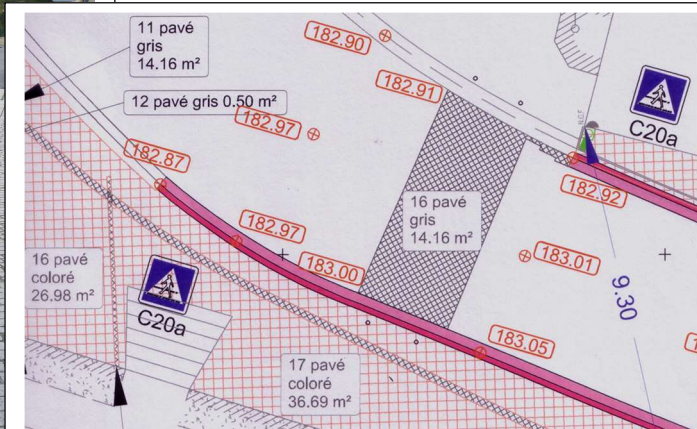


Retours d'expériences et commentaires portant sur l'activité de rapporteur au Comité Consultatif Interrégional de Règlement Amiable des Marchés Publics

CCIRA de Bordeaux

Version N°2 - Novembre 2021

(Mise à jour de la version N°1 d'avril 2018)



SOMMAIRE (Pages 1 à 30)

I - Préambule (Page 3)

- Profil de l'auteur
- Expérience se rapportant au sujet
- Généralités

II - Sujets transversaux : (Page 5)

- Les missions du maître d'œuvre.
- Le contrat ou le marché de maîtrise d'œuvre
- La dévolution des travaux.
- Commentaires

III - Nature des litiges les plus fréquemment rencontrés : (Page 9)

Volet administratif :

- La mise au point du marché
- L'interprétation des articles du CCAP et du CCAG
- La nature des prix

Volet technique, conduite des travaux :

- Les dégagements d'emprise.
- Les réunions hebdomadaires
- Le planning détaillé d'exécution.
- La surveillance de l'exécution des travaux
- L'article 12 du CCAG
- Le décompte des intempéries.
-

IV - Particularités de certaines demandes de surcoûts : (Page 19)

V - Méthodologie de la démarche du rapporteur : (Page 23)

VI - Analyse des litiges : Sur le droit ou sur l'équité ? (Page 25)

VII - Quels enseignements le rapporteur peut-il tirer de l'étude de ces dossiers ? (Page 26)

VIII - Le fonctionnement du CCIRA de Bordeaux. (Pages 28 à 30)

I - Préambule :

Le présent document a pour but de commenter l'étude de 30 dossiers de litiges de marchés publics, dont la quasi-totalité porte le bâtiment et les travaux publics.

Les commentaires portent sur des litiges dont les pièces administratives font références aux CCAG successifs de 1976 et 2009. De ce fait, ils ne tiennent pas compte des évolutions du CCAG intervenues en 2021.

(Par Christian FALLIÉRO, rapporteur au CCIRA depuis 2010)

* * *

Profil de l'auteur :



Cadre technique retraité de la fonction publique d'État, (Plus de 40 années de pratique continue de la commande publique, des marchés publics et de leurs exécutions. (Rédaction de marchés : pièces dessinées et écrites, analyse des offres, rapports de présentations, maîtrise d'œuvre, constatations, animation des réunions de chantier, suivi technique, administratif et financier des opérations).

Expérience professionnelle se rapportant au sujet :

- Maître d'œuvre de chantiers courants à dominante routière et d'aménagements publics. (Au profit de l'État, des départements, des communes et de leurs groupements)
- Maître d'œuvre de très importants marchés de fournitures. (Matériels TP, matériaux routiers)
- Délégué du Maître d'œuvre sur chantier concernant des travaux routiers de grandes infrastructures (Voie express devenue A 64, contournement de ville, très nombreux ouvrages d'art...)
- Chef d'entreprise parapublique travaillant pour les collectivités au devis (Principaux moyens : 50 opérateurs de T.P, 3 niveleuses, une usine de fabrication d'émulsion, de réchauffage de liants et fabrication d'enrobés à froid, 2 trains de répandage de liant, 4 pelles hydrauliques, 3 chargeuses, un pousseur, une centrale de traitement de graves hydrauliques en continu, une vingtaine de camions de 20 à 35 tonnes, soit environ 60 unités de gros matériel)
- Conducteur d'opération : Bâtiments publics.
- Assistant à Maîtres d'Ouvrages et aide technique à la gestion communale.

- Animateur de plusieurs centaines de réunions de chantier dans le cadre de marchés de travaux. (Y compris rédaction des compte rendus)
- Vécu d'un **très important** litige de TP, découlant d'une étonnante stratégie d'entreprise. (Entreprise non gagnante au final, grâce à la rigueur du maître d'œuvre et de son équipe)
- Maître d'ouvrage communal en tant que Maire rural (Nombreux chantiers de petite et moyenne importance) et Vice-Président communautaire. (Création totale d'un système d'assainissement intercommunal) y compris station d'épuration.

Généralités :

L'expérience principale du rapporteur en tant que maîtrise d'œuvre a été acquise dans le cadre des modes opératoires de l'État, c'est-à-dire :

- Formation en continu des intervenants, via les réseaux des ex-DDE.
- Supervisions centralisées de toutes les opérations du déroulement du marché ne tolérant aucune dérive.
- Assistance de la commission centralisée des marchés publics.
- Contrôles hiérarchiques internes.
- Inspection générale périodique portant sur le déroulement des marchés. (Regard très rigoureux des inspecteurs généraux, très expérimentés dans le domaine)

Ainsi, les commentaires ci-après sont fortement (Peut-être trop !) inspirés par cette expérience, sachant que - selon le rapporteur - si les modes opératoires ci-dessus avaient été utilisés dans les 30 dossiers étudiés, il y aurait certainement eu moins de recours !

Le mode choisi pour les commentaires qui suivent est volontairement celui du « langage courant », avec toutefois l'usage de la terminologie des marchés publics.

Il va de soi qu'il s'agit seulement de réflexions personnelles, n'ayant donc pas vocation à être érigées en références, mais cependant utiles pour comprendre la diversité des origines des litiges instruits dans le cadre de la mission de rapporteur au CCIRA.

Depuis l'avènement des logiciels de montage des marchés publics, il apparaît une cohérence d'un dossier à un autre au niveau des pièces écrites. (Avec cependant « les coquilles » traditionnelles issues de la méthode « copié/collé »)

Toutefois, ce système n'a pas remplacé les précisions qui figuraient auparavant sur les dossiers rédigés « manuellement » par les bureaux d'études de l'Etat. Ces dossiers, soumis à ce qui ressemblait à priori à une overdose de contrôles, était en fait une haute garantie de qualité. (Et surtout d'uniformisation sur l'ensemble du pays)

Tous les intervenants de la MOE étaient placés sous l'autorité d'un chef de service, service qui disposait en son sein - ou à proximité - de toutes les compétences. Rien n'était sous-traité, même pas les reprographiques. Les premiers appels à prestations extérieures furent celles des géomètres au niveau des levés généraux avant travaux.

Ceci ne signifie pas que les dossiers actuels, le plus souvent établis par des maîtres d'œuvre privés ne sont pas corrects, bien au contraire, mais le nombre d'intervenants entraîne souvent des incohérences notamment entre les pièces écrites (CCTP) et les documents dessinés.

Dans les dossiers de litige étudiés par le rapporteur, il est souvent apparu des insuffisances techniques qui compliquent ensuite l'établissement des dessins d'exécution par les entreprises. Cela allonge la durée de remise des dessins d'exécution et ensuite celle de la validation par le maître d'œuvre. Cela pouvant donner naissance aux premiers litiges.

En outre, moins le dossier de consultation est précis, plus il y a de risques de décalage du planning, d'établissement de prix nouveaux, d'avenants et d'augmentation dans la masse.

Il semble que les dossiers supervisés par un conducteur d'opération soient mieux élaborés notamment au niveau des pièces écrites.

II - Sujets transversaux :

Les missions du maître d'œuvre : (MOE)

Préambule :

La plupart des collectivités publiques disposent de leurs propres services techniques. Suivant la structure et les missions de ces services, elles peuvent choisir d'assurer elles-mêmes les études et la maîtrise d'œuvre opérationnelle (Travaux) de leurs marchés publics. Dans ce cas le maître d'œuvre est généralement le directeur des ST.

Le MOA doit alors « officialiser » le rôle de son MOE par ordre de service (O.S.), afin que le titulaire du marché puisse l'identifier à ce titre. Dans ce cas, et seulement pour sa mission le MOE n'a pas de supérieur hiérarchique. Il doit donc considérer « son employeur » comme un donneur d'ordre. Ainsi, le MOE désigné intervient sous sa propre responsabilité.

Sur les litiges faisant l'objet des présents retours d'expérience, cette situation n'a été que peu rencontrée.

Il est à noter qu'il peut y avoir une situation mixte, lorsque les études ont été réalisées par un bureau d'étude privé (MOE conceptuelle) et que le suivi du déroulement des travaux. (MOE opérationnelle) est assuré par les services techniques de la collectivité. L'inverse est moins fréquent.

Ceci étant dit, la plupart des litiges soumis à l'avis du CCIRA concernent des marchés pour lesquels, le maître d'ouvrage public a fait le choix de confier la maîtrise d'œuvre (études et travaux) à un prestataire privé, notamment pour les chantiers importants.

La relation entre ce MOE et le MOA fait l'objet d'un marché préalable (ou d'un contrat de maîtrise d'œuvre) qui définit globalement « la commande » et les prérogatives et responsabilités respectives des co-contractants (MOA et MOE).

