

Législation européenne sur la passation de marchés publics et les services en architecture:

Recommandations et Guide pour la transposition en droit national

Document adopté par l'Assemblée Générale du CAE le 24 avril 2014



Table des matières

I. Introduction

II. Recommandations pour la transposition des mesures législatives en droit national / Guide de bonne pratique pour l'application du droit communautaire en matière de passation de marchés publics au niveau national

III. Recommandations pour les concours de conception (“Concours d'architecture”)

I. Introduction

Le Conseil des Architectes d'Europe (CAE) est une organisation, basée à Bruxelles, dont les membres sont les organisations professionnelles représentatives des vingt-huit Etats membres de l'Union européenne, plus la Suisse et la Norvège. Il y a aussi plusieurs associations nationales / chambres d'architectes de pays tiers qui ont un statut d'observateur.

Le CAE représente les intérêts de quelque 550,000 architectes en Europe. Les marchés publics constituent un instrument important du point de vue de la profession pour ouvrir le marché européen aux services des architectes et il conviendrait de définir un cadre légal qui permettrait de promouvoir la qualité de l'environnement bâti en garantissant une véritable concurrence et en procurant le meilleur rapport qualité-prix.

En février 2014, le dispositif de mesures législatives simplifiant et modernisant les directives marchés publics et les adaptant aux besoins administratifs modernes a été adopté par le Conseil des Ministres de l'Union européenne après son approbation par le Parlement européen un mois plus tôt. Les directives amendées entraîneront des modifications substantielles dans les lois sur les marchés publics nationales et leurs dispositions devront être transposées en droit national dans les deux années qui viennent.

Les Etats membres devraient saisir cette opportunité en vue d'amender leur législation nationale en matière de marchés publics au bénéfice maximum des citoyens, des opérateurs économiques et des pouvoirs adjudicateurs. Le CAE considère le soutien de cet objectif, en particulier dans le domaine de la passation de marchés pour des services en architecture, comme un objectif important. Le présent document sur les meilleures pratiques contient des recommandations en vue de la transposition des nouvelles directives dans le droit national dans le domaine des services en architecture.

Tout d'abord, le Guide contient des recommandations sur la meilleure pratique, rangées de façon chronologique par rapport à la procédure d'adjudication. Ensuite, nous formulons des recommandations sur l'application des dispositions communautaires en ce qui concerne les concours de conception (*concours d'architecture* en langage courant) conformément au Titre III, Chapitre II de la Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation de marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/EC, Journal officiel ...

Le présent document évalue aussi la pratique des marchés publics dans les Etats membres. Une attention particulière a été accordée à la bonne pratique ainsi qu'à la mauvaise pratique dans les procédures de passation de marchés au niveau national. De telles expériences ont été prises en considération afin d'éliminer des pratiques en matière de passation de marchés qui minent les principes de transparence, de concurrence et de non-discrimination. Le CAE accueillerait favorablement un recours plus extensif à ces directives dans les Etats membres.

Il convient d'attirer l'attention sur le fait que le législateur, et tout particulièrement le Parlement européen et la Commission européenne, a identifié les principaux problèmes dans la passation de marchés de services en architecture: le manque de réelle concurrence à la suite d'un abus des critères de sélection comme par exemple le chiffre d'affaires et le nombre d'employés et, enfin et ce n'est pas le moindre des problèmes, le fait que la décision d'attribution du marché soit basée sur le prix et non sur la qualité. La transposition des nouvelles directives constitue une occasion de créer une base pour une concurrence accrue et de meilleurs résultats. La publication de ces recommandations vise à contribuer à ouvrir le marché aux jeunes professionnels et aux petits bureaux tout autant qu'à détourner l'attention de la perspective

unidimensionnelle du prix vers une perspective holistique, incluant des facteurs comme la durabilité et l'environnement en général et la qualité et le coût sur tout le cycle de vie en particulier.

Ces recommandations ont été adoptées par l'Assemblée générale du CAE, qui représente les organisations professionnelles des architectes dans les Etats membres de l'UE le 24 avril à Padoue, Italie.

