plus libre.

Retenue de garantie

La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.

La retenue de garantie qui peut être prévue par le marché à la charge du groupement, est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance.

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article 102.

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si le maître d'ouvrage ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire.

Il faut noter que dans le cas particulier de la conception-réalisation, la retenue de garantie n'est pas à prendre sur le contrat global mais simplement sur la partie travaux.

Paiement des acomptes

Il est intéressant de prévoir un échéancier de paiement qui reprend les éléments de mission du contrat. Le tableau ci-après donne un exemple.

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

	Date d'exigibilité de l'acompte	Modalités de fractionnement de l'acompte	Date de révision de l'acompte
Prime après appel d'offres	Date de la décision du maître d'ouvrage pour le choix du lauréat	Acompte unique	Sans objet – cf. règlement de la consultation.
Études de projet	Date de remise des études de projet	75 à 90 % du montant de l'élément	Mois de remise des études de projet
	Date de notification de la décision d'acceptation de l'élément	75 à 90 % du montant de l'élément	Mois de remise des études de projet
Élaboration du dossier de demande de permis de construire, de démolir et autres dossiers de demandes d'autorisations ou de déclarations administratives	Date de remise du dossier de demande de P.C.	50 % du montant de l'élément	Mois de remise du dossier de demande de P.C.
	Date de remise du dernier dossier	50 % du montant de l'élément	Mois de remise du dernier dossier
Suivi de la qualité architecturale et technique ⁽²⁰⁾	Dernier jour du mois	Acompte mensuel au prorata de la durée totale études et travaux	Mois d'exécution de la prestation correspondant à l'état d'acompte
Études d'exécution, de synthèse et gestion de la cellule de synthèse ⁽²¹⁾	Dernier jour du mois	Acompte mensuel au prorata de la durée de l'élément dans le calendrier d'exécution	Mois d'exécution de la prestation correspondant à l'état d'acompte demandé
Travaux par corps d'état	Dernier jour du mois	Acompte mensuel à l'avancement des travaux	Mois d'exécution de la prestation correspondant à l'état d'acompte
Essais, opérations préalables à la réception, établissement du dossier des ouvrages exécutés, mise à jour finale des fiches interfaces équipement bâtiment	Date de notification de la décision de réception de l'élément	Acompte unique	Mois de remise du dernier dossier

(20) suivant élément de mission de la fiche 4 par exemple

(21) idem1

FICHE 12

Règlement des comptes (suite)

Indemnité

L'indemnité prévue à l'issue de l'appel d'offre constitue le premier paiement et sera déduite du premier acompte suivant versé à chacun des cotraitants pour la part qui le concerne. Elle est incluse dans le prix global du marché. L'indemnité doit pouvoir être versée même si la signature du marché n'intervient pas (cf. article 69 du code des marchés publics).

Rémunération des phases

Le choix des formules de révision est libre. La seule imposition, si on se réfère au code des marchés publics, est d'inclure une formule de révision dès lors que la durée d'exécution dépasse trois mois et que le marché comporte une part importante de fournitures de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, ce qui est souvent le cas dans une opération de construction.

Il est possible de prévoir plusieurs formules de révision. Une formule pour la phase étude et l'autre pour la phase travaux peuvent s'avérer intéressantes et répondre à l'économie globale du marché. La proposition faite ci-après prend en compte un décalage de six mois afin de passer directement en révision définitive (la parution des index étant assurée).

Le choix de l'indice de révision est libre, le BT01 présente l'avantage d'une réponse adaptée à tous les cas.

Révision des phases d'étude

La révision prévue est effectuée par application aux prix des phases conception d'un coefficient C_n applicable pour le calcul de l'acompte du mois n . C_n est donné par la formule :

$$C_n = 0,15 + 0,85 \frac{I_{n-6}}{I_{0-6}}$$

dans laquelle :

I_{n-6} et I_{0-6} sont les valeurs prises par l'index ingénierie I.N.G. respectivement au mois de l'établissement de l'acompte par le titulaire moins six mois et au mois MO de l'acte d'engagement moins six mois.

Le coefficient est arrondi au millième supérieur.

Révision de la phase travaux

La révision prévue est effectuée par application aux prix des travaux d'un coefficient C_T applicable pour le calcul de l'acompte du mois n . C_T est donné par la formule :

$$C_T = 0,15 + 0,85 \frac{I_{n-6}}{I_{0-6}}$$

dans laquelle :

I_{n-6} et I_{0-6} sont les valeurs prises par l'index ingénierie I.N.G. respectivement au mois de l'établissement de l'acompte par le titulaire moins six mois et au mois MO de l'acte d'engagement moins six mois.

Le coefficient est arrondi au millième supérieur.

Décomposition du prix global et forfaitaire (non contractuelle cf. fiche 1)

Au stade des études de projet, la décomposition du prix global et forfaitaire est précisée. Pour chaque lot, cette décomposition s'appuie, simultanément, sur le cahier des clauses techniques particulières rédigé par le groupement et sur les avant-métrés et les métrés éventuels effectués par le groupement au titre des calculs de prédimensionnement.

Une cohérence forte est exigée entre la décomposition du prix global et forfaitaire et le C.C.T.P. du groupement. À cet effet, les repérages des articles de ces deux documents utiliseront une logique commune.

Paiement des sous-traitants

Les marchés de conception-réalisation, du fait de l'unicité du contrat, impliquent la présence d'un nombre important de sous-traitants dont la gestion doit être assurée pour mettre en œuvre des alertes sur le montant sous-traité et le paiement des sommes aux sous-traitants. La sous-traitance ne peut porter que sur « une partie du marché conclu avec le maître d'ouvrage » (cf.

article 1 de la loi de 1975 modifié par la loi M.U.R.C.E.F. n°2001-1168 du 11 décembre 2001), le montant des prestations sous-traitées doit donc rester inférieur au contrat global.

Le montant déclaré dans chaque acte spécial constitue un montant maximum. Le titulaire a donc parfaitement le droit de demander lors du paiement une somme inférieure à celle figurant à l'Acte spécial (en particulier s'il a finalement choisi de sous-traiter moins de prestations que ce qu'il avait initialement prévu). Dans ce cas, il est recommandé de faire un avenant réduisant le montant sous-traité pour entériner l'accord entre le titulaire et le sous-traitant de la réduction de la prestation. En effet, la possibilité pour le sous-traitant de demander le paiement direct au maître d'ouvrage ouvre le risque d'un paiement supérieur à la prestation.

En revanche, s'il décide par la suite de sous-traiter davantage, il doit faire une nouvelle demande au maître d'ouvrage et l'acte spécial devra être modifié.

Les conditions de paiement prévues au contrat sous-traitance et les éventuelles modalités de variations des prix. Ces conditions doivent bien sûr être compatibles avec celles définies au marché. Concernant les variations de prix, plusieurs possibilités existent, au choix du titulaire et de son sous-traitant lorsqu'ils rédigent leur contrat :

... le contrat ne prévoit pas de modalités de variations de prix. Dans ce cas, les montants des révisions ou des actualisations éventuelles qui sont prévues au marché sont entièrement versés au titulaire par le maître d'ouvrage ;

... le contrat prévoit de faire varier le prix de la prestation sous-traitée dans les mêmes conditions que celles du marché du titulaire ;

... une formule de variation de prix différente de celle du marché est prévue dans le contrat de sous-traitance.

Le maître d'ouvrage devra donc s'assurer selon les deux cas de figure :

... que le total des sommes versées en paiement direct n'est pas supérieur au montant déclaré ;

... lorsque les sommes versées sont inférieures au montant déclaré, que la réduction de la prestation est bien effective (avenant à l'acte spécial ou courrier du sous-traitant).



À RETENIR

Prévoir le versement de l'indemnité du lauréat au même titre que les candidats évincés.

Prévoir un échéancier du versement des acomptes.