Le contrat (ou le marché) de maîtrise d'œuvre privée :

Sa lecture par le rapporteur permet de prendre connaissance du détail des missions contractuelles du maître d'œuvre :

- **Au stade conceptuel**, c'est-à-dire dès l'engagement d'une opération ou d'un projet isolé. Les missions sont dues par le MOE au seul maître d'ouvrage (Études générales, établissement du dossier de consultation des entreprises, analyse des offres...)
- **Au stade opérationnel**, c'est-à-dire dès la notification du (des) marché (s) par le maître d'ouvrage : (Conduite des travaux de l'entreprise par le MOE, sous le contrôle et la responsabilité du MOA)
Le premier acte du MOE envers le titulaire du marché est la rédaction de l'Ordre de Service de démarrage des travaux, notifié ensuite soit par le MOA ou le plus souvent par le MOE, suivant les dispositions correspondantes du CCAP.

La dévolution des travaux :

Le rapporteur (que je suis) demande quasiment chaque fois au maître d'ouvrage (de façon courtoise et sans l'y obliger) le rapport de présentation établi par le MOE, faisant suite à l'analyse des offres. Cette pièce est intéressante car elle permet par exemple :

- Dans certains cas de connaître l'estimation de l'opération.
- De connaître la hiérarchie des offres par application du règlement de consultation. Cela permet également dans certains cas de voir si les suppléments demandés au CCIRA sont de nature à bouleverser le classement des offres.
- De voir le nombre d'offres retenues.
- De voir si le marché fait suite à un AO infructueux.

L'expérience montre qu'il est toujours utile de connaître « la préhistoire » du marché en litige et surtout comment il se situe dans l'ensemble de l'opération.

Le fait que ce document soit en possession du rapporteur, « adoucit » quelques fois certaines argumentations des maître d'œuvre et maître d'ouvrage, lorsque les entretiens ne permettent pas d'aplanir les désaccords !

Commentaires : (Portant sur des cas rencontrés)

Sur la plupart des dossiers étudiés, les contrats de MOE **privée**, ne différencient pas toujours avec une exactitude suffisante, le rôle du MOE :

- D'une part **au stade conceptuel** (Etudes et préparation de la consultation)
- Et d'autre part **au stade opérationnel**, c'est-à-dire celui qui suit la dévolution des travaux.

Cela notamment en ce qui concerne les éléments techniques et administratifs contenus dans le DCE, lesquels devraient être « suffisamment précis », afin que le titulaire du marché

puisse effectuer (Dès la notification de l'OS de démarrage des travaux) la préparation des études d'exécution et autres pièces à soumettre au MOE, dans les délais calendaires fixés au DCE.

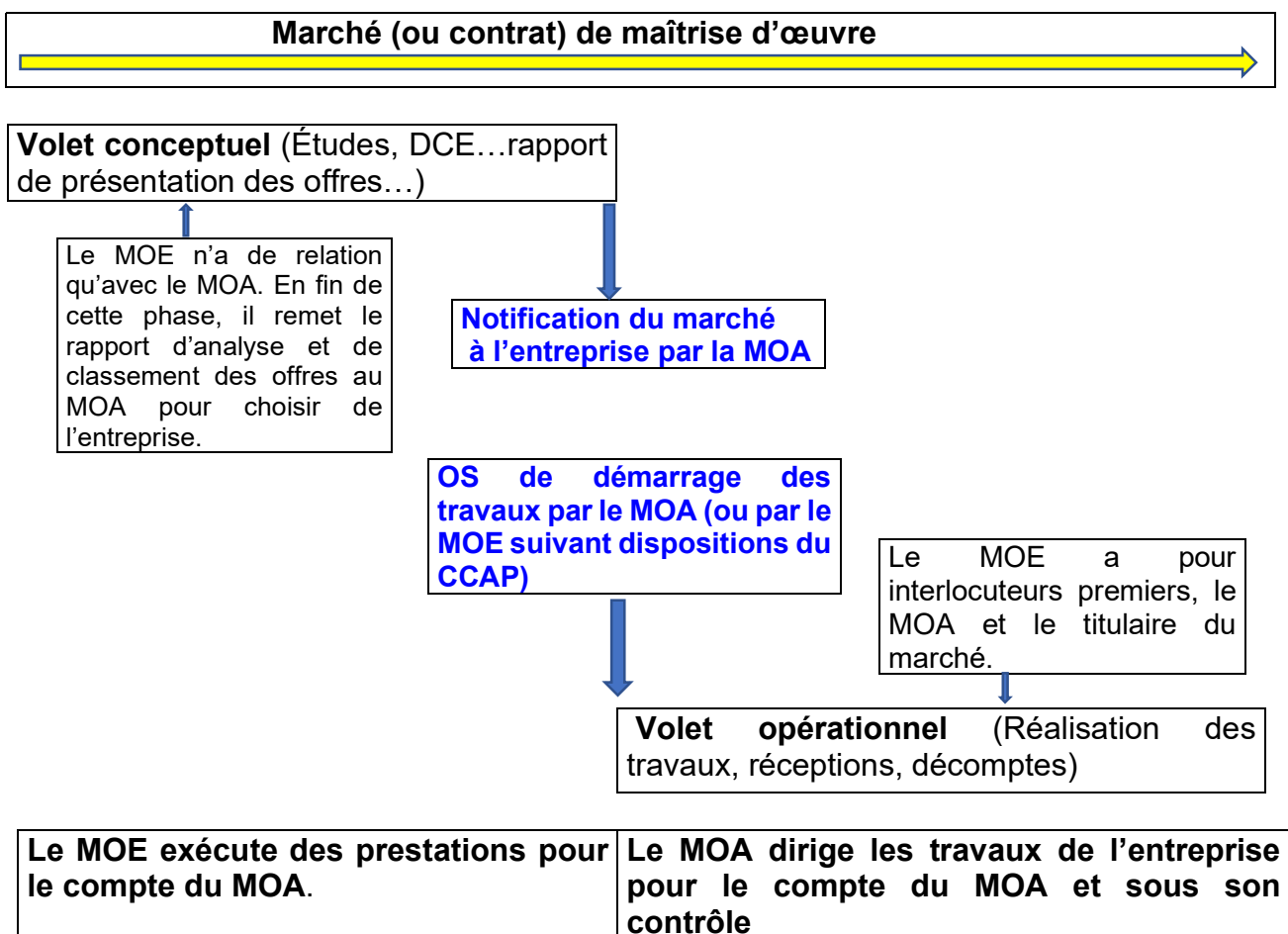
Il faut dire que ces imprécisions ne sont pas toujours aisées à déceler par les soumissionnaires au moment de la consultation, lesquels n'ont pas connaissance du contenu de ce contrat, mais seulement de ce qui en est transcrit sur le Cahier des Clauses Administratives Particulières. (CCAP).

Cependant, ces imprécisions peuvent ensuite générer des litiges notamment lorsque **dans le cas de certains ouvrages compliqués, les études d'exécution (EXE) sont à la charge du MOE.**

Dans ces cas, et **en toute logique**, les études EXE dues par le MOE au titre du marché de MOE devraient :

- Soit être remises au titulaire du marché par le maître d'ouvrage au moment de la notification du marché,
- Ou le cas échéant dans un délai contractuellement convenu pris en compte dans la fixation de la période de préparation et conditionnant de ce fait les phases du calendrier d'exécution à venir.

Ci-après, une présentation synoptique faisant apparaître les positionnements du maître d'œuvre avant et après le démarrage des travaux



Plusieurs litiges ont pris naissance dès le début des travaux, donc après la notification du marché et de l'OS de démarrage, l'entreprise reprochant le plus souvent au MOA que l'incomplétude du DCE (Selon elle) ne lui permettait pas de produire la totalité des études d'exécution et autres plans d'atelier de chantier, ou plans de coffrages.

La question qui se pose toujours dans ce cas au rapporteur est la suivante :

- Ce qu'affirme l'entreprise est-il vraiment exact, et si oui, qui est en responsable : Le maître d'ouvrage qui a agréé la prestation (supposée incomplète) de maîtrise d'œuvre due au niveau du volet opérationnel, ou le maître d'œuvre ?

Selon l'auteur des présents retours d'expérience, **il va de soi que la notification d'un marché ne permettant pas à l'entreprise d'agir, est de la responsabilité du maître d'ouvrage** (1), faut-il encore que les affirmations du titulaire du marché soient réalistes.

(1) Charge à lui de se retourner contre son MO conceptuel)

L'expérience montre que dans les cas de prévision de réalisation de tout ou partie des études EXE par le titulaire du marché, le démarrage réel des travaux prend toujours beaucoup plus de temps que ce qui est prévu dans le planning prévisionnel du DCE.

Il en résulte souvent des litiges portant dès le départ sur les allongements des durées prévisibles d'exécution du DCE, avec répercussion sur les plannings opérationnels.

Au titre des présents retours d'expériences, le regard sur la majorité des dossiers traités, montre qu'il est souvent difficile d'identifier les responsables de ces décalages, décalages pour lesquels l'entreprise prétend toujours subir des charges supplémentaires n'étant pas (selon elle) de son fait.

Lorsqu'elle sollicite des demandes d'indemnisation à ce titre, l'entreprise est donc dans son rôle, puisque le Cahier des Clauses Administratives Générales lui ouvre cette possibilité.

Il est souvent constaté par ailleurs que les missions du MOE définies sur le contrat qui le lie au MOA, ne sont pas totalement en cohérence avec celles figurant ensuite sur le CCAP. (Pièce contractuelle du marché entre le MOA et le titulaire du marché).

En outre, il arrive souvent que le bureau d'études structures ayant participé aux études en sous-traitance du MOE (Phase conceptuelle), soit ensuite sollicité par le titulaire du marché pour intervenir sur les études d'exécution.

Cela présente un avantage pour tous, mais en situation de litiges, cela rend difficile les recherches de responsabilités.

Sur cette première phase du déroulement du marché, les juristes des entreprises prétextent souvent des fautes des MOA et des MOE, en « mettant une loupe » sur certains points ambigus ou incomplets des pièces écrites du marché...mais elles oublient toujours qu'elles ont signé le marché, ce qui les engage - au même titre que le MOA- sur son contenu tel qu'il est ! (Voir ci-après le § « Mise au point du marché »)

De ce fait, les réactions d'entreprises critiquant le contenu du marché après l'avoir signé (1), perdent tous leurs sens, ce qui n'empêche pas le titulaire du marché à faire ensuite valoir ses droits au titre du CCAG, dont le contenu n'est en aucun cas contestable.

