



La maîtrise d'œuvre dans les contrats de partenariat

Définition (ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat)

Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels une personne publique (Etat ou ses établissements publics, collectivités territoriales et leurs établissements publics) confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une **mission globale** relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut se voir confier **tout ou partie de la conception des ouvrages**. La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

La personne publique ne peut recourir à ce type particulier de contrat que si elle est en mesure de justifier d'un motif d'intérêt général tel que **la complexité du projet** ou le caractère **d'urgence** de l'opération.

Une **évaluation préalable** est nécessaire : elle doit exposer avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif ayant conduit la personne publique après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

L'institution ordinaire et l'ensemble de la maîtrise d'œuvre ont alerté les pouvoirs publics sur les conséquences d'une politique de contrats globaux. La passation des contrats de partenariat est une procédure juridiquement et techniquement complexe qui présente des risques d'affaiblissement de la transparence des décisions publiques et de limitation de la concurrence. Si le contrat de partenariat présente l'avantage d'être économique à court terme, il peut s'avérer peu rentable sur le long terme, faisant ainsi courir un risque financier au maître d'ouvrage.

Les enjeux : Quelle place pour la maîtrise d'œuvre ?

L'architecture est reconnue d'intérêt public par la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

La maîtrise de la qualité architecturale est essentielle tant au regard du caractère emblématique et patrimonial des équipements publics, de leur insertion dans un environnement sensible, que du « devoir d'exemplarité » qui incombe à la personne publique en matière de définition du cadre de vie.

Une conception de qualité tant d'un point de vue architectural et technique qu'économique, crée de la valeur sur le plan de l'usage et pour la dimension patrimoniale de l'ouvrage.

Cette valeur ajoutée participe d'une forme de rentabilité des investissements qui doit être prise en compte dans l'analyse des offres des contrats de partenariat. Elle prend tout son sens dans la perspective du développement durable.

Le guide intitulé "**les contrats de partenariats, principes et méthodes**" publié par le ministère des finances en avril 2005 et qui a pour objet d'aider les maîtres d'ouvrage au montage de ces contrats l'a d'ailleurs rappelé, en précisant que :

« Les équipements publics et, en particulier, les bâtiments publics participent à l'identité de la ville, ils constituent des repères de celle-ci, ils assurent très souvent une fonction symbolique dans la vie de nos sociétés et constituent notre patrimoine culturel. L'architecture est d'intérêt public.

Les valeurs d'usage et patrimoniale dépendent directement de la qualité de la conception et constituent donc l'enjeu fondamental de toute opération de construction. Pour ces raisons, des responsables de collectivités publiques, lorsqu'ils font appel à des partenariats pour la construction et l'exploitation ultérieure de leurs équipements, pourront souhaiter conserver une entière liberté de choix du concepteur et du projet architectural. Ils pourront déterminer le meilleur projet architectural, puis consulter en contrat de partenariat, garantissant la qualité du projet et favorisant la transparence de la consultation, chaque groupement répondant pour un même objet ».

L'ordonnance sur les contrats de partenariat prévoit deux hypothèses :

La personne publique peut décider de s'en remettre au titulaire du contrat de partenariat pour mener à bien l'ensemble de l'opération et donc lui confier la totalité de la conception de l'ouvrage

Dans cette hypothèse, la passation du contrat de partenariat est encadrée, le Conseil constitutionnel, l'a d'ailleurs rappelé dans sa décision du 2 décembre 2004 *« lorsque la personne publique confie toute la conception des ouvrages à son cocontractant, l'article 12 de l'ordonnance (dont les dispositions sont reprises à l'article L.1414-13 du code général des collectivités territoriales), impose que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural ; qu'en vertu des mêmes dispositions, doivent figurer, au nombre des critères d'attribution du contrat, la qualité globale des ouvrages et, parmi les conditions de son exécution, l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ».*

La personne publique peut aussi décider de se réserver le choix du concepteur du projet architectural

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 décembre 2004, a ainsi rappelé *« qu'il ressort des termes mêmes de l'ordonnance que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire ; que, lorsqu'elle ne confie à ce titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible de faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume »*

Comment la personne publique va-t-elle pouvoir concilier les exigences de qualité architecturale, de transparence de la procédure, de mise en place d'une réelle concurrence avec les contraintes juridiques imposées pour la passation des contrats de partenariat ?

Comment concilier les avantages de la nouvelle procédure de contrat de partenariat avec ceux d'une procédure classique ? Quelle hypothèse privilégier ?