Prévoir des clauses de révision différentes pour les prestations d'études et de travaux.

Gérer la cohérence entre les sommes versées au sous-traitant et les montants déclarés.

FICHE 13

Clauses de résiliation

OBJECTIFS

Définir les clauses de résiliation dans un contrat de conception-réalisation.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Le contrat de conception-réalisation étant un contrat global, la problématique de la résiliation se pose pour chaque défaillance de l'un des membres.

En cas de résiliation, le code des marchés publics impose seulement que « les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée fixent les conditions de résiliation du marché ». Les différentes hypothèses de résiliation sont prévues dans les cahiers des clauses administratives générales (C.C.A.G.) qui précisent ainsi la procédure à suivre pour mettre fin au marché. Le contrat de conception-réalisation pourra s'en inspirer et se doit de prévoir les clauses de résiliation, y compris pour les maîtres d'ouvrage non soumis au code des marchés publics.

Plusieurs situations sont à envisager :

- la résiliation de plein droit ;
- la fin anticipée imposée par le maître d'ouvrage ;
- la faute du titulaire du contrat.

La résiliation de plein droit

Lorsque le bénéficiaire du marché se trouve dans l'impossibilité d'en poursuivre la bonne conduite, la résiliation est dite de plein droit. Deux situations la justifient :

- la force majeure qui met le titulaire du marché dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution du marché pour des raisons indépendantes de sa volonté et d'obstacles qui ne peuvent être surmontés (C.E., 7 août 1926, Bouxin, Rec. p. 891) ;
- la disparition du mandataire du marché (décès, faillite ou incapacité civile).

« À défaut d'une stipulation contractuelle expresse, l'indemnisation éventuelle du préjudice subi diffère suivant la nature de la résiliation (ainsi, par exemple, le manque à gagner ne sera pas indemnisé en cas de résiliation pour force majeure : C.E., 11 décembre 1991, Sonexa, req. n°81588). »

La fin anticipée du marché imposée par le maître d'ouvrage

Le maître d'ouvrage peut résilier unilatéralement le marché même en l'absence de clause contractuelle en ce sens. La contrepartie à ce droit est l'indemnisation du titulaire qui, par définition, n'a commis aucune faute.

Pour une personne publique, elle « peut, en tout état de cause et en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, mettre fin avant terme aux marchés publics, sous réserve des droits à indemnités des intéressés » (C.E. Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. p. 246). Une clause privant la personne publique de ce droit de résilier est réputée nulle et par conséquent inopposable (C.E., 6 mai 1985, association Eurolat c/ Crédit foncier de France, req. n°41589 et n°41699).

La contrepartie du droit de résilier dans l'intérêt du service public réside dans le droit à indemnité du titulaire du marché. « La résiliation n'a pu intervenir (...) qu'en vertu du pouvoir appartenant à l'administration de rompre le contrat sous réserve d'indemniser l'entrepreneur des pertes résultant pour lui de la résiliation, et de lui accorder, le cas échéant, les dédommagements auxquels il peut légitimement prétendre » (C.E., 6 février 1925, Gouverneur général d'Algérie c/ Demouchy, Rec. p.121).

Toutefois, le contrat peut exclure toute indemnisation (C.E., 10 décembre 1982, Loiselot, req. n°22856), prévoir une indemnisation transactionnelle moindre que le montant du dommage, ou même une indemnisation supérieure à condition qu'elle ne soit pas disproportionnée et n'ait pas pour effet de dissuader l'administration d'exercer son droit de résiliation pour motif d'intérêt général (C.A.A. Versailles, plén., 7 mars 2006, commune de Draveil c/ société Via Net Works, n°04VE01381).

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

La faute du titulaire

Quant à la résiliation pour faute du titulaire. Elle peut prendre deux formes :

...↳ la résiliation simple qui n'ouvre droit à aucune indemnité pour le titulaire du marché, le maître d'ouvrage supportant les conséquences de cette résiliation ;

...↳ la résiliation aux frais et risques imposant au titulaire défaillant le surcoût engendré par la passation d'un marché de substitution pour achever les prestations faisant l'objet du marché aux termes de l'arrêt du Conseil d'État du 29 mai 1981, S.A. Roussey. Ainsi, le titulaire du contrat est dans l'obligation de réparer le préjudice supporté par la personne publique du fait de la non-exécution totale du marché.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS**Résiliation pour événements extérieurs au marché (résiliation de plein droit)****Incapacité civile ou physique du groupement**

Cette clause, si elle est à prévoir à l'instar de celle prévue dans le C.C.A.G. travaux a peu de chance d'être appliquée du fait de la nature du groupement, et le remplacement d'un membre défaillant sera à privilégier.

En cas d'incapacité civile ou physique du groupement, le représentant du maître d'ouvrage peut résilier le marché ou accepter sa continuation par les ayants droit ou le curateur. Un avenant de transfert est établi à cette fin. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date du décès ou de l'incapacité civile. Elle n'ouvre droit pour le groupement ou ses ayants droit à aucune indemnité.

Redressement judiciaire ou liquidation judiciaire

En cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L.622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du mandataire du groupement.

En cas de liquidation judiciaire du mandataire du groupement, le marché est résilié si, après mise en demeure du liquidateur,

dans les conditions prévues à l'article L.641-10 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du groupement.

La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'évènement.

Résiliation du fait du représentant du maître d'ouvrage**Pour ordre de service tardif**

Dans le cas où le marché prévoit que les études ou les travaux doivent commencer sur un ordre de service intervenant après la notification du marché, si cet ordre de service n'a pas été notifié dans le délai fixé par le marché suivant la notification du marché, le groupement peut :

...↳ soit proposer au représentant du maître d'ouvrage une nouvelle date de commencement de réalisation des prestations du marché ; les prestations sont alors exécutées aux conditions économiques du marché tel qu'il a été notifié ; si le représentant du maître d'ouvrage refuse la proposition du groupement, celui-ci peut demander par écrit la résiliation du marché ;

...↳ soit demander, par écrit, la résiliation du marché.

Pour motif d'intérêt général

Lorsque le représentant du maître d'ouvrage résilie le marché pour motif d'intérêt général, le groupement a droit à une indemnité de résiliation, obtenue en appliquant au montant initial hors taxes du marché, diminué du montant hors taxes non révisé des prestations reçues, un pourcentage fixé par les documents particuliers du marché ou, à défaut, de 5 % par exemple. Cette proposition de rédaction est faite par similitude avec les dispositions présentes dans le C.C.A.G. travaux.

Le groupement a droit, en outre, à être indemnisé de la part des frais et investissements, éventuellement engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, qui n'aurait pas été prise en compte dans le montant des prestations payées. Il lui incombe d'apporter toutes les justifications nécessaires à la fixation de cette partie de l'indemnité, dans un délai de quinze jours après la notification de la résiliation du marché.

Le groupement doit, à cet effet, présenter une demande écrite, dûment justifiée, dans le délai de deux mois compté à partir de la notification de la décision de résiliation.

FICHE 13

Clauses de résiliation (suite)

Résiliation pour faute du groupement ou de l'un des membres

Le représentant du maître d'ouvrage peut résilier le marché pour faute du groupement dans les cas suivants :

- le groupement a refusé de représenter ou de restituer des bâtiments, terrains, matériels, produits de construction, équipements et approvisionnements qui lui ont été confiés, ou il a dégradé ou utilisé de manière abusive ces bâtiments, terrains, matériels, objets et approvisionnements ;
- le groupement ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels. Dans ce cas, la résiliation du marché décidée peut être soit simple, soit aux frais et risques du groupement ;
- dans le cas où le marché prévoit un contrôle de prix de revient, le groupement a contrevenu à ses obligations ;
- le groupement a sous-traité en contrevenant aux dispositions législatives et réglementaires relatives à la sous-traitance, ou il ne respecte pas les obligations relatives aux sous-traitants ;
- le groupement n'a pas produit les attestations d'assurances ;
- le groupement déclare ne pas pouvoir exécuter ses engagements ;
- le groupement s'est livré, à l'occasion de l'exécution du marché, à des actes frauduleux ;
- le groupement ou le sous-traitant ne respecte pas les obligations relatives à la confidentialité, à la protection des données à caractère personnel, et à la sécurité ;
- postérieurement à la signature du marché, le groupement a fait l'objet d'une interdiction d'exercer toute profession industrielle ou commerciale ;
- postérieurement à la signature du marché, les renseignements ou documents produits par le groupement, à l'appui de sa candidature ou exigés préalablement à l'attribution du marché, s'avèrent inexacts ;
- résiliation pour défaillance de l'un des membres (ex. : pour faute il est possible de demander la résiliation de la part d'un cotraitant après accord du mandataire).