(1) Signer un marché est un « acte d'engagement » comme l'indique très justement le qualificatif de la pièce la plus contractuelle du marché.

Ce qui précède justifie l'intérêt pour le rapporteur de consulter le marché de maîtrise d'œuvre, de vérifier si les dispositions du CCAP sont en cohérence et bien entendu de bien différencier les rôles conceptuel et opérationnel du MOE, lors des recherches de responsabilités.

III - Nature des litiges les plus fréquemment rencontrés

Volet administratif

La mise au point du marché :

Cette étape est malheureusement « quasi-tout-le-temps » omise ou négligée. Pour l'anecdote c'est seulement sur le dix-neuvième litige fin 2017, que cette phase était **très clairement évoquée**, via une annexe de l'Acte d'Engagement.

La mise au point du marché peut atténuer des insuffisances au niveau de l'Acte d'Engagement (Postes non renseignés), des incohérences entre le CCAP et les pièces techniques ainsi que des erreurs de frappe ne présentant pas d'ambiguïté.

Bien que cette mise au point ne puisse modifier le classement des offres, l'expérience montre qu'à ce stade, un regard approfondi peut conduire à apporter des précisions évitant la survenue ultérieure de litiges.

L'interprétation du CCAP et du CCAG :

Les CCAP sont dans l'ensemble bien structurés. Cependant les maîtres d'ouvrages ont de plus en plus tendance à se protéger en renvoyant trop de responsabilités à l'entreprise. L'horrible vocable « Toutes sujétions comprises » est une arme trop facile souvent utilisée par les maîtres d'ouvrages pour se prémunir de demandes de suppléments.

Néanmoins, il apparaît souvent que ce mode opératoire peut se retourner contre lui, surtout lorsque la définition technique du prix est insuffisante et non cohérente avec le CCTP et les documents dessinés.

C'est le plus souvent le cas en ce qui concerne les prix forfaitaires, la DPGF n'étant le plus souvent qu'un simple détail estimatif (Donc non-conforme aux dispositions du CCAG), totalement inutilisable en cas de litige portant sur le contenu du prix.

Pour avoir eu le CCAG de 1976 toujours « à portée de main » et y avoir toujours trouvé solution à chaque problème (J'ai toujours estimé que ce livret était « une œuvre de maître » !), je n'ai finalement pas été surpris que la version de 2009 ait conservé les points fondamentaux.

Le CCAP (qui se dénommait auparavant CPS : Cahier des Prescriptions Spéciales) permet certes de déroger au CCAG pour adapter le projet au contexte ou à la spécificité du dossier. Cependant, certains maîtres d'ouvrages le durcissent à leur profit en « musclant » par exemple de façon trop facile le nombre et le montant des pénalités, tout en négligeant les primes pourtant rendues possibles par le CCAG.

Durcir les pénalités et simultanément ignorer les primes peut être regardé comme un irrespect envers le titulaire du marché, sachant que le CCAG n'a pas été rédigé pour offrir une prépondérance de l'un des cocontractants sur l'autre !

Déroger trop largement au CCAG pour faciliter le travail du maître d'œuvre opérationnel peut conduire à dénaturer ce précieux document, et au bout du compte, offrir des arguments au titulaire du marché en cas de litige.

Le rapporteur en veut pour exemple un dossier de bâtiment pour lequel le CCAP intégrait 61 dérogations au CCAG ! (Attention : Plus l'on déroge, moins il y a de jurisprudence concernant des litiges se rapportant à ces modifications)

L'avocat de l'entreprise a parfaitement su utiliser cet excès de dérogations à son profit.

La nature des prix :

Le CCAG (Travaux) ne fait pas la différence entre les travaux généraux de génie civil et ceux du bâtiment. De ce fait, le maître d'œuvre a le choix entre l'usage des prix unitaires ou celui des prix forfaitaires.

Par logique, puis certainement par tradition, les prix forfaitaires sont utilisés pour les projets de bâtiment, en raison du fait qu'il s'agit le plus souvent de volumes et de superficies dont la géométrie de l'étude correspond le plus souvent à celle des travaux. (Exécution conforme).

Quant aux prix unitaires, ils étaient réservés aux travaux publics routiers notamment, ce qui n'empêchait pas de constater des exécutions conformes, notamment pour les terrassements.

Le CCAG ne semble pas évoquer la solution mixte, il ne l'interdit pas clairement, mais on peut penser qu'elle est possible dès lors qu'elle serait expressément décrite sur le marché. (AE et CCAP)

Les prix unitaires :

L'expérience de pratique des marchés publics montre qu'ils ont des vertus, car :

- Le DCE contient notamment un avant-métré (ou sa synthèse) qui sous-détaille les surfaces, volumes, poids ou unités (Quantités) lesquels sont ensuite transcrits sur chacun des postes du bordereau des prix unitaires.
- Le Bordereau des prix unitaires - s'il est bien établi - détaille tout ce que contient le prix (Tous les sous-postes en rapport avec le CCTP et les documents dessinés) et **laisse donc une faible marge aux sujétions.**
- Le MOE peut demander dès la notification du marché un sous-détail des prix (Tout au moins pour les principaux) lequel sera fort utile, voire indispensable en cas de modification pour établir (rapidement et par analogie) soit les prix nouveaux provisoires, soit des réfections.
- Il permet d'approcher au mieux les valeurs dues au titre des situations mensuelles et cela sur la base de constatations contradictoires.
- En cas de variation des quantités en plus ou en moins ne modifiant que faiblement le montant du marché, une décision de poursuivre était plus aisée à établir qu'un avenant, mais cette possibilité n'est plus permise par le CCAG 2009, ce qui paraît logique.

Toutefois, il se dit que les prix unitaires ont des inconvénients, surtout pour le maître d'œuvre, car ils impliquent la réalisation de constats permanents, d'où une difficulté de

maîtrise des travaux en cas de non présence permanente d'un représentant habilité du MOE sur chantier.

Les prix forfaitaires :

- Ils facilitent le montage du DCE et du marché.
- Mais contrairement à ce qu'estiment souvent ceux qui les préconisent de façon systématique, **ils ne protègent pas des réclamations**, générées le plus souvent par une lecture difficile des dispositions techniques et par une insuffisance (trop fréquente) au niveau de la décomposition globale des prix forfaitaires.

Volet technique et conduite des travaux

Conduite des travaux : 1 - Les dégagements d'emprise

Ce point qui pose généralement des problèmes, a souvent les mêmes origines. Pour des raisons qui sont les siennes, le maître d'ouvrage fixe presque toujours les dates de démarrage des travaux...voire même de l'inauguration !

Les retards (fréquents) découlent souvent de la mise en place du financement et des études. Il s'agit quelques fois des décalages calendaires suite à des appels d'offres infructueux. Tout cela précipite ensuite la notification du marché et l'ordre de service de démarrer les travaux.

Ainsi, cette phase qui a presque toujours lieu dans l'urgence, voire l'extrême urgence est souvent génératrice des premiers litiges.

Dès lors, c'est souvent la libération des emprises comprenant la recherche des réseaux enterrés et leur dévoiement qui pâtit de cet empressement.

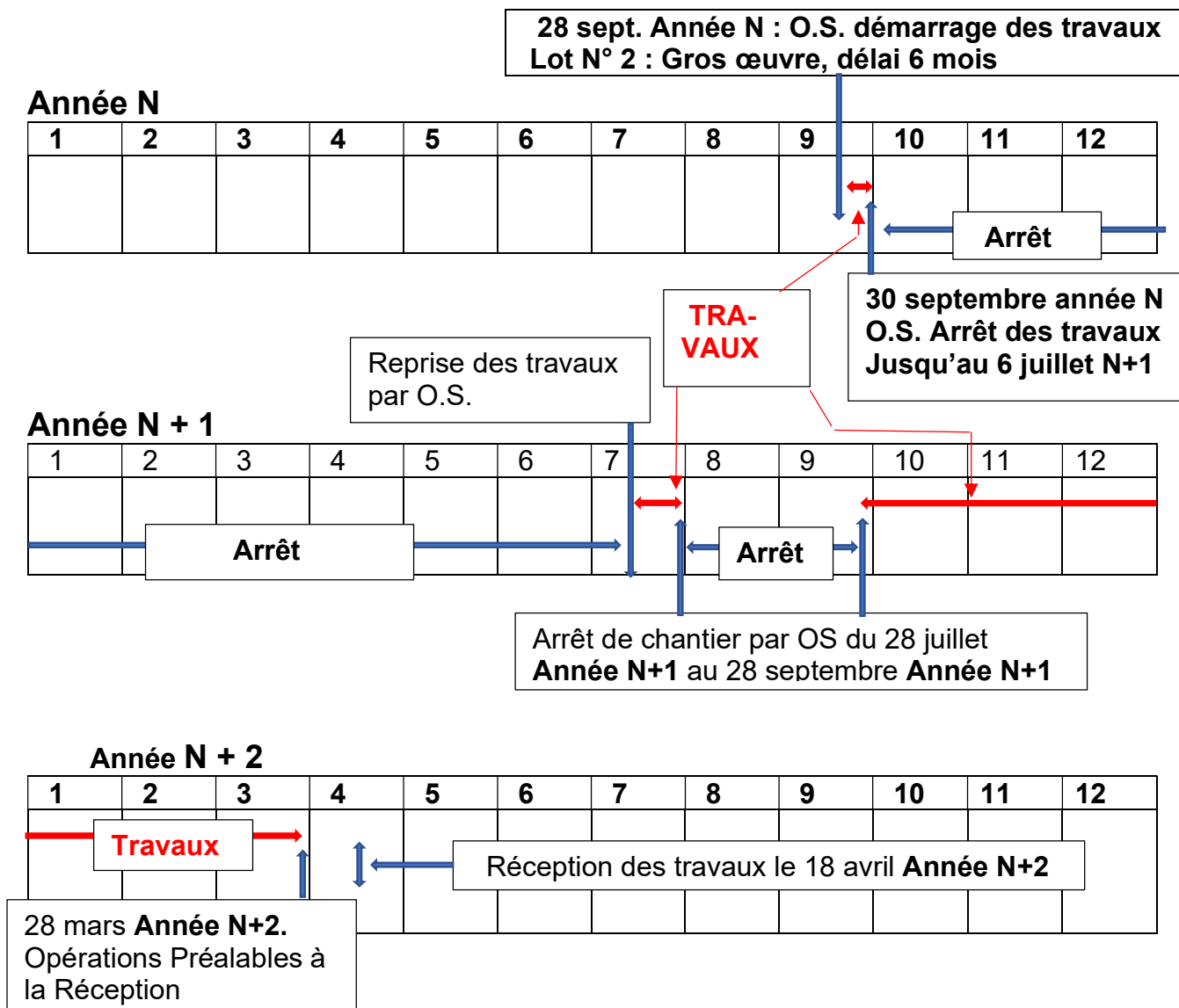
Ceci d'autant plus que les concessionnaires chargés des déplacements de réseaux ont également leurs contraintes de délais (Financement, problèmes techniques, ...) alors que le maître d'ouvrage ne dispose d'aucun pouvoir coercitif à leur égard.

