

## Code des marchés publics : La procédure de conception-réalisation

*A noter* : le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 a introduit des dispositions afférentes aux marchés de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, dans ses deux décrets d'application (décret n°2005-1308 du 20/10/2005 et n°2005-1742 du 30/12/2005). Les décrets n°1993-1269 et 1993-1270 du 29 novembre 1993 pris pour l'application de la loi MOP sont abrogés.

### **1/ TEXTES**

Les marchés de conception-réalisation sont prévus par la **loi du 12 juillet 1985** relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dite loi MOP.

Son article 7 pose le principe d'une mission de maîtrise d'œuvre distincte de celle de l'entrepreneur pour la réalisation d'un ouvrage.

Par dérogation à cet article, l'article 18-1 de la même loi permet au maître d'ouvrage de « *confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructures, à une personne de droit privé une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. 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.* »<sup>1</sup>

Le **décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008** de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics a modifié les dispositions du code des marchés publics afférentes aux marchés de conception-réalisation pour les pouvoirs adjudicateurs (articles 37 et 69) et a inséré une *section 6 – dispositions particulières pour le marché de conception-réalisation* – (article 168-1) pour les entités adjudicatrices.

Par dérogation à la loi MOP, certaines réglementations particulières permettent le 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) ;
- 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;
- ordonnance du 17 juin 2004 modifiée par la loi 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

### **2/ DÉFINITION**

La conception-réalisation est un type particulier de marché dans lequel le maître d'ouvrage confie 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.

Ce marché permet ainsi d'associer les entrepreneurs à la conception de l'ouvrage. Il constitue donc une exception à l'organisation tripartite : maître d'ouvrage – maître d'œuvre – entreprises.

Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux car il a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage.

---

<sup>1</sup> Une circulaire du Ministère de l'aménagement et du territoire n° 95-58 du 9 août 1995 (NOR : EQUE9510111C) a apporté des éléments d'informations complémentaires notamment sur les conditions de recours au marché de conception-réalisation.

### **3/ 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.

### **4/ CONCEPTION-RÉALISATION, CODE DES MARCHÉS PUBLICS ET LOI MOP**

L'article 37 du CMP comprend deux alinéas : le premier donne une définition générale du marché de conception-réalisation et le deuxième impose des conditions strictes de recours à ce marché. Ces conditions de recours ne s'imposent qu'aux pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi MOP.<sup>2</sup>

L'article 69 du CMP présente le déroulement des procédures de passation des marchés de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs.

L'article 168-1 du CMP précise le déroulement des procédures de passation des marchés de conception-réalisation passés par les entités adjudicatrices.

### **5/ CONDITIONS DE RECOURS AU MARCHÉ DE CONCEPTION-RÉALISATION (ARTICLE 37 DU CMP)**

Le principe de l'interdiction d'associer l'entreprise à la conception de l'ouvrage posé par la loi MOP est assoupli par la possibilité de recourir à la conception-réalisation. Pour autant, l'utilisation de cette procédure est strictement encadrée.

Le deuxième alinéa de l'article 37 du CMP précise que :

*« Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du 1 de l'article 18 de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.*

*Ces motifs doivent être liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.*

*Sont concernés des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques. »*

Le choix de cette procédure est dicté par les caractéristiques de l'ouvrage à construire qui imposent l'association de l'entrepreneur aux études. Pour le déterminer, doivent être pris en compte la destination de l'ouvrage ou sa mise en œuvre technique.

Deux types d'opérations sont ainsi visés :

- celles dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ;
- celles dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une mise en œuvre dépendant des moyens et de la technicité des entreprises.

La circulaire n°95-58 du 9 août 1995 précitée précise que *« dans ce cadre, peuvent par exemple relever de ces motifs :*

- *certains ouvrages à grand volume impliquant une structure complexe ;*
- *certains ouvrages en souterrains exceptionnels ;*

---

<sup>2</sup> Sur les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi MOP, il conviendra de se référer à l'article 1<sup>er</sup> de la loi.

- certains ouvrages dont la fonction essentielle est constituée par un processus de production d'exploitation qui conditionne sa conception et sa réalisation comme par exemple les cuisines, les blanchisseries ou les procédés de production de chaleur, lorsque ces ouvrages constituent l'essentiel de l'opération ;
- la réhabilitation lourde de certains ouvrages existants impliquant des techniques particulières de construction comme des reprises en sous-œuvre, l'intervention sur des structures remettant en cause les descentes de charge. »

Il est à noter que l'urgence n'est pas un motif de recours à la conception-réalisation : CE, 28 décembre 2001, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, req. n°221649.