La solution préconisée

Un des souhaits de la personne publique qui veut réaliser un bâtiment destiné à un service public, sur un terrain qu'elle fournit, est que le projet qui va lui être proposé réponde de façon la plus adaptée à ses besoins, en préservant ses intérêts et en favorisant la qualité du fonctionnement et de l'environnement du futur bâtiment.

Le choix de ce projet est une prérogative fondamentale de la personne publique qui agit au nom de l'intérêt public et ne peut, ni ne doit, la déléguer à un groupement privé dont l'objectif principal ne vise essentiellement que la rentabilité.

La solution préconisée par l'ordre des architectes et les représentants de la maîtrise d'œuvre, la CICF, l'UNAPOC, l'UNSFA et l'UNTEC, est que la personne publique se réserve le choix du concepteur.

Seule cette solution permet à la personne publique d'assumer ses obligations tout en lui garantissant le choix du projet qui répondra à ses besoins.

Cette solution est évidemment la plus appropriée pour préserver la qualité architecturale puisque toute l'attention de la personne publique sera orientée vers le choix de la meilleure réponse à son programme, sans être perturbée par les contraintes lourdes de la procédure de passation du contrat de partenariat.

Pour la mettre en œuvre, l'ordre des architectes et les représentants de la maîtrise d'œuvre proposent une méthode qui se déroule de la manière suivante :

- Sélectionner l'équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception par la voie du concours.
- Afin de gagner du temps, engager les études d'évaluation et le concours de manière simultanée.
- Pour être capable de maîtriser son projet sans le figer, pousser les études jusqu'au dépôt de la demande de permis de construire lequel servira de base à la consultation de partenariat.
- Prévoir que l'équipe de maîtrise d'œuvre auteur du projet poursuivra sa mission pour le compte du groupement attributaire du contrat de partenariat. Maîtrisant parfaitement son projet, elle est en effet la mieux placée pour optimiser la qualité de l'équipement futur, tout en recherchant le meilleur coût global de l'opération.

Toutes les raisons pour adopter cette solution

Pourquoi un concours préalable de maîtrise d'œuvre ?

La procédure de partenariat conduit à juger un contrat global dans lequel le critère architectural n'est pas prépondérant. A l'inverse organiser un concours c'est garantir à la personne publique la liberté du choix de ses projets architecturaux, sur la base de critères qualitatifs, d'une diversité plus importante de propositions, dans des délais équivalents, à moindre coût et dans le cadre d'un partage des risques. Il est donc dans l'intérêt des maîtres d'ouvrage d'offrir aux maîtres d'œuvre les conditions optimales d'une réflexion libre et approfondie.

Des critères qualitatifs : Les critères adoptés par la personne publique prennent en compte les valeurs d'ordre culturel, social, urbanistique, environnemental, esthétique, fonctionnel, ergonomique, technique et économique. Ils intègrent les objectifs de performance en matière de construction durable. Un vrai dialogue peut être conduit par le lauréat avec les futurs utilisateurs. La maîtrise de la conception par la personne publique est garantie par le permis de construire, déposé sur la base d'un avant-projet définitif (APD), qui définira les éléments essentiels de la réalisation.

Une diversité plus importante de candidatures et de projets : L'appel à candidature du concours va apporter à la personne publique un nombre important de candidatures potentielles ce qui lui permettra de choisir librement les équipes de maîtrise d'œuvre les plus à même de réaliser son équipement. Le concours préalable permet donc une ouverture plus importante de la concurrence qui n'est plus limitée aux seuls architectes imposés par les candidats au contrat de partenariat.

En outre dans une procédure classique de concours, le nombre de candidats admis à présenter un projet peut être plus élevé sans pour autant générer pour la personne publique une dépense excessive (contrairement au coût très important que représentent pour les groupements et le maître d'ouvrage les candidatures et l'analyse des offres de la procédure de dialogue compétitif prévue pour le choix du titulaire du contrat de partenariat) surtout si le niveau de rendu des prestations est l'esquisse.

Un dialogue serein avec les utilisateurs : Le dialogue avec les représentants des utilisateurs est limité, dans les contrats de partenariat, à la phase de dialogue compétitif et, une fois le contrat passé, au bon vouloir de l'opérateur privé avec, éventuellement, des conséquences financières pour la personne publique.

Le concours préalable de maîtrise d'œuvre offre la possibilité d'établir un dialogue direct avec les utilisateurs en phase de mise au point du marché et jusqu'au dépôt de la demande de permis de construire.

La personne publique a ainsi plus de garanties de satisfaire les futurs usagers et d'obtenir des projets de qualité rendant le meilleur service public.

Pourquoi mener de front le concours de maîtrise d'œuvre et l'évaluation préalable ?