À RETENIR

Distinguer les cas de résiliation :

- de plein droit ;
- pour faute du titulaire ;
- du fait du maître d'ouvrage.

Définir les règles indemnitaires éventuelles dans les clauses du contrat.

FICHE 14

Le cas particulier de la conception-réalisation-maintenance

OBJECTIFS

La présente fiche a pour objectif de déterminer les différents types de marchés de conception-réalisation-maintenance et d'essayer de préciser l'intérêt que peut revêtir ce type de contrats.

Les marchés de conception-réalisation-maintenance présentent des particularités qu'il convient d'appréhender avant le lancement de la procédure de désignation du cocontractant. Il faut de ce fait maîtriser les caractéristiques de ces contrats afin de ne pas se tromper à la fois dans la procédure à mettre en œuvre pour la passation de ces contrats et dans les points essentiels à travailler pour mener à bien le projet.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Au sens de l'article L.6148-7 du code de la santé publique, ce type de contrat concerne les marchés pour lesquels le maître d'ouvrage souhaite confier *une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.*

Par simplification, ce type de contrat est appelé « marché de conception-réalisation-maintenance ».

Avant de décrire les marchés conception-réalisation-maintenance, il convient de rappeler que le principal intérêt de ces derniers consiste à maintenir les relations contractuelles avec le groupement de conception-réalisation-maintenance après la réception de l'ouvrage et l'année de parfait achèvement. Le but est donc, sans limiter l'effet de la réception dans la mise en place des garanties et assurances, de demander au groupement qui a conçu et construit, des performances sur le fonctionnement de l'ouvrage et de contractualiser avec ce dernier les coûts de maintenance.

Le premier travail consiste à définir avec précision le périmètre des missions confiées au cocontractant ainsi que la durée envisagée pour le contrat.

Lorsque le périmètre est défini avec précision, le maître d'ouvrage doit déterminer la procédure de passation du contrat en se posant la question de savoir si le contrat doit être passé sous la forme d'un appel d'offres restreint ou si la complexité est telle que la procédure de dialogue compétitif est envisageable.

Enfin, avant de lancer la procédure, il est nécessaire de mieux appréhender les impacts et les conséquences sur le contrat de

l'intégration d'une mission de maintenance dans le cadre d'un marché de conception-réalisation. À titre d'exemple, la problématique des points de départ des assurances alors que le contrat se poursuit après la réception devra être appréhendée par le maître d'ouvrage.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

La définition précise du périmètre du contrat et sa durée

Lorsqu'un maître d'ouvrage souhaite lancer un marché de conception-réalisation-maintenance, le premier point à clarifier concerne le périmètre des opérations de maintenance qu'il souhaite intégrer dans le contrat. Au-delà des mots qui n'ont pas forcément la même signification pour chacun, il convient de déterminer avec précision les prestations que le maître d'ouvrage souhaite confier par le biais du contrat unique au groupement lauréat.

S'agit-il d'un contrat dans lequel il est demandé, pendant les phases de conception et de réalisation, la prise en compte de la maintenance (par la rédaction d'avis d'un spécialiste de la maintenance au sein du groupement) et qui intègre quelques prestations de services (comme le nettoyage des sols ou la maintenance des ascenseurs par exemple) ? **(contrat de type 1)**

Ou s'agit-il d'un contrat plus global, au cours duquel le maître d'ouvrage souhaite que son cocontractant soit engagé sur des performances de conception-réalisation-maintenance depuis la réception jusqu'à la fin du contrat ? **(contrat de type 2)**

Ces deux types de contrats et toutes les variations intermédiaires envisageables peuvent s'appeler « contrats de conception-réalisation-maintenance ». Cependant, ils ne comprennent bien entendu pas du tout les mêmes engagements et les mêmes contraintes pour les parties. Il s'agit, pour chaque cas envisagé, de déterminer à la fois la pertinence du montage et du périmètre, la procédure la plus adaptée ainsi que les points spécifiques du contrat à traiter permettant de s'assurer de la pertinence des différents engagements.

Il est clair que les engagements sur les performances de conception-réalisation-maintenance sont à privilégier et que les contrats de type 2 sont préconisés.

La durée du contrat est un des autres paramètres impactant fortement les engagements contractuels et est très liée au périmètre du contrat.

Même si cela peut paraître évident, la durée du contrat de conception-réalisation-maintenance est la durée entre la notification du contrat et la fin de la phase maintenance. Cette durée est donc supérieure à la durée de la phase maintenance (elle comprend en plus la durée de la conception et de la réalisation).

Il est primordial que la mission du mainteneur débute dès la notification du contrat afin de bénéficier de ses avis et de sa valeur ajoutée pendant les phases de conception et de réalisation. Une des erreurs fréquemment constatées consiste à ne faire commencer les missions du mainteneur qu'au début de la phase maintenance. Si tel est le cas, le maître d'ouvrage perd tout l'impact positif que l'intervention du mainteneur en phase de conception et de réalisation peut lui procurer, notamment pour l'exploitation, la maintenance et les interventions ultérieures sur l'ouvrage.

Ce point pourra être vérifié (voire imposé) notamment en analysant la convention de groupement qu'il conviendra de demander pendant la mise en concurrence.

Dans un contrat de type 1 (cf. ci-dessus), la durée du contrat peut être assez courte, comme par exemple trois à quatre ans après la réception de l'ouvrage. Il ne s'agit pas d'un contrat global mais d'une simple facilité de gestion par le biais d'un contrat unique.

En revanche, dans un contrat de type 2 (cf. ci-dessus), le caractère primordial du contrat global et de la prise en compte du coût global sont essentiels sur la durée et de ce fait il peut être intéressant de définir une durée pouvant aller jusqu'à 10 ou 15 ans après la réception de l'ouvrage.

Les procédures envisageables pour la passation du contrat de conception-réalisation-maintenance

Au-dessus des seuils européens, les deux procédures principalement envisageables pour la passation d'un contrat de conception-réalisation-maintenance sont la procédure d'appel d'offres restreint et la procédure de dialogue compétitif.

Ces deux procédures, pour des raisons très différentes, ne doivent et ne peuvent pas être lancées sans réflexion préalable.

Le maître d'ouvrage n'a pas à justifier juridiquement son choix d'une procédure d'appel d'offres restreint puisqu'il s'agit de la procédure de droit commun.

En revanche, le maître d'ouvrage doit s'interroger sur la pertinence opérationnelle et technique de cette procédure pour passer convenablement le contrat qu'il souhaite mettre en place. En

effet, l'appel d'offres ne permet que très peu d'échanges avec les concurrents et si le périmètre du contrat prend en compte des prestations de maintenance importantes, il est difficilement envisageable, alors que le maître d'ouvrage ne connaît pas encore l'ouvrage à réaliser (puisque c'est aussi l'objet de l'appel d'offres) qu'il puisse en amont définir avec précision les niveaux de performances et de services qu'il souhaite contractualiser. À titre d'exemple, si dans le périmètre de maintenance du contrat, le maître d'ouvrage souhaite intégrer le lavage des vitres et qu'il ne connaît pas le nombre de façades vitrées ni le mode opératoire pour les nettoyer, il sera difficile, voire impossible, de définir à l'avance les niveaux de services et les performances associées. Ainsi, même si juridiquement l'appel d'offres est envisageable, le maître d'ouvrage devra se questionner très en amont (dès la rédaction du programme), sur le caractère opérationnel de cette procédure pour l'opération projetée.

