

FICHE 6

La passation des marchés de conception-réalisation

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, dite « loi MOP », impose de dissocier la mission de maîtrise d'œuvre de celle de l'entrepreneur pour la réalisation des ouvrages publics.

La loi MOP permet cependant de déroger à cette règle pour la réalisation d'ouvrages d'une technicité particulière, en associant l'entreprise et le concepteur dès les premières phases du projet. C'est le processus de conception-réalisation.

Ce marché particulier permet au maître d'ouvrage de confier simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou un seul opérateur pour les ouvrages d'infrastructures. Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux, car il a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage.

Le recours aux marchés de conception-réalisation par les maîtres d'ouvrage visés par l'article 1^{er} de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP¹, est strictement encadré.

I. Cadre juridique

Les dérogations au principe de la séparation entre maîtrise d'œuvre et entrepreneur sont prévues par la loi MOP elle-même, mais également par certaines législations particulières.

I.1. Les exceptions prévues par la loi MOP

Le recours aux marchés de conception-réalisation est autorisé par la loi MOP dans les conditions prévues à son article 18.

Ainsi, par dérogation au principe de la séparation entre maîtrise d'œuvre et entrepreneur, le marché de conception-réalisation permet au maître d'ouvrage de « *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* ».

1. Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée qui vise L'Etat et ses établissements publics ; les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes; les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ; les organismes privés d'habitations à loyer modéré ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Le code des marchés publics et les deux décrets d'application² de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 déterminent, dans ce cadre, les dispositions applicables aux marchés de conception-réalisation.

1.2. Les exceptions prévues par d'autres textes que la loi MOP

Plusieurs dispositions législatives ont étendu les possibilités de recours à la conception-réalisation :

- loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) modifiée par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 ;
- loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) modifiant la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ;
- ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation (article L.6148-7 du code de la santé publique) ;
- loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 sur la maîtrise de l'immigration, modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;
- ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat ;
- loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion (article 110).

2. Conditions de recours au marché de conception-réalisation

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visés par la loi MOP doivent, dès lors que l'opération envisagée relève de cette loi, pouvoir justifier du recours aux marchés de conception-réalisation. En revanche, ils peuvent, quel que soit le motif allégué, recourir aux marchés de conception-réalisation pour réaliser des travaux qui ne relèvent pas de cette loi³.

En toute hypothèse, le recours aux marchés de conception-réalisation constitue une simple faculté pour le maître de l'ouvrage. Celui-ci n'a aucune obligation d'y recourir même lorsque l'ensemble des conditions se trouvent réunies.

Le recours au marché de conception-réalisation n'est possible pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices susmentionnés que si un engagement contractuel sur un

2. Article 41-1 du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 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 et article 41-1 du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 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.

3. Ces exceptions sont énumérées à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi MOP qui vise notamment les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation ainsi que les ouvrages d'infrastructures réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement.

niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association d'un entrepreneur aux études des ouvrages relevant de la loi MOP. Les contrats de conception-réalisation relevant des articles 37 et 69 du code des marchés publics doivent être distingués des contrats globaux sur performance relevant de l'article 73 du code des marchés publics, parmi lesquels figurent les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance (REM) et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM)⁴. Toutefois, lorsque le marché global de performance inclut des travaux relevant de la loi MOP, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer, en application de l'article 18 de cette loi, qu'il comporte des engagements de performance énergétique définis contractuellement si les travaux portent sur des bâtiments existants ou que la conception-réalisation est justifiée par des motifs techniques tels que définis à l'article 37 du CMP si les travaux portent sur des bâtiments neufs⁵.

2.1. Le recours au marché de conception-réalisation pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage

Le choix de ce marché est dicté par les caractéristiques de l'ouvrage à construire qui imposent l'association de l'entrepreneur aux études. Pour s'assurer que cette condition est remplie, doivent être pris en compte la destination de l'ouvrage ou sa mise en œuvre technique.

Deux types d'opérations sont ainsi visés :

- Les opérations ayant une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre de l'ouvrage.
- Les opérations présentant des caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) exigeant de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises.

2.2. Le recours au marché de conception-réalisation justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique

La conception-réalisation est également possible, depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010⁶, lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces dispositions ont pour objet de mettre en œuvre l'article 5 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement⁷ qui fixe des objectifs de réduction des consommations d'énergie des bâtiments existants de l'Etat et de ses établissements publics.

La notion d'amélioration de la performance énergétique doit être appréciée à la lumière de l'article 5 de la loi du 3 août 2009 qui ne vise que les opérations de travaux sur les bâtiments existants. Le recours aux marchés de conception-réalisation pour des motifs liés à la performance énergétique n'est donc possible que pour les travaux de réhabilita-

4. Pour davantage de précisions, voir le point 7.1.3.2 « Les contrats globaux sur performance » du guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

5. Rép. min. n° 50729, JOAN, 12 août 2014, p 6905.

6. Article 74 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement modifiant l'article 18-I de la loi MOP du 12 juillet 1985.

7. Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

tion et non dans l'hypothèse de la construction d'un ouvrage neuf⁸. Les opérations de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure relevant de la loi MOP pour lesquelles sera demandé cet engagement pourront être réalisées sur la base d'un seul contrat portant à la fois sur la conception et les travaux, voire l'exploitation ou la maintenance, dans les conditions fixées par l'article 73 du CMP.

2.3. Le juge contrôle les conditions de recours

Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces dispositions. Le recours aux marchés de conception-réalisation n'est regardé comme justifié, que si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice apporte des éléments permettant au juge d'en apprécier la pertinence au regard des critères rappelés ci-dessus.

Ainsi, le recours au marché de conception-réalisation a notamment été admis pour la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs⁹.

A également été admis l'exhaussement de l'opéra de Lyon qui n'était pas une « création ordinaire et répétitive d'un savoir-faire connu », mais une réalisation singulière et spéciale en ce qu'il comportait un dôme de verre pour un immeuble de grande hauteur et un étalement recevant du public¹⁰.

Ne peuvent, en revanche, pas faire l'objet d'un tel marché :

- la réalisation d'ateliers relais pour dirigeables¹¹ ;
- la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du code des marchés publics »¹² ;
- les travaux d'extension et de restructuration d'un collège¹³
- la réalisation d'un centre de secours hospitalier « dont les spécifications ne diffèrent en rien des contraintes auxquelles est assujéti tout bâtiment de même importance »¹⁴.

L'urgence n'est jamais un motif justifiant le recours au marché de conception-réalisation¹⁵.

3. Déroulement de la procédure

Le déroulement des procédures de passation des marchés de conception-réalisation est prévu, respectivement, aux articles 69 et 168-1 du code des marchés publics pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visés à l'article 1^{er} de la loi MOP¹⁶.

8. Rép. min. n° 18837, JOAN, 2 avril 2013, p. 3582.

9. TA Lyon, 14 juin 1996, *M. Chamberlain c/Conseil régional de l'ordre des architectes de Rhône-Alpes*, n° 960.2420.

10. CAA Lyon, 29 mai 2008, *Ville de Lyon*, n°06LY01546.

11. CE, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, n° 268610.

12. CAA Nancy, 5 août 2004, *M. Delrez c/Commune de Metz*, n° 01NC00110.

13. CE, 28 décembre 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes c/département du Puy-de-Dôme*, n° 221649.

14. TA Orléans, 28 juillet 1994, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Centre*, n° 94413.

15. CE, 17 mars 1997, *Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale*, n°155573, 155574 et 155575.

16. L'article 41-1 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ainsi que l'article 41-1 du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 reprennent également, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du n°2005-649 du 6 juin 2005 et visés par l'article 1^{er} de la loi MOP, les règles fixées par l'article 69 du CMP pour le déroulement des procédures de passation de leurs marchés de conception-réalisation

3.1. Pouvoirs adjudicateurs (article 69 du CMP)

3.1.1. Au dessus du seuil communautaire applicable aux marchés de travaux : appel d'offres restreint (article 69-I)

Au-delà de 5 186 000 euros HT, les marchés de conception-réalisation sont passés selon la procédure de l'appel d'offres restreint sous réserve du respect des conditions énoncées à l'article 69-I du CMP reprises ci-après.

3.1.1.1. Composition du jury

Dans le cadre de la passation d'un marché de conception-réalisation selon la procédure de l'appel d'offre restreint, le pouvoir adjudicateur doit désigner un jury composé dans les conditions fixées à l'article 24 du CMP. Un tiers au moins de ses membres sont des maîtres d'œuvre désignés par le pouvoir adjudicateur.

Ces maîtres d'œuvre doivent remplir deux conditions cumulatives pour être désignés :

- ils doivent être indépendants des candidats ;
- ils doivent être compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception.

Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence du Conseil d'Etat qu'un jury ne peut voir sa composition modifiée au cours de la procédure aboutissant au choix du titulaire du marché. Toutefois, dès lors que cette procédure se décompose en deux phases distinctes, choix de candidatures d'une part et choix des offres d'autre part, le pouvoir adjudicateur peut procéder entre ces deux phases au remplacement d'un ou des membres du jury si ce remplacement est motivé par la démission ou l'impossibilité de siéger du membre remplacé.¹⁷

3.1.1.2. Sélection des candidatures

Le jury examine les candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir.

Le pouvoir adjudicateur, au vu de cet avis, dresse la liste des candidats admis à présenter une offre.

Par dérogation à l'article 41 du code des marchés publics, les pièces de la consultation doivent être remises gratuitement aux candidats sélectionnés.

Le dossier de consultation comporte, outre les pièces habituelles, le programme de l'opération qui doit être détaillé et précis.

3.1.1.3. Examen des offres et audition des candidats

Les candidats doivent remettre une offre comprenant :

- un avant-projet sommaire (APS) pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet (AVP) pour un ouvrage d'infrastructure ;
- la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury examine les offres remises et doit auditionner les candidats avant de formuler un avis motivé.