## **6/ JURISPRUDENCE**

Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces dispositions et il convient de souligner que le risque contentieux dans ce domaine est loin d'être négligeable.

Le recours à ce marché a été jugé légal pour la réalisation d'un parking souterrain (TA Lyon, 24 juin 1996, M.Chamberlain c/ Conseil régional de l'ordre des architectes de Rhône-Alpes, req n° 960.2420).

En ce qui concerne la réalisation d'un complexe omnisports, il a été considéré que le marché de conception-réalisation était autorisé compte tenu « des dimensions et du volume exceptionnel de l'ouvrage » (TA Strasbourg, 14 novembre 2000, Daniel Delrez c/ ville de Metz, n°99-3999). Cette solution a toutefois été infirmée (CAA Nancy, 5 août 2004, n° 01NC00110).

Il a été en revanche jugé que la réalisation d'un centre de secours hospitalier « dont les spécifications ne diffèrent en rien des contraintes auxquelles est assujetti tout bâtiment de même importance » ne nécessitait pas l'association de l'entrepreneur aux études (TA Orléans, 28 juillet 1994, Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Centre, req. n° 94413).

## **7/ DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE POUR L'ATTRIBUTION DU MARCHÉ DE CONCEPTION-RÉALISATION**

Versement d'une prime : quelque 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.

La circulaire n°95-58 du 9 août 1995 invite les pouvoirs adjudicateurs à verser la prime dans les délais les plus courts suivant la réunion du jury.

### **7.1 - Pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics (article 69)**

#### **7.1.1 – Au dessus du seuil communautaire applicable aux marchés de travaux : Appel d'offres restreint (article 69-I)**

Au-delà de 5 150 000 € HT, les marchés de conception-réalisation sont passés selon la procédure de l'appel d'offres restreint sous réserve de certaines dispositions dérogatoires : l'intervention d'un jury et l'audition des candidats.

#### ***- Composition du jury***

Le jury de la procédure de conception-réalisation est 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 eu regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception.

La circulaire n°95-58 du 9 août 1995 précitée signale également à ce sujet que « cette règle conduit à exclure des maîtres d'œuvre qui seraient des préposés du maître d'ouvrage ».

Par décision du 25 janvier 2006 (Communauté urbaine de Nantes, req. n°257978), le Conseil d'Etat a considéré qu'en principe, afin notamment d'éviter le risque d'une rupture d'égalité entre les candidats, un jury appelé à donner un avis sur le choix du titulaire d'un marché, tel que le marché de conception-réalisation, ne peut voir sa composition modifiée au cours de la procédure aboutissant à ce choix. La personne publique peut toutefois, dans les cas où cette procédure se décompose en des phases distinctes, choix de candidatures d'une part et choix des offres d'autre part, ce qui est l'hypothèse en procédure de conception-réalisation, procéder entre ces deux phases au remplacement du ou des membres du jury ayant démissionné ou fait savoir qu'ils étaient dans l'impossibilité de siéger.

- *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.

- *Examen des offres et audition des candidats*

Les candidats doivent remettre une offre comprenant :

- un APS (avant projet sommaire) pour un ouvrage de bâtiment ou un AVP (avant projet) 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.

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

Seul le pouvoir adjudicateur pourra ensuite 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 pour les marchés de l'Etat, des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou sociaux-médicaux ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et les autres établissements publics locaux.

- *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-10 du CMP).

7.1.2 – Opérations de réhabilitation : Dialogue compétitif (article 69-II)

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.

7.1.3 – En dessous du seuil communautaire : Procédure adaptée (article 69-III)

Le marché de conception-réalisation dont le montant est inférieur à 5 150 000 € HT, peut être passé selon la procédure adaptée régie par l'article 28 du CMP.

**7.2 - Entités adjudicatrices soumises au code des marchés publics (section 6 – article 168-1)**

7.2.1 – Au dessus du seuil de 5 150 000 € HT, les entités adjudicatrices soumises à la loi MOP ou 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 CMP.

7.2.2 – En dessous du seuil de 5 150 000 € HT, les entités adjudicatrices peuvent passer leur marché de conception-réalisation selon la procédure adaptée de l'article 146 du CMP.