La seconde procédure classiquement envisageable est la procédure de dialogue compétitif. Au sens de la directive européenne et du code des marchés publics, cette procédure ne peut être mise en œuvre que lorsque le marché est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

... le maître d'ouvrage n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

... le maître d'ouvrage n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Ainsi, il apparaît peu probable (même si chaque cas devra donner lieu à une analyse spécifique) que le maître d'ouvrage puisse utiliser le dialogue compétitif pour la passation d'un contrat de type 1 (voir ci-dessus).

À l'inverse, la passation des contrats de type 2 (voir ci-dessus) dont le périmètre de maintenance est conséquent et qui comprend une partie construction techniquement complexe (sous réserve de la démonstration spécifique de la complexité) pourra être envisagée en utilisant la procédure de dialogue compétitif.

Cette procédure, si elle est justifiée juridiquement, présente de nombreux intérêts et notamment la possibilité de discuter avec les candidats pendant la procédure de tous les aspects du contrat.

Pour être efficace, cette procédure devra être maîtrisée par le maître d'ouvrage (éviter plus de deux ou trois phases) et le programme devra définir avec précision les besoins et les performances attendues.

FICHE 14

Le cas particulier de la conception-réalisation-maintenance (suite)

Il est également à noter que le maître d'ouvrage, dans le cas d'une procédure de dialogue compétitif, devra s'interroger sur les montants des primes octroyées aux candidats non retenus, afin de rendre ces primes cohérentes avec le niveau de rendu demandé.

Les principaux impacts du périmètre du contrat sur les engagements contractuels des parties

La rédaction du programme fonctionnel détaillé devra bien entendu prendre en compte le périmètre envisagé et définir les performances associées en phase de conception-réalisation ainsi que celles à prendre en compte pendant la phase de maintenance. La rédaction du programme fonctionnel détaillé est également impactée par le type de procédure envisagée par le maître d'ouvrage.

Le programme fonctionnel détaillé devra définir avec précision les performances attendues.

Le système de pénalités associé à ces performances devra être intégré dans les clauses contractuelles. Une mise en cohérence des différents documents devra de ce fait être opérée afin d'obtenir un ensemble contractuel utilisable et pragmatique.

Il est recommandé en ce cas, de bien lier les performances du programme à ce système de pénalités.

Les performances contractualisées relatives à la période post-réception devront être finement analysées, notamment en ce qui concerne les performances de l'ouvrage sur le périmètre de maintenance non confié au cocontractant.

En ce qui concerne les tâches de gros entretien réparation (appelées souvent G.E.R.), il convient d'avoir une réflexion spécifique pour le contrat envisagé et d'apprécier l'intérêt ou non, de confier ce type de prestations dans le cadre d'un forfait lié à un marché de travaux.

Le périmètre du contrat génère également des réflexions sur le rôle du mainteneur tout au long du contrat. En effet, il conviendra pour la maîtrise d'ouvrage de déterminer le rôle qu'elle souhaite confier au mainteneur pendant les phases de conception et de réalisation. Un des rôles importants du mainteneur pendant les phases de conception et de réalisation réside dans la production d'avis sur les phases de conception et sur certaines phases de la construction. Il s'agit, par exemple, de formaliser par écrit, les avis du mainteneur sur les phases de niveaux A.P.D. et P.R.O. et

de les transmettre au maître d'ouvrage. On peut imaginer également que le mainteneur formule un avis écrit pendant les O.P.R., avis qui pourra servir au maître d'ouvrage pour prendre sa décision de réception.

Lors des discussions sur ces missions, il s'avère nécessaire d'aller dans les détails afin de déterminer par exemple si ces avis du mainteneur sont formulés sur le périmètre de maintenance confié au mainteneur ou si ces avis sont également (ce qui semble plus adapté aux besoins du maître d'ouvrage) émis sur le périmètre de maintenance que conservera l'établissement.

Un autre point impacté par le périmètre du contrat et notamment celui de la maintenance concerne la réception des travaux. En plus des problématiques traitées dans la fiche n°9 relative à la réception des travaux dans le cadre d'un contrat de conception-réalisation, le maître d'ouvrage devra s'attacher lors de la rédaction du contrat, à ce que la réception des travaux, alors même que le contrat se poursuit ensuite par la phase de maintenance, permette bien de déclencher le point de départ des garanties et assurances. Il devra également définir une procédure d'intervention du mainteneur, afin que la réalisation des tâches de maintenance contractualisées n'ait pas pour effet de supprimer les garanties et assurances acquises.

Enfin, une problématique essentielle d'un contrat de conception-réalisation-maintenance concerne le fait de savoir si les performances demandées pendant la phase maintenance concernent uniquement les engagements du mainteneur sur les prestations à réaliser (prestations de services par exemple) ou, et **c'est le véritable intérêt d'un marché global**, si les performances en phase maintenance concernent également les performances de l'ouvrage conçu et construit.

En d'autres termes et à titre d'exemple, pour les performances liées au chauffage, le contrat ne doit pas se contenter de pénaliser des délais d'intervention du mainteneur, mais doit aller plus loin par la mise en place d'un engagement global sur les performances de l'ouvrage prenant en compte la conception, la réalisation et la maintenance (si les températures ne sont pas obtenues, il ne s'agit pas de déterminer si le problème provient d'une erreur de conception, d'une mauvaise réalisation ou d'une maintenance non adaptée mais de réparer le problème pour obtenir la température convenue contractuellement).

Ce principe fondamental prenant en compte des objectifs ambitieux et des engagements réels sur la durée, devra être appréhendé très en amont afin que le maître d'ouvrage soit très clair sur ce qu'il souhaite contractualiser dans le cadre de la consultation.

À titre d'exemple, le maître d'ouvrage devra être vigilant lors du passage à la phase de maintenance, à ce que le concepteur et le réalisateur soient bien encore sous contrat avec le maître d'ouvrage et que de ce fait, ils aient, pendant la phase de maintenance, encore des missions à réaliser. Si, seul le mainteneur reste présent dans le contrat (et que les prestations et travaux du concepteur et constructeur sont terminées), il conviendra de s'assurer que le mainteneur accepte formellement l'ouvrage (par écrit) et de ce fait s'engage sur les performances de ce dernier.

Afin de vérifier les performances en phase maintenance, le maître d'ouvrage pourra se faire assister d'un conseil qui aura des missions de natures différentes que celles qu'à l'A.T.M.O. en phase de conception-réalisation. Pour autant, et si cela est prévu dans le contrat initial de l'A.T.M.O., il peut être opportun de mettre en place une tranche conditionnelle dans le marché de l'A.T.M.O. pour le suivi de la phase maintenance (ou pour une partie). Cette assistance consistera à suivre les indicateurs de performances prévus dans le contrat, à mettre en place des outils pratiques de suivi opérationnel et à aider le maître d'ouvrage pour le suivi du contrat.

Pour ce faire, il est utile de prévoir dès la livraison de l'ouvrage (et même avant si possible) des revues de projets mensuelles en phase maintenance, permettant dans un premier temps de se mettre d'accord sur les protocoles et les conditions des contrôles, puis, dans un second temps, de suivre dans le détail les performances de l'ouvrage afin d'obtenir un niveau de services conforme à la commande initiale.

Ce suivi doit permettre d'anticiper les mauvaises interprétations du contrat, de gérer les problèmes au plus vite et de mettre en place un suivi ainsi qu'une communication partagée des pénalités à mettre en œuvre.