En outre et toujours pour les raisons susdites, le maître d'ouvrage réduit souvent (Pour rattraper le temps perdu) les délais de préparation, cela générant les signes avant-coureurs de tensions lors des premières réunions de chantier.

Cas rencontré N°1 : Il s'agit d'un d'ajournement important des travaux du lot N° 2 (Gros Œuvre) suite à la découverte par le titulaire du Lot 1 (Terrassements), d'un réseau souterrain actif dans l'emprise des travaux.

L'ajournement pour plusieurs mois a été décidé le surlendemain de l'OS de démarrage des travaux !

La réalisation du lot intégrant deux longues périodes d'interruptions, s'est étalé sur 18 mois calendaires au lieu de 6 !



L'entreprise a seulement demandé quelques compensations justifiées, ce litige ayant aisément abouti à un accord transactionnel.

Le CCAG de 2009, suivi des dispositions complémentaires tendant à responsabiliser le maître d'ouvrage sur ce point, a fort bien appréhendé ce sujet.

Cela confirme la position très ancienne du rapporteur sur ce sujet, position portant davantage sur la logique que sur les dispositions textuelles, lesquelles ne correspondent que rarement au cas d'espèce.

Il devrait être admis qu'il est totalement illogique qu'un maître d'ouvrage mette un périmètre foncier à disposition d'une entreprise sans avoir totalement dégagé les emprises ou prévu leur libération dans le marché après une identification bien déterminée des réseaux. (Hors cas prévus au CCAG concernant notamment les vestiges historiques et les explosifs)

Cas rencontré N° 2 : Une importante conduite de gaz ancienne enterrée et bien identifiée traverse de part en part un chantier sur lequel doivent être exécutés des terrassements profonds.

Cette conduite qui dessert notamment un hôpital a été précédemment maillée avec l'ensemble du réseau, ceci afin de permettre de la déposer définitivement avant d'exécuter le chantier. Le marché des travaux prévoit donc la dépose de cette conduite par le titulaire. (Après sa mise hors service par le maître d'ouvrage, via GDF).

A priori, la succession des opérations apparaît bien établie, l'entreprise n'ayant pas fait d'observations sur ce point.

Hélas, lors des opérations de mise hors service de ladite conduite par GDF en amont du démarrage du marché, le système de vannage par by-pass qui permettait de l'isoler définitivement s'est grippé avec impossibilité de le réparer.

S'agissant d'une conduite principale et d'un système complexe de vannages, GDF a été obligé de procéder non seulement à des études, mais aussi à prévoir un important financement pour réaliser des travaux, tout cela ayant duré plus de 10 mois ! (Justifiés par la complexité du système).

Tout cela malgré l'intense pression politique du maître d'ouvrage qui n'acceptait pas un tel décalage de ses travaux.

S'appuyant sur les dispositions du marché, le MOA a estimé que l'entreprise titulaire du marché (Qui n'y était pourtant pour rien !) devait subir les 10 mois de pénalités de retard ! De son côté, l'entreprise indiquait qu'elle était prête à exécuter les travaux dans le cadre des conditions du marché.

Le rapporteur a eu du mal pour atténuer l'entêtement du MOA, d'une part parce qu'il s'agissait de circonstances exceptionnelles non imputables à l'entreprise, mais également d'un imprévu que le maître d'ouvrage devait assumer.

En conclusion, l'expérience montre bien l'importance des dégagements d'emprises, notamment en matière de délai et par voie de conséquence l'utilité (pour les gros chantiers) d'avoir recours à un conducteur d'opération.

Dans ce cas, ce dernier aurait certainement préconisé une autre forme de montage du marché.

Conduite des travaux : 2 - Réunions hebdomadaires

Sur ce point également, le CCAG répond à toutes les questions, sans qu'il soit nécessaire de créer d'autres méthodes de gestion du marché. Ainsi, faut-il rappeler que si le CCAG évoque les réunions de chantier, **il est totalement muet sur les comptes rendus qui en sont faits**. Ces comptes rendus sont fort utiles, pour le suivi des travaux, mais ce ne sont que des éléments de fait.

En matière de règlement des litiges, ils ne figurent jamais sur la liste de préséance des pièces du CCAP. Les éléments principaux des CR concernent le déroulement du chantier et **ne doivent en aucun cas comporter des décisions**.

Pourquoi ? Parce qu'en matière de marchés publics une « décision » est toujours susceptible de modifier (peu ou prou) les dispositions du marché, ce qui peut générer ensuite plusieurs types de litiges.

Exemple connu : Sur un compte-rendu, il a été décidé (MOE et titulaire) de remplacer des caniveaux coulés en place par des caniveaux en béton préfabriqué. Cela, sans modification de la géométrie de l'ouvrage, ni de sa fonction technique, ni du prix (Forfaitaire dans ce cas).

Si en apparence, cette modification ne posait pas de problème et si même au contraire, elle était profitable au maître d'ouvrage (Moins de risques d'épaufrures des caniveaux lors du compactage des chaussées), il n'en reste pas moins qu'il s'agissait d'une modification du marché ne portant pas de justification formelle. Ceci pouvant de ce fait remettre en cause

la dévolution des travaux. (Surtout que dans ledit cas, ce poste représentait une part importante du marché)

Imaginons qu'une autre offre aurait proposé des caniveaux préfabriqués à moindre prix ! En outre, la technique étant totalement différente, elle pouvait avoir une influence sur le Plan d'Assurance Qualité et sur les modes opératoires entraînant des risques de nature différente. Que fallait-il faire dans ce cas ?

Tout simplement créer un prix nouveau selon les modalités du CCAP, y compris si le prix est identique. (Un prix unitaire, c'est un montant face à une description technique).

Cet exemple confirme qu'une réunion de chantier est un entretien périodique portant sur le déroulement du marché, et le compte rendu n'est autre que le procès-verbal de ce qui a été dit.

Ainsi, aucune décision de nature à modifier les conditions du marché, ne peut être prise en réunion de chantier sans risques juridiques.

La réunion est certes un lieu où peuvent naître des idées et des propositions intéressantes qui doivent être enregistrées et **étudiées ensuite**.

L'expérience montre qu'un peu de recul est nécessaire au MOE et au MOA pour traduire éventuellement les orientations en décisions formelles, car même si ce n'est pas toujours obligatoire, il paraît bienséant que le MOE en fasse préalablement part au maître d'ouvrage. (En cas d'établissement de prix nouveaux, ordre de service, avenant...)

Ceci d'autant plus que l'animateur des réunions hebdomadaires n'est pas forcément le Maître d'œuvre (Lequel devrait normalement être désigné nommément par ordre de service du Maître d'Ouvrage ou figurer sur l'Acte d'engagement), mais souvent un de ses collaborateurs.

Décider illico en réunion hebdomadaire, sur proposition de l'entreprise, peut devenir « un piège à effet retardé » pour le maître d'ouvrage.

Ce qui précède ne recueille pas du tout l'assentiment de certains maîtres d'œuvres privés, lesquels limitent le formalisme et estiment qu'un marché public peut se gérer via les C.R. à l'instar de ce qui se fait plus couramment pour les marchés privés.

Cela en portant une mention qui laisse supposer à tort - selon la philosophie des marchés publics - qu'il s'agit d'un document contractuel, alors qu'il s'agit simplement d'une pièce factuelle, c'est-à-dire existant dans le cadre du déroulement du marché.

Toutefois les maîtres d'œuvres privés qui « officialisent » les écrits des compte rendus ne sont pas systématiquement critiquables sur ce mode de fonctionnement car cette méthode facilite la conduite des travaux. Elle peut cependant affaiblir les argumentaires du maître d'ouvrage en situation de litige.

Lors de l'étude des litiges, et même si cela figure pour information sur les comptes rendus de réunion, il apparaît que la rédaction des différents événements relatifs au déroulement du chantier n'est pas toujours effectuée ni au bon moment, ni contradictoirement. (Constatations intermédiaires, décompte des journées d'intempéries...)

Conduite des travaux : 3 - Planning détaillé d'exécution

À l'instar des autres pièces du marché (contractuelles de fait dès la notification du marché), le planning détaillé d'exécution devient contractuel lorsqu'il est notifié.

Il ne s'agit donc pas seulement d'un outil de programmation et de suivi des travaux.

DESIGNATION	SEMAINES		S34		S35		S36		S37		S38		S39		S40		S41		S42		S43		S44	
	JOURS		23	27	30	3	6	10	13	17	20	24	27	1	4	8	11	15	18	22	25	29	1	5
Installation + sondages																								
Démolition																								
Réseau Pluvial Principal																								
Réseau Pluvial Branchement																								
Bordures																								
Trottoirs Pavage																								
Trottoirs Grave Emulsion																								
Enrobes																								
Signalisation																								
Replément Nettoyage																								
Intervention ETDE																								

Sa notification par O.S. en fait également une pièce essentielle en matière de litige.