II. Recommandations pour la transposition des mesures législatives en droit national / Guide de bonne pratique pour l'application du droit communautaire en matière de marchés publics au niveau national

Les directives Marchés publics proposent un cadre en vue de la passation de marchés de toute une série de services, fournitures, biens et travaux. Elles contiennent nécessairement plusieurs instruments et procédures, dont certaines ne conviennent pas à la passation de marchés de services en architecture. Toutefois, les directives permettent une transposition des textes au niveau national qui tienne compte de la nature spécifique des services en architecture.

En conséquence, le CAE recommande une transposition et une application de la Directive taillée sur mesure, tenant compte des particularités des services des architectes. Les recommandations se concentrent sur les décisions les plus pertinentes qui devront être prises durant la procédure de passation de marchés et respectent la chronologie du processus.

1. Définition du projet

Cadre légal (dispositions les plus pertinentes):

Article 2 (Définitions)

En vertu de l'Article 2, point 9 de la Directive 2014/24/UE, un 'marché de service public' signifie des marchés publics qui ont pour objet la fourniture de services autres que ceux visés au point 6 (dans ce point, les 'marchés de services publics' sont définis comme des marchés publics ayant pour objet (notamment) l'exécution ou à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage).

Article 46 (Division des marchés en lots)

En vertu de l'Article 46, paragraphe 1er, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots séparés et peuvent déterminer la taille et l'objet de ces lots.

Les pouvoirs adjudicateurs indiqueront les principales raisons pour lesquelles ils ont décidé de ne pas subdiviser en lots, sauf pour les marchés dont la division est obligatoire conformément au paragraphe 4 de cet Article, et celles-ci seront incluses dans les documents d'adjudication ou le rapport individuel auquel se réfère l'Article 84.

En vertu du paragraphe 4, les Etats membres peuvent mettre en œuvre le deuxième sous-paragraphe du paragraphe 1er en rendant obligatoire l'attribution de marchés sous la forme de lots séparés à des conditions qui devront être spécifiées conformément à leur droit national et respectant le droit communautaire (...).

Recommandations du CAE

- *La planification est la base de l'exécution ultérieure des travaux. Pour garantir une prestation qui ne soit pas guidée par le seul avantage financier du contractant, l'architecte doit se trouver dans une position lui permettant d'agir comme une personne de confiance indépendante pour le pouvoir adjudicateur. Par conséquent, la conception et l'exécution des travaux devraient faire l'objet de marchés distincts.*
- *L'appel d'offre devrait être rédigé sur la base du résultat d'un concours.*

Explications

La définition du projet est la première étape de la procédure de passation de marché. Il s'agit d'une phase critique, en particulier parce que le pouvoir adjudicateur doit prendre des décisions initiales qui seront d'une importance considérable pour l'ensemble du processus de passation de marché. Le projet est défini sous la forme d'un appel d'offre soit en utilisant des ressources du pouvoir adjudicateur soit avec l'aide d'experts (architectes). La qualité de l'appel d'offre est importante pour les résultats de la procédure en termes fonctionnels et économiques.

Un moment crucial dans le lancement du projet est la décision d'attribuer la conception et la réalisation de l'ouvrage séparément ou conjointement. Le législateur européen a décidé de laisser la décision de passation conjointe ou séparée au pouvoir adjudicateur (voir Considérant 8: "Cependant, eu égard à la diversité des marchés publics de travaux, il convient que les pouvoirs adjudicateurs puissent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour la conception et l'exécution des travaux. La présente directive ne vise pas à prescrire une passation séparée ou conjointe." Par ailleurs, le législateur a pris la décision de poser la séparation des marchés comme principe. En vertu de l'Article 46, les pouvoirs adjudicateurs doivent indiquer quelles sont les principales raisons pour lesquelles elles ont décidé de ne pas subdiviser le marché en lots. Le Considérant 78 dit clairement que "Lorsque le pouvoir adjudicateur décide qu'il ne serait pas indiqué de diviser le marché en lots, le rapport individuel ou les documents de marché devraient comporter une mention des principaux motifs justifiant son choix. À ce titre, le pouvoir adjudicateur pourrait par exemple faire valoir qu'il estime que cette division risquerait de restreindre la concurrence ou de rendre l'exécution du marché excessivement coûteuse ou difficile sur le plan technique ou que la nécessité de coordonner les contractants des différents lots pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché."