Il est également prudent de s'inspirer des contrats de longue durée de type D.S.P. ou contrat de partenariat, et de demander au cocontractant de produire par exemple tous les six mois ou tous

les ans, un rapport d'activité permettant de mettre en lumière les différentes actions menées, les problèmes rencontrés, les solutions envisagées, les solutions mises en place et leur effet... Un exemple de trame de rapport semestriel ou annuel devra être annexé au contrat de conception-réalisation-maintenance.

Enfin, puisqu'il s'agit d'un contrat d'une durée assez longue, il convient dès la mise en concurrence de s'interroger sur les formules de révision qui s'appliqueront sur les différentes tâches de maintenance. Ces formules devront être adaptées aux tâches à exécuter et plusieurs types de formules pourront être mises en place selon les groupes de tâches au sein du même contrat. Il est recommandé de fixer les mêmes formules pour les différents candidats (dans la procédure de consultation) et d'insérer une partie fixe de 15 à 20 % au sein de ces formules.



À RETENIR

Le contrat de conception-réalisation-maintenance doit être un contrat engageant le groupement de conception-réalisation-maintenance sur des performances (contrat de type 2).

Il est essentiel de définir dès le programme le périmètre de maintenance envisagé.

L'engagement financier contractualisé sur la partie maintenance doit être pris en compte dans les budgets et doit être en cohérence avec la stratégie globale de maintenance de l'établissement.

Une cohérence entre les documents de programmation et les clauses du contrat est primordiale.

FICHE 15

Particularités du dialogue compétitif- Marchés à procédure adaptée et procédure négociée

OBJECTIFS

Conduire un dialogue dans un souci d'efficacité tant pour la personne publique que pour les candidats tout en maintenant les règles d'égalité de traitement face à la commande publique.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Les décrets n°2008-1334 du 17 décembre 2008 et n°2008-1355 du 19 décembre 2008 ont non seulement clairement étendu les marchés de conception-réalisation à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices mais ils ont également élargi le panel des outils en matière de passation de ces contrats en ouvrant la possibilité d'utiliser :

- ⇨ le dialogue compétitif ;
- ⇨ la procédure négociée avec mise en concurrence ;
- ⇨ la procédure adaptée.

En effet, jusqu'alors, la procédure unique décrite dans le code des marchés publics était celle de l'appel d'offres restreint avec dispositions particulières. Néanmoins, les dérogations apportées par le code de la santé publique permettaient déjà d'avoir recours au dialogue compétitif dans le cas d'un marché global (C.R.M.) sous réserve d'en démontrer la complexité.

La question se pose de la mise en œuvre pratique de la procédure retenue.

La procédure négociée avec mise en concurrence est une procédure formalisée pour laquelle le maître d'ouvrage est autorisé à négocier « les conditions du marché ». Elle se distingue de l'appel d'offres par cette faculté essentielle qu'est la négociation et du dialogue compétitif puisque d'une part la négociation a lieu après la remise de l'offre et d'autre part elle ne porte que sur les conditions du marché. En effet cette dernière procédure, détaillée ci-après, prévoit des discussions portant sur tous les aspects du contrat avant la remise des offres finales.

L'article 28 du code des marchés publics définit la procédure adaptée comme une procédure « dont les modalités sont librement fixées par le maître d'ouvrage en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. »

La procédure librement définie à l'article 10 du décret n° 2005-1742 est une procédure dont « les modalités sont librement définies par le maître d'ouvrage. »

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Le dialogue compétitif

La procédure du dialogue compétitif est une procédure nouvelle introduite dans le droit européen par l'article 29 de la directive n°2004/18/C.E. et dans le droit français par les articles 36 et 67 du code des marchés publics dès 2004 et les articles 38 à 40 du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 applicable aux pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics.

Il est rappelé que le recours à la procédure de dialogue compétitif est autorisé sous réserve de répondre aux trois conditions cumulatives suivantes :

- ⇨ les opérations visées sont celles de réhabilitation de bâtiments ;
- ⇨ le marché public est considéré comme complexe ;
- ⇨ des motifs d'ordre technique doivent rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur à l'établissement des études pour les maîtres d'ouvrage soumis à la loi M.O.P.

Le dialogue compétitif est différent d'une procédure négociée dans le sens où la maturation de la solution est progressive au fur et à mesure des discussions jusqu'à l'offre finale. La conception de l'ouvrage sera de plus en plus développée, perfectionnée, depuis une phase de remise d'une prestation d'un niveau proche de l'A.P.S. jusqu'au dimensionnement technique permettant la remise d'une offre engageante sur les aspects architecturaux, fonctionnels, techniques et économiques par les différents candidats. La solution s'affine grâce aux rencontres, questionnements et réflexions avec la personne publique. Il est important de prévoir un nombre adapté de phases de dialogue permettant de conduire à la solution finale dans un délai court.

L'organisation du dialogue n'est pas détaillée dans les textes réglementaires en dehors des spécifications de publications et d'achèvement de la procédure, aussi chaque personne publique définira les modalités pratiques et l'enchaînement des tâches. Une phase de dialogue entre les candidats peut s'organiser de la façon suivante :

- ⇨ les candidats reçoivent une invitation à participer au dialogue comprenant les documents de consultation, dossier communément appelé « dossier de dialogue » ;
- ⇨ les candidats élaborent une ou plusieurs solutions, communément appelées « propositions » ;
- ⇨ ils remettent ces propositions à la personne publique qui les analyse ;

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

... la personne publique transmet aux candidats des demandes de précisions sur leurs propositions afin de préparer la séance de dialogue ;

... la séance de dialogue, ou de discussions, permet un échange entre le candidat qui présente sa ou ses solutions et la personne publique qui l'interroge et *in fine* précise ses besoins et exigences ;

... la personne publique peut décider d'éliminer une ou plusieurs solutions si cette possibilité a été prévue dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

... il précise ensuite sa demande au travers d'un deuxième « dossier de dialogue » qui sera transmis aux candidats afin de redémarrer un « cycle » de discussions.

Contenu et délai de remise des propositions, nombre de phases de dialogue

L'objectif du dialogue est d'identifier la ou les solutions répondant aux besoins et exigences du maître d'ouvrage et de discuter de tous les aspects du marché. Il convient alors de prévoir une progression dans la demande de la personne publique aux candidats. En effet, avant de chiffrer le coût de l'ouvrage qu'il aura imaginé, le candidat commencera à le concevoir et à tracer sur plans les premières esquisses.

Les textes ne définissent pas le déroulement détaillé de la procédure, chaque maître d'ouvrage en fonction de la nature de son projet, de sa taille, de sa complexité, de ses impératifs de délais définira le nombre de phases et les modalités de dialogue.

En pratique un dialogue compétitif à une phase voire deux phases avant l'offre finale est suffisant pour que la personne publique discute de tous les aspects du marché. La personne publique pourra s'inspirer des éléments de mission de maîtrise d'œuvre définis dans la loi M.O.P. et notamment dans l'arrêté du 21 décembre 1993 pour imaginer la progression et les niveaux de rendu demandés.

La réglementation ne fixe pas de délai minimum pour établir les propositions pendant le dialogue. La personne publique devra les définir en tenant compte de la complexité du projet et du niveau de précisions qu'il souhaite pour le rendu.

Néanmoins, une procédure rapide permettra d'avoir des propositions de même qualité de la part des candidats et que l'ensemble des parties conservent un intérêt à recourir à cette procédure.

La durée des études est amont et d'une gestion difficile et coûteuse qui peut avoir pour conséquence d'empêcher certaines

entreprises de soumissionner au départ voire de démotiver les participants et les amener à abandonner le processus.

Il est très important d'organiser les phases en allant du général vers le particulier. La première phase de dialogue gagnera à être limitée à l'appréciation de la fonctionnalité générale et de l'architecture d'ensemble répondant au rendu d'une esquisse au sens des missions de maîtrise d'œuvre définies dans la loi M.O.P.