Cela signifie qu'il n'est donc pas suffisant de noter les décalages sur les comptes-rendus hebdomadaires !

Il convient de réactualiser le planning de façon périodique en faisant apparaître les évolutions, y compris les périodes de non interventions validées et la modification éventuelle des délais.

Avec les logiciels spécialisés, le planning prévisionnel devrait pouvoir se superposer avec le planning modifié, avec - a minima - une périodicité mensuelle.

Quant au programme réellement exécuté il devrait être produit en continu (à part, mais sur la même trame) permettant ainsi d'être une aide utile pour l'établissement des situations mensuelles...et faciliter ensuite - le cas échéant - le travail du rapporteur !

Conduite des travaux : 4 - Surveillance de l'exécution

Dans la quasi-totalité des 30 litiges étudiés, de nombreuses difficultés proviennent du fait que - dès que le chantier a été lancé - le maître d'œuvre (ou son représentant) ne vient sur le chantier qu'une fois par semaine. Cela est souvent lié aux conditions du contrat de maîtrise d'œuvre, mais également à l'éloignement.

C'est difficile de gérer un chantier lorsque l'on est basé à plus de 100 kilomètres !

Ainsi le Maître d'ouvrage redouble souvent - par précaution - la mission de son maître d'œuvre en faisant suivre le chantier par un de ses techniciens.

Cette situation fréquente complique « la lecture de la mission de MOE » par les titulaires des marchés. (Ces derniers sachant souvent en user à leur profit pour attiser des contradictions)

En conséquence, l'un des points qui semble provoquer des difficultés, voire des tensions génératrices de litiges, c'est l'absence sur le chantier d'un collaborateur du maître d'œuvre, ayant **une simple mission de surveillance, mais ô combien fondamentale**, en quelques sorte, « l'œil permanent du maître d'œuvre » sur le chantier.

Cet opérateur avisé, aurait également vocation à tenir le journal de chantier et à recueillir au bon moment des éléments forts utiles pour les dossiers d'ouvrages exécutés.

Tous les maîtres d'œuvres qui ont eu recours à la présence d'un « correspondant » sur le chantier, vous diront qu'il s'agit d'un rôle vraiment utile, si ce n'est indispensable.

En conséquence, les maîtres d'ouvrages qui font appel à des maîtres d'œuvres privés devraient - si possible - intégrer dans les critères de choix, la proximité géographique et la présence d'un agent de surveillance.

Exemple : (Chantier lambda n'ayant pas fait l'objet de litige)

Voici ci-après, un chantier de terrassements de type apparemment très courant pour lequel **une surveillance permanente de la maîtrise d'œuvre, ne pouvait être qu'absolument nécessaire.**

Il s'agit d'un casier étanche destiné aux déchets industriels banals, avec quai de transfert, au sein d'un important centre d'enfouissement de déchets ultimes.

Principales phases de travaux	Contrôles de la maîtrise d'œuvre
Implantation.	Nécessité de vérification en x, y, z avant travaux
Terrassements généraux	Surveillance obligatoire des dépôts provisoires ou définitifs.
Atteinte de la côte inférieure du fond de forme et compactage du fond de forme	Vérification altimétrique et de la portance
Traitement à la chaux du fond de forme	Opération délicate nécessitant des vérifications de teneur en eau déterminant le pourcentage de chaux à répandre. Décision à tout moment d'arrêt ou de poursuite des travaux.
Pose du géotextile assurant l'étanchéité du casier	Contrôle permanent absolument nécessaire.



À l'échelle de la largeur de voies et des engins de travaux, on peut se rendre compte que **s'il s'agit que d'un chantier peu important par la taille, il est très délicat à réaliser** compte tenu de l'enchaînement de ses phases.

Ceci signifie que la durée totale de cette partie du chantier n'a été que de quelques jours, mais que les contrôles minimas (liés en outre à de très gros enjeux environnementaux) pour chaque phase ont été quasi-permanents.

En outre, les aléas courants (notamment atmosphériques) ne permettent pas de prévoir le jour et la date auxquels ils auront lieu, ce qui justifie dans ce cas d'exemple un contrôle quasi-continu.

Qui peut prétendre le contraire ?

En conséquence, les maîtres d'ouvrages qui font appel à des Maîtres d'œuvres privés devraient - lorsque cela est nécessaire - intégrer dans les critères de choix, la proximité géographique et la présence d'un agent de surveillance tout au moins lors des créneaux calendaires fondamentaux.

À l'échelle du montant des charges générales hors travaux proprement dits, l'incidence financière semble dérisoire au regard des économies indirectes découlant de sa mission.

Il conviendrait donc de mieux préciser la mission de l'OPC et plus particulièrement l'architecture de son planning.

Conduite des travaux : 5 - L'article 12 du CCAG :

Même si les acteurs opérationnels de chantiers sont davantage préoccupés par la réalisation des travaux, ils sont de plus en plus alertés sur les risques de survenue de litiges.

La plupart de ces litiges émergent plusieurs semaines après la réalisation de la partie de travaux concernée. Il est alors souvent trop tard pour recueillir des éléments utiles afin que l'entreprise puisse justifier ses demandes et également trop tard pour le maître d'ouvrage pour les accepter ou les rejeter.

À cet effet, le rédacteur de l'article 12 du CCAG a donné le pouvoir aux représentants des cocontractants d'établir au bon moment des constats contradictoires de toute nature, lesquelles deviennent ensuite des pièces formelles, dès lors qu'elles font référence à cet article du CCAG.

Ces constats, rédigés sur site et manuellement sur supports quadrillés officiels ou autres modèles convenus, sont devenus très aisés à établir car les pièces jointes concernent plus souvent des photos numériques.

Ces événements peuvent ensuite être utilement évoqués lors de la réunion hebdomadaire suivante au titre des faits de chantiers, être discutés ensuite entre les représentants habilités des cocontractants, puis formalisés.

Ces modes opératoires sont de nature, soit « à tuer dans l'œuf » une réclamation potentielle, soit être retenus par le maître d'ouvrage au titre des suppléments imprévus ou par nécessité de bonne exécution de l'ouvrage.

Conduite des travaux : 6 - Le décompte des intempéries.

Les CCAP définissent généralement les critères permettant de déterminer les journées d'intempéries. À cet effet, et dans la pratique admise, le maître d'œuvre établit périodiquement un tableau récapitulatif qui lui servira de base pour notifier l'OS spécifique (ou l'intégration dans un avenant) de prolongation des délais d'exécution contractuels.

Le décompte précis, réel et sincère des intempéries est important, car en cas de dépassement du délai contractuel, il atténue ou augmente le nombre de journées de pénalités.

L'expérience du terrain montre que les critères du CCAP le plus souvent appuyés sur la pluviométrie et la température de la station météo la plus proche sont peu réalistes. Ils permettent certes au maître d'œuvre de rédiger (à distance) sa liste formelle de journées d'intempéries, mais cela est loin des réalités.

Car en cas de pluie, de giboulées ou d'orages localisés près des stations météo, le chantier peut avoir été concerné par les précipitations ou totalement épargné, notamment lorsque qu'il s'agit des travaux de construction routière s'étalant sur plusieurs kilomètres.



Cette photo montre qu'après une pluie récente, le terrassement en pleine masse a pu reprendre dans cette partie, alors que la teneur en eau des sols ne permettait pas de relancer la mise en œuvre de la couche de forme à quelques centaines de mètres de là. (Au titre du même marché)

Nota : Cette vue est par ailleurs révélatrice d'une insuffisance de suivi, d'une part par le titulaire du marché au titre du Plan d'Assurance Qualité (PAQ) ou similaire, et d'autre part de la maîtrise d'œuvre. Cela, car un suivi normal des travaux n'aurait pas dû laisser subsister ces « pièges à eau », au premier plan et à droite. Les écoulements gravitaires doivent être assurés en permanence, y compris par beau temps.

Dans les zones de piémont notamment, une route de montagne peut être recouverte de 10 cm de neige au-delà de l'altitude 600 et être quasiment sèche en deçà. En outre une pluie fine ou intermittente permet de continuer à réaliser des structures de chaussées en stabilisé mécanique, alors :

- Que les mêmes travaux en matériaux traités aux liants hydrocarbonés ou hydrauliques doivent être interrompus,
- Qu'une simple élévation hygrométrique après pluie peut perturber des travaux de traitement de terre à la chaux.

Les entreprises préfèrent continuer à travailler et n'abusent pas « des déclarations à la caisse d'intempéries », mais en conditions peu favorables la baisse de rendement est bien réelle, et c'est de cela qu'il faudrait pouvoir tenir compte.

En conséquence, **les indiscutables réalités** montrent bien que la décision opportune de déclarer une unité d'intempérie, ne devrait se décider que sur les lieux et au vu des conditions météorologiques réelles après un entretien entre le maître d'œuvre et l'entreprise. Pour cela, on peut regretter d'une part l'abandon fréquent du (vrai) journal de chantier et la non présence d'un représentant du maître d'œuvre sur place, notamment en ce qui concerne les chantiers routiers importants.

De nombreux litiges portant sur ce sujet, il serait judicieux que la rédaction correspondante des CCAP tienne prioritairement compte des réalités ci-dessus développées, compte tenu des enjeux indirects, soit : Pénalités appliquées sévèrement pour dépassement des délais, lorsque le MOE est trop formaliste notamment sur les journées d'intempéries.

Selon le rapporteur, le décompte des intempéries réelles notamment celles qui n'interrompent les travaux que de façon partielle, ne devraient pas forcément correspondre aux déclarations de l'entreprise à la caisse des intempéries.