Un gain de temps : La personne publique peut mener de front l'organisation d'un concours de maîtrise d'œuvre et les analyses nécessaires à l'évaluation préalable, dont les résultats lui permettront de savoir si elle continue son opération en procédure classique ou si elle opte pour la passation d'un contrat de partenariat.

Si l'évaluation la conduit à renoncer au contrat de partenariat, elle n'aura pas perdu de temps puisque ayant déjà engagé les études avec l'équipe de maîtrise d'œuvre, elle pourra mener à bien son opération, en procédure classique, dans un délai contenu.

Si l'évaluation démontre à la personne publique qu'elle a intérêt à opter pour un contrat de partenariat, le concours préalable de maîtrise d'œuvre lui aura permis de choisir son projet architectural et de conduire les études (les délais d'instruction du permis de construire et de recours des tiers pouvant être mis à profit) avant d'engager la procédure de passation du contrat de partenariat qui pourra alors être lancée sur une base fiable et cohérente, facilitant la mise en concurrence des opérateurs privés, sur un même projet, et optimisant ainsi les délais et les coûts de la consultation.

Pourquoi confier à l'équipe lauréate du concours une mission lui permettant de poursuivre les études jusqu'au stade de la demande de permis de construire ?

Une réflexion concertée avec la personne publique : Le dialogue mené tout au long des études avec la personne publique permet d'enrichir le projet tout en lui garantissant qu'il réponde à ses attentes. Cet échange permanent aboutit, en concertation avec la personne publique, à la mise au point de l'APD sur la base duquel sera déposée la demande de permis de construire.

Une procédure de passation du contrat de partenariat optimisée : Les études conduites normalement jusqu'à l'APD par l'équipe lauréate vont servir de base à la consultation des opérateurs privés.

Lancer cette consultation sur la base d'un même projet permettra à la personne publique de définir plus aisément des critères objectifs. L'analyse des offres des opérateurs privés s'en trouvera simplifiée, plus rapide et moins coûteuse, puisque la personne publique aura pu obtenir des offres objectivement comparables car elles concernent le même projet.

Des propositions de variantes toujours possibles : Une consultation de partenariat lancée sur la base d'un APD permet aux opérateurs privés, même si le parti architectural du futur projet est déterminé, de proposer des variantes dans le cadre du dialogue compétitif pour optimiser les coûts d'investissement, de maintenance et d'exploitation.

Un partage équilibré des risques : Le contrat de partenariat doit fixer les conditions dans lesquelles le partage des risques est établi entre les contractants. L'optimisation du partage des risques est une condition déterminante de la réussite du contrat. Comme le précise le guide "**les contrats de partenariats, principes et méthodes**" du ministère des finances *« il n'est pas question de transférer à tout prix le plus grand nombre de risques mais d'optimiser ce transfert en vue d'obtenir le meilleur rendement financier du contrat pour la personne publique »*.

Si la personne publique accepte de porter le « risque de conception » jusqu'à l'obtention du permis de construire, ce choix présentera l'avantage de limiter les conséquences économiques que ne manquera pas de lui faire supporter le titulaire du contrat de partenariat s'il était contraint d'assumer ce risque. D'autant qu'indéniablement la personne publique est la mieux placée pour assumer ce risque.

Pourquoi l'équipe auteur du projet doit-elle être ensuite cocontractant du titulaire du contrat de partenariat ?

La maîtrise du projet : Les variantes proposées par le titulaire du contrat de partenariat et les modifications de programme qui peuvent intervenir en cours d'exécution du contrat, peuvent amener l'opérateur privé, devenu maître d'ouvrage, à déposer une demande de permis modificatif.

L'équipe auteur du projet qui, d'une part, dispose d'un droit moral sur son œuvre, et, d'autre part, assume la responsabilité de sa conception, est la mieux placée pour faire évoluer son projet, dans le sens de l'intérêt général, tout en veillant à ne pas remettre en cause la qualité de la conception.

En devenant cotraitant de l'opérateur privé, l'équipe auteur du projet apportera à la personne publique l'assurance de ne pas voir dénaturer le projet qu'elle a choisi au préalable. Les démarches administratives ultérieures que devra mener l'opérateur privé s'en trouveront facilitées et les risques de contentieux, liés à la propriété intellectuelle, inexistantes.

1. Le choix du projet : concours préalable de maîtrise d'œuvre

Après un avis d'appel public à la concurrence qui annonce clairement que la personne publique se réserve la possibilité, en cours d'études, de renoncer à assurer la maîtrise d'ouvrage de l'opération pour recourir à un contrat de partenariat, une procédure classique de concours est lancée dans le respect des règles de procédure qui s'imposent à la personne publique (loi MOP, code des marchés publics, ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics).