Séance de dialogue

En partant du principe que le maître d'ouvrage ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées par un candidat sans l'accord de celui-ci, il devient évident d'individualiser les séances de dialogue.

Celles-ci pourront s'organiser en deux temps, d'une part une présentation par le candidat de sa solution, d'autre part un échange entre les « partenaires » sur la base du questionnement de la personne publique préalablement transmis, et du questionnement des opérateurs économiques sur la compréhension du programme, voire des autres pièces du contrat.

La personne publique pourra créer une commission de dialogue qui sera l'émanation de la direction de projet et des rapporteurs des commissions techniques dont l'utilité reste identique à une procédure M.O.P. ou de conception-réalisation en appel d'offres.

Égalité/confidentialité

L'égalité de traitement des candidats et le respect du secret des affaires sont deux principes à respecter dans toute procédure.

Ainsi la personne publique devra fixer des règles en externe pour échanger avec les candidats et en interne, notamment aux personnes qui l'accompagneront dans la conduite de la procédure.

Le non respect de ce secret est susceptible d'engager la responsabilité du maître d'ouvrage.

Faute d'avoir obtenu l'assurance du strict respect de ces principes par la personne publique, les entreprises risquent de ne pas participer à ce type de procédure.

Le respect de l'égalité de traitement et du secret des affaires implique notamment que :

... aucune information susceptible d'avantager un candidat au détriment d'un autre ne doit être communiquée par la personne publique, les utilisateurs, les assistants. Tous les candidats doivent bénéficier du même niveau d'information ;

FICHE 15

Particularités du dialogue compétitif-Marchés à Procédure Adaptée et procédure négociée (suite)

⇨ pour la remise des solutions à chaque phase du dialogue et à l'offre finale, le degré de détail des documents à présenter, le délai pour élaborer les solutions, les délais et dates de convocation aux auditions et la durée des auditions sont les mêmes pour tous les candidats ;

⇨ la personne publique, les utilisateurs, les assistants ne peuvent révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat sans l'accord de ce dernier. La personne publique peut demander à toutes les personnes intervenant dans la procédure de signer un engagement de confidentialité ;

⇨ les candidats souhaitant poser une question doivent indiquer s'ils acceptent ou non que la réponse à la question soit transmise aux autres candidats. À défaut d'avoir donné cette indication ou en cas de refus, la personne publique se réserve la possibilité de ne pas répondre à la question posée.

La personne publique ne pourra faire de *cherry picking*, c'est-à-dire, picorer parmi les solutions des candidats afin de les transmettre aux autres participants. Il devra donc être vigilant aux précisions qu'il pourrait apporter au programme de l'opération au fur et à mesure du dialogue sachant que le programme ne pourra être modifié.

En effet dans sa décision « Commune de Castellar » du 4 avril 2005, req. n° 265784, relative à la procédure d'appel d'offres sur performances, le Conseil d'État a jugé que « si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé [pouvaient] être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne [pouvaient] porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles [pouvaient] seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ». Le programme peut être ajusté, précisé, dans la limite de modifications qui porteraient sur le périmètre du projet tel qu'il a été défini dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de consultation.

Élimination de solutions au cours du dialogue

La personne publique a la possibilité de réduire le nombre de solutions au cours du dialogue si elle l'a indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le formulaire standard européen n°2 pour les avis de marché prévoit cette information.

Cette élimination de solutions doit être réalisée en appliquant les critères d'attribution. Or les solutions ne sont pas complètement élaborées puisque le dialogue se veut être une procédure progressive permettant l'identification de la solution optimale. Il peut donc être difficile voire impossible d'appliquer l'ensemble des critères d'attribution sur des propositions « incomplètes ». Cette faculté d'élimination peut se révéler difficile à mettre en œuvre.

L'élimination d'une solution n'entraîne pas systématiquement l'élimination du candidat. En effet ni la directive européenne, ni sa transposition dans le droit français, n'interdit aux candidats de développer plusieurs solutions.

Enfin la faculté d'élimination devra trouver une limite dans le maintien d'une concurrence réelle entre opérateurs économiques en phase finale.

Offre finale

« Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le maître d'ouvrage en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue [...] », comme le précisent les articles 67 du code des marchés publics et 40 du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

Il n'y a pas de nouveau cahier des charges mais un dossier de consultation transmis aux candidats ayant participé à toutes les phases du dialogue, communément appelé « dossier de demande des offres finales », comprenant :

- ⇨ le règlement de consultation fixant les règles de remise des offres finales ;
- ⇨ le projet de marché ;
- ⇨ le programme fonctionnel de l'opération, définissant les besoins et performances à atteindre pour l'ouvrage ;
- ⇨ les prestations à remettre par les candidats constituant l'offre finale.

Le VI de l'article 67 du code des marchés publics et le III de l'article 40 du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixent à 15 jours le délai minimal de remise de l'offre finale. Ce délai est à compter du lendemain de l'envoi du dossier de demande des offres finales.

En pratique, ce délai doit être en adéquation avec l'importance du projet, le nombre de phases de dialogue ayant eu lieu, le niveau des rendus intermédiaires (les propositions) et le niveau des prestations demandées à l'appui de l'offre finale.

Le contenu de l'offre finale doit « comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour l'exécution du marché », il doit permettre au candidat de s'engager sur la conception, le coût et le délai de construction de l'ouvrage.

Procédure négociée

L'organisation de la négociation n'est pas détaillée dans les textes réglementaires, aussi chaque maître d'ouvrage définira les modalités pratiques et l'enchaînement des tâches. Une phase de négociation entre les candidats peut s'organiser de la façon suivante :

- ...✚ les candidats remettent leurs offres au maître d'ouvrage qui les analyse ;
- ...✚ le maître d'ouvrage transmet aux candidats des demandes de précisions sur leur offre afin de préparer la séance de négociation ;
- ...✚ la séance de négociation permet un échange entre le candidat qui présente son offre et le maître d'ouvrage qui l'interroge et *in fine* précise ses besoins et exigences ;
- ...✚ le maître d'ouvrage peut décider d'éliminer certains candidats si cette possibilité a été prévue dans l'avis d'appel public à la concurrence ;
- ...✚ le maître d'ouvrage précise ensuite sa demande au travers d'un complément de dossier de consultation qui sera transmis aux candidats afin de redémarrer un « cycle » de négociations et d'obtenir des propositions complémentaires.

Le contenu des négociations n'est pas défini par les textes réglementaires. Le maître d'ouvrage sait qu'il peut négocier les « conditions du marché ». Cette négociation ne peut :

- ...✚ porter sur l'objet du marché ;
- ...✚ modifier de manière substantielle les caractéristiques du marché ;
- ...✚ modifier de manière substantielle les conditions d'exécution du marché.

Ces négociations devront être conduites dans des conditions d'égalité de traitement des candidats et de respect du secret des affaires.

Procédure adaptée ou librement définie

La personne publique définira les modalités de sa procédure sans formalisme imposé par les textes réglementaires. Son organisation et son déroulement devront s'inscrire dans les principes fondamentaux de la commande publique :

- ...✚ liberté d'accès à la commande publique ;
- ...✚ égalité de traitement des candidats ;
- ...✚ transparence des procédures ;
- ...✚ confidentialité des informations confidentielles et des secrets techniques ou commerciaux ;
- ...✚ assurance d'une concurrence effective.



À RETENIR

Pour le dialogue :

- ...✚ échanges et discussions permettant de rendre le dialogue « partenarial » doivent être mis en place : le dialogue ne doit pas être vécu comme une succession de « concours » où chaque candidat subit une audition et où la discussion se résume à un interrogatoire ;
- ...✚ délai global court de la procédure : le dialogue ne doit pas s'éterniser, le risque étant que l'émulation initiale se transforme en lassitude et en études coûteuses pour les candidats ;
- ...✚ respect de la confidentialité des informations et du secret des affaires ;
- ...✚ indemnités des groupements adaptées en fonction des éléments de rendu demandés.