Exemple vécu : Une entreprise de bâtiment n'a déclaré que peu de jours à la caisse d'intempéries, dès lors qu'elle a fait le choix (bon choix logique selon le rapporteur) de maintenir l'activité avec baisse de rendement, sachant que les travaux pouvaient reprendre à tous moments et qu'il était irrationnel et coûteux de renvoyer le personnel chez lui (plus de 150 Km) pour le rappeler le cas échéant le lendemain matin.

Pour faire baisser le nombre d'unités d'intempéries à prendre en compte, le défenseur du maître d'ouvrage a basé ses argumentations sur les déclarations de l'entreprise à la caisse d'intempéries. (Sans convaincre le rapporteur, car rien ne figurait à ce sujet sur le CCAP)

IV - Particularités de certaines demandes de surcoûts :

Depuis quelques années, certaines demandes de paiements supplémentaires portent sur des postes qui ne figurent pas au détail estimatif du marché initial, ni à celui complété par des prix nouveaux, ni au marché initial assorti d'avenants.

Cela concerne principalement les pertes d'industrie, de chiffre d'affaires et autres incidences financières. Bien que les justificatifs correspondants fournis par les titulaires des

marchés soient issus de calculs internes appuyés sur la comptabilité analytique des entreprises, ils sont toujours très difficiles à exploiter par le rapporteur, mais aussi par le comité.

Ainsi, le rapporteur » (que je suis), **estime à priori que - dans la plupart des cas - ces demandes, ne sont pas de bon aloi.** Cela est confirmé par le fait qu'il n'y a que peu de jurisprudences sur ces sujets.

Cela se traduit généralement comme suit lors des conclusions des analyses préalables à mes propositions. (Propositions laissant bien entendu au comité le soin d'avoir sa propre vision, selon les situations)

Cet avis - **strictement personnel** - n'a donc d'autres objectifs que d'apporter des éléments au débat, préalablement aux délibérations du comité.

De ce fait, cette position à ce jour, a vocation à se maintenir, se conforter ou à évoluer. Elle n'est donc pas de nature à porter atteinte aux missions du comité, puisque **l'étude et les propositions du rapporteur ne sont qu'indicatives et que ce dernier n'a pas de voie délibérative.**

Justifications de cet avis individuel du rapporteur : (En langage courant)

Préambule :

Ces justifications reposent sur la philosophie générale des marchés publics.

Un marché public est un contrat passé entre deux entités, l'une qui doit transformer un projet en opération physique (MOA public), et l'autre qui est en capacité de réaliser la prestation correspondante. (Titulaire du marché).

Les cocontractants sont engagés « à tenir jusqu'au bout » les conditions respectives figurant sur le marché. Contrairement à ce qui est quelquefois évoqué, il n'y a donc pas de prépondérance du maître d'ouvrage sur l'entreprise, laquelle ne devrait normalement pas - en respectant ses engagements - « perdre d'argent » sur la réalisation des travaux, sauf dans le cas où elle est défaillante.

Tout comme l'entreprise qui doit équilibrer sa « balance production-charges », le maître d'ouvrage doit respecter l'enveloppe financière prévue (Marché initial, plus avenants), mais aussi disposer de l'ouvrage à la date prévue.

L'entreprise doit logiquement aboutir à des gains inclus dans ses tarifs pour équilibrer son compte de résultat annuel afin d'assurer sa pérennité et « satisfaire ses actionnaires ».

Quant à la collectivité, elle dispose elle aussi d'un budget prévisionnel et ensuite d'un compte administratif. En cas de dégradation de ses finances, elle ne peut avoir recours qu'à « la participation des contribuables ».

Si le législateur a cadré les engagements réciproques spécifiques, via les pièces techniques et administratives du marché, il a également prévu - notamment par le CCAG - les modes de traitements des divers impondérables pouvant survenir lors du déroulement des travaux.

Cependant, les réclamations et les recours montrent que malgré le « cadrage contractuel », il peut subsister des désaccords en fin de travaux, généralement portés par les entreprises. Ils sont souvent la conséquence d'évènements qui ont provoqué des ralentissements d'activité et par voie de conséquence des allongements des délais.

Si les allongements de délais sont souvent générateurs des litiges, c'est que les tarifs des entreprises sont calculés sur des cadences d'exécution contenues dans un délai prévisionnel mais aussi sur des créneaux calendaires en ce qui concerne les installations fixes.

Le « dérapage » d'un planning est l'un des premiers indices de la survenue de litiges.

Ainsi, et dans ce cas, il n'est pas surprenant que les entreprises non satisfaites des compléments attribués par le MOA (1), sollicitent des prises en compte de surcoûts pour couvrir leurs charges.

(1) Par application des dispositions du CCAG,

Mais on oublie souvent que des retards de travaux (quel qu'en soit le responsable) peuvent gravement porter atteinte aux finances de la collectivité. La gestion de l'argent public devant obéir à des règles, il n'est pas anormal que les MOA soient vigilants sur sa gestion. (D'autant plus qu'en ce qui concerne les collectivités territoriales, la gestion d'un marché public peut ensuite être examinée par la Chambre Régionale des Comptes)

Ainsi, les indemnités qui sont accordées par les MOA, ne peuvent l'être que par application des dispositions contractuelles.

Tout « accommodement objectif », lequel ayant même un caractère « juste », pourrait être assimilé à une libéralité. (Seul le CCIRA peut proposer en les justifiant des indemnités qu'il estime équitables)

Exemple vécu N° 1 : Un très grand espace ludique (Piscines, patinoire et autres activités complémentaires...) doit être achevé fin juin, l'ouverture étant prévue pour le début juillet.

La collectivité embauche à cet effet en mai et juin un effectif important de personnes qualifiées, et face à ces charges, prévoit bien entendu les recettes estivales attendues.

Des imprévus techniques de dernier moment, repoussent l'ouverture au mois de septembre suivant, avec un risque de surenchérissement du coût global de l'opération.

Sans citer les responsables de cette situation, on voit donc que la collectivité peut elle aussi subir des surcoûts au niveau de l'investissement, mais aussi par répercussion, des charges et des pertes de recettes de fonctionnement. (Très importantes dans le cas présent alors que le décalage global du planning ne portait que sur 3 à 4 mois)

Exemples vécus N° 2 : De sérieuses difficultés techniques au niveau de la conception d'ouvrages compliqués du lot principal, aggravées par d'autres inattendus, allongent de façon très importante la planification, et multiplient les arrêts/reprises des travaux initiaux, avec des impacts sur les autres corps d'état.

Il s'ensuit **des allongements très importants** « du délai de présence » sur le site du titulaire du lot principal.

Commentaires :

Durant le déroulement du marché et jusqu'au décompte final, le CCAG prévoit les modalités de prise en compte des situations imprévues.

Ainsi, les effets des très fréquents décalages du planning sont indemnisables par appui sur les CCAP et CCAG, notamment par prix nouveaux et avenants.

Cependant, en sus de ce qui est contractuellement dû au titre du marché (Prestations supplémentaires et dans certains cas pertes de productivité), certaines entreprises estiment que le maître d'ouvrage doit également compenser des pertes de chiffre d'affaires dans le créneau de dates du planning initial, des pertes d'industrie et autres incidences financières.

Le CCAG (« œuvre de l'État, mais en accord avec les groupements représentatifs du BTP) ignore les effets induits des aléas de chantiers sur les finances de l'entreprise, laquelle le sait bien, via son adhésion aux règles du marché.

Les risques quasiment permanents de décalage des plannings sont bien connus des entreprises, la plupart alertent même très tôt le maître d'ouvrage de leur éventuelle survenue...pouvant porter atteinte à la productivité.

Tout cela parce que **l'objectif premier des entrepreneurs, c'est le plein emploi des moyens humains et matériels, souci permanent des cadres du titulaire des marchés.**

Ainsi pour tenir compte - sans que ce soit forcément indemnisable - d'une perte de chiffre d'affaires, il faudrait pour le prouver que l'entreprise qui le demande produise le compte de résultat de l'exercice considéré ainsi que celui des années précédentes, ce qui n'est jamais le cas.

La louable recherche d'optimisation des moyens conduit souvent les entreprises à « prendre des chantiers » à tous moments, quelques fois induits localement par le marché considéré, ce qui peut compenser les fameuses pertes de chiffre d'affaires, voire d'industrie.

Le présent raisonnement qui n'a d'autres objectifs que d'alimenter le débat n'est cependant pas une réponse formelle au problème posé, car ces chantiers « au pied levé » ne compensent pas forcément les effets des décalages de chantiers.

Considérer les types de pertes susdites, nécessiterait par ailleurs, de demander au titulaire du marché des justifications financières internes (Compte de résultat, puisqu'il s'agit de chiffres d'affaires annuels), ce qui pourrait être considéré comme une ingérence.

Toutefois le rapporteur (que je suis) estime à priori que **le titulaire du marché doit pouvoir gérer les aléas subis par l'entreprise en cours de travaux, via les seules dispositions du marché.**

Si les pertes de chiffre d'affaires (voire d'industrie) pouvaient systématiquement - ou dans certains cas - aboutir à des indemnisations dans le cadre d'un litige, la récente « mise à jour du CCAG » en 2009, aurait été l'occasion d'en préciser les modalités !

Ce qui précède, n'est donc qu'**un commentaire individuel**, laissant largement la place à l'écoute de contraires, dès lors qu'elles ne sortent pas du cadre de la philosophie générale des marchés publics.

V - Méthodologie de la démarche du rapporteur

Tous les dossiers étudiés ont concerné des saisines du CCIRA par les titulaires du marché. Le délai réglementaire d'instruction de six mois est apparu suffisant, dès lors que le rapporteur a fixé un calendrier du déroulement de l'étude, après consultation et accords des représentants des parties concernées.

Malgré cela, il est toujours apparu indispensable de veiller rigoureusement au respect des dates auxquelles les parties en litige se sont engagées.

Mis à part quelques litiges portant strictement sur des points administratifs, la visite sur site s'est avérée fort utile, car elle a permis au rapporteur de s'entretenir avec les techniciens opérationnels, qui sont généralement moins présents lors des échanges suivants.