2. Signature d'un contrat de maîtrise d'œuvre pour une mission complète

Tant que la décision de la personne publique de recourir ou non à un contrat de partenariat n'est pas définitivement prise, un contrat de maîtrise d'œuvre confiant une mission de base doit être passé avec l'équipe lauréate du concours.

Le contrat de maîtrise d'œuvre devra prévoir les clauses suivantes :

- Une clause de cession du contrat de maîtrise d'œuvre au titulaire du contrat de partenariat dans l'hypothèse où la personne publique décide de poursuivre l'opération en contrat de partenariat.
- Une clause d'acceptation de la cession, le consentement du cédé étant nécessaire.
- Une clause précisant les modalités d'adaptation des éléments de mission « ACT » (assistance à la passation des contrats de travaux) et « Etudes d'exécution ». En effet, la particularité de la procédure de partenariat modifie le contenu de ces deux éléments tels qu'ils sont définis par la loi MOP.
- Une mission complémentaire d'examen des variantes proposées par les candidats au contrat de partenariat.

3. Mise au point de l'avant-projet

Cette étape est menée en concertation avec la personne publique. Après le concours, les études se poursuivent, enrichies par le dialogue direct de la maîtrise d'œuvre, de la maîtrise d'ouvrage et des futurs utilisateurs, jusqu'à la mise au point d'un dossier, base de la consultation des candidats au contrat de partenariat.

4. Lancement de la procédure du contrat de partenariat

La procédure peut être lancée soit sur la base d'un permis de construire obtenu, soit sur celle d'une demande de permis déposée en mairie (ce qui permet de profiter du délai d'instruction de la demande pour engager la procédure).

Dans tous les cas, le contrat de partenariat ne sera signé qu'une fois le permis de construire obtenu.

Lancer la procédure sur la base de la demande de permis de construire déposée en mairie présente de nombreux intérêts pour la personne publique :

- A ce stade d'avancement des études (l'APD pouvant ne pas avoir encore été approuvé), le projet est défini dans les composantes essentielles qui conditionnent la qualité de vie des futurs utilisateurs. Les grandes idées directrices, l'esprit et l'image du service public sont ainsi préservés tout en permettant encore l'optimisation du projet.
- Ainsi l'APD permet encore aux candidats à la consultation de partenariat d'apporter des variantes innovantes notamment en terme d'exploitation et de maintenance.
- Les discussions avec les autorités chargées de délivrer le permis de construire sont plus efficacement menées par la personne publique au nom de laquelle est déposée la demande.

Le dossier de consultation des candidats au contrat de partenariat devra comporter :

- Le projet architectural
- L'obligation de poursuivre l'exécution du contrat de maîtrise d'œuvre avec l'équipe auteur du projet en précisant toutefois que le contenu des éléments de mission restant à réaliser sera adapté, à programme constant, pour tenir compte des spécificités du partenariat. Il s'agit bien de la poursuite du contrat de maîtrise d'œuvre initial, un avenant permettant au titulaire du contrat de partenariat d'adapter le contrat de maîtrise d'œuvre aux règles de droit privé.

5. Séance de dialogue compétitif ou d'examen des offres des candidats au contrat de partenariat : intervention de la maîtrise d'œuvre au côté de la personne publique

Au cours du dialogue compétitif ou de la séance d'examen des offres, l'équipe de maîtrise d'œuvre auteur du projet assiste la personne publique et lui donne son avis, en particulier sur toutes les variantes proposées par les candidats au contrat de partenariat.

Dans le cadre de la mission ACT (dont le contenu est adapté), la maîtrise d'œuvre joue essentiellement un rôle d'expert limité à l'examen de la compatibilité des évolutions envisagées par les candidats à l'esprit de son projet.

6. L'équipe de maîtrise d'œuvre devient cocontractante du titulaire du contrat de partenariat

Les relations contractuelles entre l'opérateur privé titulaire du contrat de partenariat et l'équipe de maîtrise d'œuvre sont équilibrées. Avec une reconnaissance réciproque des rôles et des compétences, elles sont bâties dans l'esprit d'un véritable partenariat, la phase de dialogue compétitif ayant permis la discussion et l'agrément, par tous, des variantes et des optimisations de l'APD. La conception ne s'arrête pas au permis de construire, elle se poursuit tout au long de l'exécution de la mission. L'équipe de maîtrise d'œuvre devra ainsi notamment intégrer les modifications cohérentes avec le projet et acceptées par la personne publique à l'issue du dialogue compétitif.