Aucune disposition spécifique ne précise les modalités d'audition des candidats : celles-ci devront néanmoins être indiquées dans le règlement de la consultation et respecter les principes de transparence et d'égalité des candidats.

¹⁷. CE, 25 janvier 2006, *Communauté urbaine de Nantes*, n°257978.

Aucune phase de dialogue n'est prévue entre le jury et les candidats.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut éventuellement demander aux candidats de clarifier, préciser ou compléter leur offre sans pouvoir en modifier ses caractéristiques principales.

Le marché est ensuite attribué par le pouvoir adjudicateur 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. L'avis motivé du jury ne lie pas l'autorité compétente pour attribuer le marché¹⁸.

3.1.2. Procédure infructueuse

La procédure d'appel d'offres restreint peut être déclarée infructueuse (article 64-III du CMP) et relancée pour la passation d'un marché négocié (article 35-I du CMP)¹⁹.

3.1.3. Cas particulier des opérations de réhabilitation : le recours possible au dialogue compétitif (article 69-II)²⁰

En réhabilitation, les marchés de conception-réalisation peuvent être passés selon la procédure du dialogue compétitif si les conditions de recours à cette procédure sont remplies (article 36).

La procédure est alors organisée conformément aux dispositions de l'article 67 du CMP.

3.1.4. En-dessous du seuil communautaire : le recours possible à la procédure adaptée (article 69-III)²¹

Le marché de conception-réalisation, dont le montant est inférieur à 5 186 000 euros HT, peut être passé selon la procédure adaptée régie par l'article 28 du CMP.

3.2. Entités adjudicatrices (article 168-I du CMP)

3.2.1. Au-dessus du seuil communautaire : appel d'offres restreint ou marché négocié

Au-dessus du seuil de 5 186 000 euros HT, les entités adjudicatrices soumises à la loi MOP dont les ouvrages envisagés y sont soumis, ont le choix de la procédure applicable : appel d'offres restreint de l'article 69-I du CMP ou marché négocié après mise en concurrence des articles 165 et suivants du CMP²².

3.2.2. En-dessous du seuil communautaire : procédure adaptée

En dessous du seuil de 5 186 000 euros HT, les entités adjudicatrices peuvent passer leurs marchés de conception-réalisation selon la procédure adaptée de l'article 146 du CMP²³.

18. Rép. min. n°13764, JO Sénat, 23 septembre 2010, p 2502.

19. Cf. Article 33-I-1° du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005.

20. Article 41-1-III du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

21. Article 41-1-IV du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

22. Respectivement articles 41-1-II et 41-1-III du décret du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices non soumises au code des marchés publics.

23. Article 41-1-IV du décret du 20 octobre 2005.

3.3. Versement d'une prime

Quelle que soit la procédure utilisée, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, si les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, une prime doit être accordée aux candidats.

Le règlement de la consultation doit préciser ses modalités de versement, son montant ainsi que ses modalités de réduction voire de suppression. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études de conception affecté d'un abattement au plus égal à 20%. La rémunération de l'attributaire tiendra compte de cette prime.

Le Conseil d'Etat juge que le pouvoir adjudicateur et les candidats sélectionnés par le jury sont engagés dans un contrat, indépendamment du marché, ayant pour objet la remise, en contrepartie d'une prime, de prestations conformes aux documents de la consultation. Dès lors, en cas d'annulation de la procédure de passation d'un marché de conception-réalisation, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser le versement de la prime aux candidats, sauf si les vices ayant conduit à l'annulation de la procédure de passation du marché ont une incidence sur la validité de l'engagement contractuel relatif au versement de la prime²⁴.

4. Titulaire du marché de conception-réalisation

L'article 18 de la loi MOP (et l'article 37 du CMP) précise que le titulaire du marché de conception-réalisation d'un bâtiment doit être un groupement d'opérateurs économiques alors que celui d'un marché pour un ouvrage d'infrastructures peut être un seul opérateur économique.

En effet, en vertu de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, seul l'architecte peut élaborer le projet architectural d'un ouvrage soumis à la législation du permis de construire. Dès lors, le marché de conception-réalisation pour un ouvrage de bâtiment devra être confié à un groupement comprenant nécessairement et au minimum un architecte et un entrepreneur.

Il faut enfin noter que dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, les entreprises d'un groupement solidaire sont toutes solidairement et conjointement responsables en cas de désordres, même si ceux-ci ne leur sont pas directement imputables et ne concernent pas le lot pour lequel elles ont été choisies²⁵.

24. CE, 23 octobre 2013, *Hôpital du François*, n°362437, confirmé par CE, 14 février 2014, *Hôpital du François*, n°362331.

25. CAA Nancy, 10 juin 2010, *Sarl Masson*, n°08NC01433, CAA Bordeaux, 2 mars 2010, *Michel X et Vincent Y*, n°08BX02316.