En outre pour un œil averti, **il subsiste toujours sur chantier des indices utiles** qui peuvent générer des questions fondamentales intéressantes.

Parmi les difficultés rencontrées, on peut noter que :

- Il arrive trop fréquemment qu'en raison du « turn over » des cadres, les interlocuteurs du rapporteur ne sont pas toujours ceux qui ont participé au chantier. (Plus particulièrement chez les Maîtres d'ouvrages et les entreprises, moins au niveau des Maîtres d'œuvre).
- Le rapporteur doit analyser à partir des documents produits, mais il est important pour sa compréhension du litige de repérer les « non-dits », lesquels expliquent souvent la survenue du litige. Si ces « non-dits » n'apparaissent pas dans les pièces produites, ils émergent inévitablement lors des rencontres avec les représentants des cocontractants.
- Il est très important que le rapporteur ait bien la perception de la vie du marché et de son déroulement chronologique. Pour cela il doit lire la totalité des Ordres de Service et des Compte rendus de chantier. Au vu des premiers échanges (écrits ou oraux) entre les partis, le rapporteur doit « chercher à sentir » si un accord est possible avant même la séance du comité. Si c'est le cas, il doit tout faire pour aider à y parvenir. Mais s'il s'agit d'une impasse, il doit revenir à une analyse stricte du bien fondé de chaque prétention du titulaire (Cas général) pour donner au comité tous les éléments de réponse en vue d'aboutir à la formulation de l'avis. Le rapporteur doit prendre parti sur chaque point.
- Lorsqu'une transaction est en bonne voie, la mise au point de l'acte correspondant est rapidement acceptée par l'entreprise. Par contre le circuit décisionnel des maîtres d'ouvrages publics est fort complexe, plus particulièrement au niveau des communautés d'agglomération, très hiérarchisées.

En conséquence, hors établissement d'une transaction, le rapporteur penche de plus en plus pour trois modes, en vue de l'aboutissement de ses travaux, soit :

- Rapport d'analyse et propositions dans le cas où un accord n'apparaît pas possible au niveau de la phase d'étude du litige.

- Rapport d'analyse et propositions d'agrément sur la totalité des points ayant fait l'objet d'un accord de principe.
- Rapport d'analyse et propositions d'agrément sur les points qui ont tous fait l'objet d'un accord de principe, et propositions assorties de justifications sur les autres points.

Point délicat pour le rapporteur : Lors des entretiens avec la maîtrise d'ouvrage, il est difficile de faire apparaître que certaines faiblesses de son argumentation découlent de la mission de la maîtrise d'œuvre, voire du mandataire.

Faut-il le faire ? La meilleure solution semble être celle de poser des questions sans en tirer de conclusion, afin de montrer que le rapporteur n'est pas dupe et peut-être aussi d'inciter le Maître d'Ouvrage, de demander de « discuter » sur ce point avec à son Maître d'Œuvre.

Le rapporteur estime que les échanges électroniques par fiche navette à deux colonnes « Questions-réponses » est rapide et efficace.

Voir Modèle ci-après adressé à un maître d'ouvrage :

Merci de répondre succinctement à ce premier questionnaire. Si nécessaire, des compléments d'informations suivront sur certains points. Fiche navette N°1 comportant 8 questions (Ce tableau renseigné par vos soins sera ensuite communiqué pour information à l'entreprise)

N°	Questions du rapporteur	Réponses du Maître d'Ouvrage
1	L'Article 0.4.1 du CCTP page 6, prescrit la tenue d'un journal de chantier par le Moe (Voir la trame de ce J.C. sur CCTP) A-t-il été tenu ? Si oui, il serait utile de me communiquer les extraits se rapportant aux points suivants N° 2, 3 et 5.	Le maître d'œuvre a tenu (Cf CCTP) un journal de chantier quotidien, celui-ci retrace les conditions météo, les ateliers et activités y compris les moyens humains et matériels, les difficultés d'exécution sont identifiées
2	Selon la requête, le chantier a été arrêté de Novembre 2013 à Mars 2014. Sous quelle forme contractuelle cet arrêt a-t-il été géré par le donneur d'ordre ?	L'arrêt du chantier 8-11-2013 (CR de réunion N°7 et 8) constats d'intempérie, journal de chantier. La reprise des travaux 17-04-2014 (CR de réunion), journal de chantier, décision prolongation d'exécution Tranche Ferme de 4 mois
3	L'entreprise prétend avoir subi des retards liés au non dégagement d'emprise (Supports verticaux d'occupants du domaine public). A combien de jours estimez-vous ce retard ?	Le maître d'œuvre a pris en compte ces surcoûts par la rémunération des frais immobilisation et travaux de reprise après arrêt, prix provisoires 101a 2600€/mois, payé sur 5 mois, 307 forfaits de 6500€. Soit une rémunération de 19500€ HT, honorée au cours du marché
4	Quel est le montant H.T. base marché du décompte général ? (Pour comparaison avec montant du marché initial et montant de la réclamation exprimée sur ces bases)	Le Montant des travaux est arrêté à 896 194,58€ HT pour un montant marché de 947 602,50€ HT donc un solde de 51 407,90€ HT
5	Quel est le n° la date de l'OS prescrivant le démarrage des travaux de la tranche ferme ?	OS N° SAR-0084-A de démarrage notifié le 19/09/2013 pour un début de travaux à compter du 07/10/2013.
6	Le Moe a-t-il proposé à l'entreprise l'établissement contradictoire des constats ? Et si oui, le refus a-t-il été consigné sur le J.C ou sur un compte-rendu de chantier ?	Lors de la constatation mensuelle, les éléments de relevé métrés étaient établis par le maître d'œuvre, l'entreprise n'a jamais établi ni présenté de document justificatif de quantité (en dehors des bons de pesées)
7	Quel est le document contractuel (Règlement départemental de voirie, Arrêté du PCG, pièce contractuelle du marché qui y fait référence ou qui le précise...) imposant au titulaire le respect des jours hors chantier ?	Le texte qui régit les jours hors chantier est un arrêté ministériel (pièce jointe)

8	L'entreprise indique 11 jours « hors chantier » (Annexe 20 de sa requête). Est-ce exact ?	Du 17/04 au 25/07/2014 10 jours hors chantier sont comptabilisables (Cf référence ci-dessus). Le chantier n'occasionnant pas de réduction de capacité (alternat) pendant ces jours, les travaux n'ont pas été interrompus pendant ces jours. Seul l'exécution des enrobés sous alternat a conduit à une non intervention le 25/07/2014. Soit un total de jour hors chantier effectif de 1 jour.
---	---	---

VI - Analyse des litiges : Sur le droit ou sur l'équité ?

Si la mission du comité consiste à se prononcer sur le droit et sur l'équité, le premier regard du rapporteur au stade de l'étude du litige a toujours été porté sur le droit, c'est-à-dire sur les dispositions du marché et des textes auxquels il se rattache.

Lorsque les arguments des requérants (les titulaires des marchés sur les 30 dossiers étudiés) ne sont pas suffisamment convaincants et notamment lorsque que l'ordre de préséance des pièces listées au CCAP ne les favorisent pas, les avocats inondent leurs écrits de références à des jurisprudences qui ne prennent pas toujours en compte l'ensemble des éléments et notamment certains points techniques.

Dans le cas de prix unitaires, le bordereau des prix dont « la vertu précautionneuse » est d'être détaillé, est souvent placé en deux ou troisième position des pièces listées dans le CCAP, ce qui facilite l'application du droit.

Dans le cas de prix forfaitaires, c'est toujours plus compliqué pour le rapporteur...mais également pour les juristes du maître d'ouvrage !

Exemple vécu : Dans un litige pour lequel le contenu du prix forfaitaire était difficile à définir sur les pièces du marché, la décomposition des prix globaux et forfaitaires arrivait en **dix-neuvième** position sur la liste de préséance !

Par ailleurs la description technique sur le CCTP tenait en moins de 5 lignes, cette description très imprécise, était, en outre en indiscutable contradiction avec les documents dessinés.

De plus, ce poste représentait une partie importante du marché, mais aussi l'essentiel de la réclamation.

Il est donc évident que face à ces étonnantes incertitudes, l'analyse ne pouvait porter que sur l'équité.

Il est également à noter que les imprécisions rencontrées sur les marchés en litige, proviennent souvent du fait que sur une opération allotie, les pièces administratives et techniques sont communes à tous les lots, ce qui ne correspond pas toujours aux réalités des chantiers !

Exemple 1 : Dans un chantier de terrassements, la part de prestations propres de l'entreprise est de l'ordre de 80 % alors qu'elle est de l'ordre de 45 à 55 % sur des travaux de génie civil et de bâtiment en raison des fournitures et sous-traitance.

Pourtant les pénalités de retard sont les mêmes, ce qui peut signifier que la valeur réelle des pénalités sont différentielles selon les lots.

Exemple 2 (Bâtiment) : Il en est de même pour les intempéries dont la définition est la même pour le terrassier et le carreleur alors que dernier intervient généralement à l'abri !

VII - Quels enseignements le rapporteur peut-il tirer de l'étude de ces dossiers ?

Généralités : Il apparaît nettement que les entreprises n'approfondissent pas suffisamment le contenu du DCE lors de la préparation de leurs offres, tant elles sont concentrées sur l'objectif « d'avoir le chantier »

Il est vrai qu'une étude dans le cadre d'un appel d'offres se fait toujours dans l'urgence et nécessite pourtant un investissement intellectuel très important, mais aussi très coûteux pour l'entreprise.

Y-a-t-il dans les DCE des insuffisances ?

Certainement, tant ces dossiers sont complexes et réalisés par plusieurs unités de compétences. Ces DCE indiquent de plus en plus souvent qu'il revient au déposant de l'offre de contrôler le contenu et les indications du dossier, et de signaler toute incertitude, sans quoi il est réputé y adhérer !

Cela paraît surprenant, voire abusif.

L'entrepreneur serait-il tenu de corriger la copie du maître d'œuvre conceptuel ?