Pour la procédure négociée et adaptée, il doit être respecté :

- ...✚ liberté d'accès à la commande publique ;
- ...✚ égalité de traitement des candidats ;
- ...✚ transparence des procédures ;
- ...✚ confidentialité des informations et du secret des affaires ;
- ...✚ assurance une concurrence effective.

FICHE 16

Les autocontrôles, les contrôles internes, les contrôles externes et les contrôles extérieurs

OBJECTIFS

La passation et le suivi d'un contrat de conception-réalisation génèrent de nombreuses questions sur le type de contrôles que doit mettre en place le maître d'ouvrage et ceux qu'il doit demander au sein même du groupement de conception-réalisation. Le fait que le concepteur, habituellement chargé du contrôle des travaux en contrat séparés, soit groupé avec le ou les entrepreneurs, modifie grandement le type de contrôles à mettre en place et nécessite de la part du maître d'ouvrage une clarification des termes et une adaptation des pratiques.

ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE

Une opération menée sous la forme d'une conception-réalisation ou de conception-réalisation-maintenance reste complexe à mettre en place, souvent par ses aspects novateurs mais aussi par le fait qu'il convient de bien distinguer les rôles et obligations de chacun en termes de contrôles, tant au sein du groupement qu'au sein de l'organisation du maître d'ouvrage.

Afin de définir avec précision ces rôles et obligations et de les figer dans le cadre du contrat, il convient dans un premier temps de clarifier le sens des termes liés aux contrôles, de fixer un certain nombre d'éléments et de déterminer les documents dans lesquels les aspects liés aux contrôles doivent être rédigés.

Dans le domaine des contrôles au sens large, force est de constater que bon nombre d'éléments sont différents d'une opération menée en contrats séparés, notamment que dans le domaine du bâtiment, contrairement à celui des infrastructures, les différents types de contrôles sont souvent mal connus et de ce fait mal appréhendés.

ÉCLAIRAGES ET PRÉCONISATIONS

Les différents types de contrôles

Comme l'indique le titre de la présente fiche, il est possible de distinguer, pour une opération de construction menée sous la forme d'une conception-réalisation, au moins quatre types de contrôles différents :

- l'autocontrôle ;
- le contrôle interne ;
- le contrôle externe ;
- le contrôle extérieur.

L'autocontrôle

Il s'agit du contrôle que réalise l'acteur chargé de la tâche ou des travaux. Il existe donc des autocontrôles des entrepreneurs, des autocontrôles des concepteurs, du mainteneur...

Ces autocontrôles sont semblables aux autocontrôles réalisés dans le cadre d'une opération classique en contrats séparés.

Le minimum que l'on peut demander en termes d'autocontrôle concerne les autocontrôles réglementaires fixés dans les textes en vigueur.

Le contrôle interne

Il s'agit des contrôles réalisés en interne aux sociétés (ce n'est pas le contrôle interne au groupement). De ce fait, il s'agit des systèmes de contrôle mis en place à l'intérieur de chaque entreprise par des services spécialisés (par exemple « laboratoire », service qualité, service sécurité...). Ces systèmes de contrôle sont souvent décrits dans les Plans assurances qualité (P.A.Q.) des entreprises.

De même que pour le cas des autocontrôles, les entreprises devront au moins mettre en œuvre les contrôles internes prévus par la réglementation.

Le contrôle externe

Afin de bien comprendre le sens de ces contrôles, il faut clarifier le sens du mot « externe » : il s'agit des contrôles externes aux entreprises mais qui demeurent internes au groupement de conception-réalisation.

Ainsi, à titre d'exemple, les contrôles externes peuvent concerner les contrôles réalisés par l'architecte en phase travaux pour vérifier que le projet architectural est bien exécuté conformément aux engagements.

Dans le cas d'un marché de conception-réalisation-maintenance, les contrôles des phases de conception par le mainteneur peuvent être considérés comme des contrôles externes.

Ces différents contrôles sont très souvent présents dans la convention de groupement du concepteur-réalisateur notamment dans le chapitre décrivant les missions de chacun des membres de l'équipe.

Ils peuvent également faire l'objet d'une annexe spécifique relative aux systèmes de contrôle proposés par le groupement de conception-réalisation.

Le contrôle externe que pourra exercer le concepteur sur l'entrepreneur est très important pour le bon déroulement de l'opéra-

N.B.

Dans les différentes fiches, sauf mention spécifique contraire, les points évoqués pour une opération de conception-réalisation sont également valables pour une opération de conception-réalisation-maintenance.

Lorsqu'il est évoqué une opération de conception-réalisation-maintenance, il s'agit d'une opération dans laquelle le maître d'ouvrage confie une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

tion et sa réussite. Il convient de conserver en mémoire que ce contrôle externe sera étroitement lié à la mission qui sera confiée au concepteur et à l'organisation du groupement. Pour mémoire, dans une opération classique en contrats séparés ce type de contrôle est un contrôle extérieur et est organisé par le biais des missions Direction de l'exécution des travaux (D.E.T.) et Assistance aux opérations de réception (A.O.R.).

Le contrôle externe que pourra exercer le mandataire du groupement sur le concepteur sera également très important pour le bon déroulement de l'opération et devra être précisé dans le détail notamment au cours de phases de conception : s'agit-il simplement d'un rôle administratif de transmission en tant que mandataire ou existe-t-il réellement une valeur ajoutée et un contrôle des certains points identifiés ?

Le troisième contrôle externe concerne le contrôle que pourra exercer le mainteneur sur le concepteur et/ou sur l'entrepreneur dans le cadre d'un contrat de conception-réalisation-maintenance. Il pourra s'agir par exemple d'avis sur les phases de conception, de rapport lors des O.P.R....

Pour arriver à appréhender ces différents contrôles dès la mise en concurrence, il est recommandé de fixer pour certains contrôles les livrables imposés par le maître d'ouvrage et pour d'autres domaines, de demander l'organisation propre du groupement ainsi que les livrables proposés. Afin de faire jouer la concurrence sur ces organisations et d'obtenir des offres de qualité, il conviendra que le maître d'ouvrage prévoit des critères d'analyse des offres prenant en compte le type de contrôles proposés et leur adéquation aux besoins.

Le contrôle extérieur

Par définition, le contrôle extérieur concerne les contrôles mis en place par le maître d'ouvrage pour vérifier la bonne exécution des engagements contractuels. À ce titre, on peut au moins citer les contrôles réalisés par les services du maître d'ouvrage, les contrôles réalisés par l'A.T.M.O. et les contrôles réglementaires effectués par exemple par le contrôleur technique. Parmi ces contrôles extérieurs, il conviendra d'attacher une attention particulière à la rédaction et à la validation des protocoles d'essai.

La prise en compte des différents types de contrôles dans la gestion du projet

Lors de la mise en place des acteurs et notamment de l'élaboration du contrat de conception-réalisation, il est primordial d'avoir une vision globale des périmètres des missions de contrôle

de chacun et d'adapter ces périmètres en fonction des engagements contractuels des acteurs. Il est bien évident qu'il faut que le maître d'ouvrage mette en place des contrôles mais ces contrôles représentent parfois des montants très importants. Il convient donc d'avoir une vision globale des systèmes de contrôles et de réfléchir à ces systèmes de contrôle dès le début de l'opération et dès la mise en place des premiers acteurs.

Il est donc nécessaire de bien mettre en perspective les différentes obligations des différents acteurs (voir fiche n°6) et de mettre en place dès le début de l'opération un tableau de synthèse des différents contrôles. En effet, les missions confiées par exemple au contrôleur technique et à l'A.T.M.O. auront un impact fort sur le dimensionnement des contrôles externes à mettre en place au sein du groupement.