L'expérience montre que dans la plupart des dossiers de litige, le mémoire en réponse du maître d'ouvrage, puis l'analyse du rapporteur entraîne le titulaire du marché à réduire ses prétentions initiales afin d'obtenir un accord amiable.

Cela, parce que certains titulaires de marché pensent que le recours au CCIRA permet quasi-systématiquement d'obtenir un supplément, **ce qui est totalement inexact**.

Concernant les maîtres d'ouvrages, il apparaît souvent qu'ils sont enclins à accepter (en tout ou en partie) certaines demandes de paiement supplémentaires, mais qu'ils préfèrent y aboutir par le suivi de l'avis du CCIRA, surtout lorsque cette demande ne peut être acceptée qu'au titre de l'équité, ce qui les met ainsi à l'abri de toute suspicion de libéralité.

Cela, d'autant plus que dans la plupart des cas (notamment pour les collectivités territoriales importantes) ces gros marchés peuvent être soumis au contrôle de la Chambre Régionale des Comptes.

Sur la plupart des dossiers, les parties ont été assistées par un avocat spécialisé dans les marchés publics. Dans la quasi-totalité des litiges étudiés, les avocats ont tenté de « tranquilliser » le litige, en vue d'obtenir un accord amiable.

Leur participation a été ressentie comme positive par le rapporteur.

Sur un seul dossier, l'avocat (certainement agacé d'une part par des questions techniques posées à son client par le rapporteur et d'autre part par des curiosités justifiées

sur « le montage très singulier » de l'opération) a perdu réellement son sang-froid, allant même jusqu'à suspecter le rapporteur de partialité devant sa consœur qui défendait l'entreprise !

Il ne s'agissait dans ce cas que de questions directement liées au litige, y compris celle qui avait dérangé le défenseur du Maître d'Ouvrage.

Au même titre que les avocats, les rapporteurs ont aussi droit d'user de stratégie !

Ainsi, après une suspension de séance décidée par le rapporteur, puis une requalification des rôles respectifs, les débats ont repris de façon sereine.

Ceci pour l'anecdote.

Les protocoles transactionnels : Dans la plupart des dossiers, les parties reconnaissent que ce sont les tensions nées durant le déroulement du marché qui ont entraîné le rejet du projet de décompte final par le maître d'ouvrage. (Rejet concernant généralement des demandes de prestations supplémentaires).

L'expérience des dossiers traités au titre des présents retours d'expériences, dont 1/3 ont fait l'objet de transactions, montre bien que la plupart des représentants des parties sont le plus souvent favorables à une issue amiable au stade de l'étude du litige.....à condition que la partie adverse fasse un effort significatif !

Le vécu de ces études montre aussi que certains maîtres d'ouvrages, maintiennent leurs argumentaires de refus afin de rester cohérents avec leurs positions antérieures, mais suivent ensuite l'avis du CCIRA.

Lors des études des litiges le rapporteur a noté - au premier abord - une réticence de recours à la solution transactionnelle de la part du donneur d'ordre. Ce n'est pas toujours le cas, mais ce mode amiable est souvent ressenti par les MOE et MOA comme un « pas en arrière » de leur part, et non comme un « accord gagnant-gagnant ».

Malgré cela, il semble que la recherche d'une transaction (obligatoirement précédée d'une étude approfondie du litige), doit être la première phase de la démarche du rapporteur.

Ainsi, le rapporteur estime qu'il serait utile qu'il puisse dès les premiers contacts, remettre à tous un **document synthétique** rappelant « le droit à usage » (2) de ce mode de résolution des litiges, mode tout autant souhaité par le législateur que le respect des dispositions codifiées (Code des marchés publics et ensemble des dispositions qui s'y rattachent). (2) Et même le devoir.....si l'on se réfère aux termes des circulaires successives sur le sujet et plus particulièrement de la plus récente.

Ce document synthétique pourrait rappeler que :

- La transaction est régie par l'article 2044 du code civil
« La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit »
- Plusieurs circulaires du Premier Ministre concernant l'application correspondante des dispositions précitées ont été diffusées dans les ministères. (6 février 1995, 8 décembre 2008, 7 septembre 2009 et plus récemment le 6 avril 2011)

La circulaire du 6 avril 2011 « **relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits** », insiste particulièrement sur l'usage des modes transactionnels, cela étant confirmé par les extraits suivants :

- *La démarche de la revue générale des politiques publiques visant à optimiser l'efficacité de l'action administrative et à améliorer la qualité du service rendu aux usagers doit s'appliquer également à la prévention et au règlement des différends.*
- *La recherche d'une solution amiable pouvant conduire à la conclusion d'une transaction doit être envisagée dans tous les cas où elle permet d'éviter un contentieux inutile et coûteux, tant pour l'administration que pour les personnes concernées.*
- *...ne renvoyer aux juridictions que les litiges qui soulèvent un problème juridique sérieux....*
- *Dans tous les cas où l'existence d'une créance du citoyen est certaine, l'administration s'honore en entrant sans tarder, dans une démarche transactionnelle, sans contraindre les intéressés à saisir le juge.*
- *Réduire le nombre de contentieux nés des incompréhensions résultant de l'excessive complexité du droit.*
- *La transaction permet une gestion économe des deniers publics tout en favorisant une indemnisation rapide des parties*

L'annexe, de la circulaire du 6 avril 2011 précitée, rappelle en introduction qu'il convient de distinguer la transaction de la conciliation, de la médiation ou de l'arbitrage.

Elle détaille ensuite les principes généraux de la transaction et les modalités pratiques de son application.

Cette annexe précise également et très utilement la trame du protocole transactionnel.

VIII - Le fonctionnement du CCIRA de Bordeaux :

Préambule :

Les rapports présentés sont structurés de façon à permettre aux membres du comité de s'approprier de façon synthétique le contexte du marché, puis celui du litige.

L'analyse est précédée du mode d'étude qui n'est pas forcément le même selon les dossiers.

Le litige est présenté de façon synoptique par postes et par tableaux comparatifs des arguments respectifs des parties. Il en est de même en ce qui concerne les analyses et les propositions du rapporteur.

Les propositions de justifications sont très difficiles à répartir entre le droit et l'équité, notamment lorsqu'il faut les finaliser sur le projet d'avis.

Le secrétariat du CCIRA de Bordeaux qui fonctionne parfaitement, facilite le travail du rapporteur et de l'ensemble du comité.

Le président laisse le rapporteur totalement libre de mener à sa guise l'instruction du dossier confié sous réserve de respecter les principes contradictoires (notifications des mémoires et pièces produites par une partie à la partie adverse).

Cette instruction ne doit pas être passive (simple échange de mémoires) mais le rapporteur doit la mener de manière dynamique. (Questions posées aux parties, rencontres avec les parties séparément ou ensemble).

L'expérience acquise sur les trente dossiers, fait nettement apparaître qu'il n'y pas de mode d'emploi universel, chaque dossier se présentant différemment.

Le rapporteur rend compte régulièrement au président de l'évolution de l'étude du litige. Outre la bienséance de cette démarche, ce contact permet d'avoir des informations sur les avis déjà formulés par le comité sur des litiges analogues.

Entre la date de réception du rapport par les membres du comité et la séance du CCIRA (1 à 2 semaines) il arrive que les membres du CCIRA interrogent le rapporteur pour compléments d'informations. Cela paraît utile.

Les modalités générales de la mission du rapporteur ont préalablement été définies par le Président, lequel précise aux parties que durant la phase d'étude le rapporteur désigné est leur seul interlocuteur. (Hors contacts organisationnels avec le secrétariat).

Dans la quasi-totalité des cas, le rapporteur a choisi de ne demander la communication aux parties en litige que des pièces complémentaires existantes, afin de leur éviter la rédaction de pièces nouvelles.

Séances du CCIRA :

Le président présente succinctement le contexte du litige et détaille les prétentions du requérant. Il donne successivement la parole aux représentants des parties en commençant par le requérant. Généralement, il s'agit d'un résumé de la saisine et du mémoire en réponse.

Dans certains cas, de nouveaux éléments sont apportés par les parties, suite aux entretiens préalables avec le rapporteur.

L'expérience montre que le rapport d'étude du litige doit mettre en évidence les points les plus sensibles, voire même ceux pour lesquels des doutes subsistent. Cela afin de susciter les questions des membres du CCIRA.

En tant que de besoin, le président et les membres du comité questionnent généralement le rapporteur en séance, puis lors des délibérations du comité.

Le rapporteur a remarqué que les représentants des titulaires des marchés sont certes vigilants sur les droits des entreprises, mais rigoureux à leur encontre lorsqu'ils estiment que les recours sont abusifs.

La mise en commun des différentes compétences des membres du comité (Magistrats administratifs, maîtres d'ouvrage publics, fonctionnaires compétents en matière de marchés publics et entrepreneurs) génère des échanges très productifs, lesquels débouchent généralement sur des avis unanimes.


Sur la majorité des dossiers les orientations principales du rapporteur ont été suivies, mais ses propositions ont généralement été adaptées sur les valorisations et affinées au niveau des justifications.

Sur l'avis du comité, la rédaction des justifications est vraiment importante, car en cas de saisine du Tribunal Administratif concernant directement le litige ou en cas de litige latent avec le maître d'œuvre, les parties prendront vraisemblablement appui sur le raisonnement du comité. (Soit pour le suivre, soit pour le critiquer)

Le rapporteur estime que le délibéré entre les membres du CCIRA avant formalisation de l'avis est fort intéressant et surtout riche d'enseignements.

La diffusion systématique de l'avis du comité par le secrétariat dans les dix jours qui suivent la séance du CCIRA, est fort appréciée par les parties, ce qui justifie de maintenir le mode de fonctionnement actuel du comité.

Version N°2 - Novembre 2021,
Le rapporteur,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Christian Falliero', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a prominent loop at the beginning.

Christian FALLIÉRO

Mail : christian.falliero@sfr.fr

Tél : 05 62 42 96 36 - 06 16 66 43 82