En ce qui concerne les différents contrôles réalisés à l'intérieur du groupement, il ne faudra pas se contenter d'un plan qualité qui indiquerait les différents contrôles envisagés. Il faut demander la description écrite de chaque contrôle envisagé. Ces contrôles doivent se traduire par la liste des livrables élaborés par le groupement et dont les dates de transmission doivent être contractualisées. À titre d'exemple, dans le cadre d'un contrat de conception-réalisation-maintenance, le contenu du rapport du mainteneur sur la première phase de conception doit être défini préalablement et la date de rendu de ce rapport fixée dans le contrat, signature du P.V. des O.P.R. et acceptation de l'ouvrage, avis écrit sur la réalisation des ouvrages...



À RETENIR

- ... Importance de connaître les définitions des différents types de contrôles ;
- ... Mise en cohérence des différentes missions de contrôles (A.T.M.O., C.T., Contrôles externes...);
- ... Obligation de s'assurer au moins des contrôles réglementaires et des contrôles contractuels ;
- ... Prévoir la traçabilité des essais et contrôles dans le D.O.E.

3

BIBLIOGRAPHIE

→ **Conception-réalisation pour le choix et la mise en œuvre**, M.A.I.N.H., juillet 2004

→ **Conception-réalisation, Recommandations pour le bon usage du processus**, Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, 2006

→ **Évaluation des premières opérations en conception-réalisation**, M.A.I.N.H., juillet 2007

→ **La Conception-réalisation**, Hervé LANNOY et Patrice NOVAT, éditions Le Moniteur, 2010

La présente note s'appuie en partie sur des éléments issus de l'ouvrage *La conception-réalisation* d'Hervé LANNOY et Patrice NOVAT, avec l'autorisation des auteurs. Elle le complète sur des points particuliers non traités dans la première version de cet ouvrage.

4 REMERCIEMENTS

Au-delà de la participation active des quatre représentants d'établissements sanitaires pratiquant la conception-réalisation et auteurs d'une tribune libre, nous avons tenu à interroger sur le document des représentants des différents acteurs de la procédure : architectes, bureaux d'études, assistants à maîtrise d'ouvrage, conseils en assurance, entreprises de construction, ainsi qu'un maître d'ouvrage hospitalier privé. Ces entretiens, très riches en discussions et en enseignements nous ont permis pour partie de faire évoluer ce présent guide. Nous tenons vivement à remercier l'ensemble de ces acteurs pour la qualité de leurs remarques et leur implication sur le sujet.

L'ANAP remercie l'ensemble des intervenants ayant permis la rédaction de ce guide, à savoir plus particulièrement :

Philippe MERRICHELLI, Centre hospitalier universitaire de Toulouse

Morad RAHAL, Centre hospitalier de Valenciennes

Jean-Jacques TANGUY, Centre hospitalier d'Évreux

Sandrine THULLIER, Hospices civils de Lyon

Les principaux rédacteurs de ce guide sont :

Hélène BRAJOU, NORTON ROSE

Patrice NOVAT, Société MUPY

Serge PIOLA, Cabinet Clément et associés

L'ANAP tient aussi à adresser ses remerciements aux personnes qui ont participé aux entretiens et qui ont pris de leur temps en rendant possible cette lecture contradictoire :

Alexandre BOUCHEZ, Groupe DUMEZ

Christian BOUGEARD, AIA

Nicolas CHABANNE, Architecte

Jérôme COURBEZ, Groupe EGIS

Hélène GASTINEAU, Société Protectas

Jérôme NOUZARÈDE, Groupe VEDICI

Didier RANVEL, Société Léon Grosse

Claude ROLLAND, Groupe Bouygues Construction

Jean-Luc ROSSO, Société SEGE

Marie Laurence RUDELIN, Chabannes et associés

5

GLOSSAIRE

- AMO**•Assistant à maîtrise d'ouvrage
- ATMO**•Assistant technique à maîtrise d'ouvrage
- BBC**•Bâtiment basse consommation
- BEH**•Bail emphytéotique hospitalier
- BET**•Bureau études techniques
- CCAG**•Cahier des clauses administratives générales
- CH**•Centre hospitalier
- CHU**•Centre hospitalier universitaire
- CMP**•Code des marchés publics
- CP**•Contrat de partenariat
- CR**•Conception-réalisation
- CRM**•Conception-réalisation-maintenance
- CSPS**•Coordonnateur sécurité protection santé
- DAJ**•Direction des affaires Juridiques du ministère de l'économie
- DGAS**•Direction générale de l'action sociale
- DO**•Dommage ouvrage
- EHPAD**•Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
- EPS**•Établissement public de santé
- ESMS**•Établissements et services médico-sociaux
- ESPIC**•Établissement de santé privé d'intérêt collectif
- GBF**•Garantie de bon fonctionnement
- GCS**•Groupement de coopération sanitaire
- GCSMS**•Groupement de coopération sanitaire et médico-social
- GD**•Garantie décennale
- GPA**•Garantie de parfait achèvement
- HQE**•Haute qualité environnementale
- MAINH**•Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier
- METP**•Marché d'entreprise de travaux publics
- MOA**•Maîtrise d'ouvrage
- MOE**•Maîtrise d'œuvre
- MOP**•Maîtrise d'ouvrage publique
- OPC**•Ordonnancement - Pilotage - Coordination
- PC**•Permis de construire
- PSE**•Prestations supplémentaires éventuelles
- SDO**•Surface dans œuvre
- SHOB**•Surface hors œuvre brute
- SHON**•Surface hors œuvre nette
- SIH**•Syndicat interhospitalier
- SP**•Surface de plancher
- SSI**•Service de sécurité incendie
- TDC**•Toutes dépenses confondues
- TRC**•Tous risques chantier
- VRD**•Voirie - Réseaux - Divers



Mentions légales

Financement : les contenus publiés par l'ANAP sont le résultat du travail de ses salariés et de sociétés de conseil dont les prestations sont exécutées dans le cadre de marchés publics et financées par le budget de l'ANAP.

Conflits d'intérêts : les contenus et conclusions de l'ANAP sont indépendants de toute relation commerciale. L'ANAP n'approuve ni ne recommande aucun produit, procédé ou service commercial particulier.

Usage : l'ANAP garantit la validité des informations à la date de leur publication. Les contenus sujets à évolution particulière sont susceptibles d'être actualisés.

Propriété intellectuelle : les contenus sont la propriété intellectuelle de l'ANAP. Toute utilisation à caractère commercial est formellement interdite. Toute utilisation ou reproduction même partielle doit mentionner impérativement : « Rédiger un marché de conception-réalisation – Démarches et pratiques organisationnelles © ANAP 2012 » et respecter l'intégrité du contenu.



Conception et réalisation : www.pixelis.fr - juin 2012

Secrétaire de rédaction : Fanny LENTZ

Crédit photos : ANAP

Imprimé par CARACTÈRE, imprimerie certifiée Iso 14001, sur du papier PEFC.

La procédure de conception-réalisation est couramment utilisée dans les établissements publics de santé et s'est imposée au fil des opérations comme une alternative possible à la procédure classique, dite loi M.O.P.

Ce guide, destiné principalement aux décideurs des secteurs sanitaire et médico-social, se veut essentiellement pratique et a pour objectif de faciliter la rédaction de ces marchés de conception-réalisation et de conception-réalisation-maintenance.

1

**DES
ÉTABLISSEMENTS
TRANSFORMÉS**

2

**DES PROCESSUS
DE PRODUCTION
EFFICIENTS**

3

**DES PARCOURS
DE PERSONNES
OPTIMISÉS**

4

**DES RESSOURCES
HUMAINES
VALORISÉES**

5

**DES INVESTISSEMENTS
EFFICACES**

6

**UNE CULTURE
PARTAGÉE
DE LA
PERFORMANCE**

Ce document
s'inscrit
dans le cadre
du levier n°5,
« Des investissements
efficaces »