Par ailleurs, le texte stipule que "La passation des marchés publics devrait être adaptée aux besoins des PME. Il convient d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à recourir au code des bonnes pratiques présenté dans le document de travail de la Commission du 25 juin 2008 intitulé «Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics», qui fournit des orientations sur la manière dont ils peuvent appliquer le cadre régissant les marchés publics en vue de faciliter la participation des PME. À cet effet, et afin de renforcer la concurrence, les pouvoirs adjudicateurs devraient en particulier être encouragés à diviser en lots les marchés importants. Cette division pourrait se faire sur une base quantitative, en faisant mieux correspondre la taille des différents marchés à la capacité des PME, ou sur une base qualitative, en fonction des différentes branches d'activité et spécialisations concernées, afin d'adapter plus étroitement le contenu de chaque marché aux secteurs de spécialisation des PME, ou selon les différentes phases successives du projet."

Outre cette disposition, le législateur a permis que les Etats membres puissent aller jusqu'à rendre obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots séparés à des conditions qui devront être spécifiées conformément à leur droit national en respectant le droit communautaire.

Le CAE soutient fermement cette approche du législateur favorable aux PME et souligne qu'à son avis une séparation de la conception et de la réalisation des travaux est la meilleure option. Dans ce contexte, il convient de remarquer que cette recommandation est aussi basée sur plusieurs projets de recherche dans les Etats membres, parmi lesquels plusieurs études de grande ampleur entreprises par les Cours des comptes et qui ont montré qu'en général une passation séparée des marchés pour les services de conception et l'exécution garantit des résultats économiquement plus avantageux¹.

Le concours d'architecture (voir explications détaillées sous les points 3 et 5), suivi d'une procédure négociée, est un outil qui s'est avéré comme l'un des plus avantageux pour la qualité des ouvrages publics.

2. Accessibilité aux marchés publics – critères de sélection

Cadre légal (dispositions les plus pertinentes):

Article 58 (Critères de sélection)

En vertu de l'Article 58, paragraphe 1er, les critères de sélection peuvent se rapporter à:

- (a) la capacité d'exercer l'activité professionnelle;
- (b) la situation économique et financière;
- (c) la capacité technique et professionnelle.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent imposer que des critères tels que ceux visés aux paragraphes 2, 3 et 4 aux opérateurs économiques qu'en tant que conditions de participation. Ils limiteront toute exigence à celles qui sont pertinentes en vue de garantir qu'un candidat ou soumissionnaire a la capacité légale et financière et les capacités techniques et professionnelles en vue de remplir le marché qui doit être attribué. Toutes les exigences seront liées et proportionnelles à l'objet du marché.

En vertu du paragraphe 3, relatif à la situation économique et financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des exigences pour garantir que les opérateurs économiques disposent de la capacité économique et financières nécessaire pour remplir le contrat. A cet effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander plus particulièrement que les opérateurs économiques puissent faire état d'un chiffre d'affaires annuel minimum, notamment dans le domaine couvert par le marché. En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels, par exemple en montrant les ratios entre les actifs et les passifs. Ils peuvent aussi demander un niveau suffisant de couverture par une assurance en responsabilité professionnelle.

¹ Voir par exemple „Finanzamt Ludwigburg – Umbau und Neubau“, publié par le Ministère des Finances, Baden-Württemberg Juni 1999; Hochbau des Bundes Wirtschaftlichkeit bei Baumaßnahmen, Empfehlungen für das wirtschaftliche Planen und Ausführen von Hochbaumaßnahmen des Bundes, Hrsg.; Die Präsidentin des Bundesrechnungshofes (Cour des comptes fédérale) als Bundesbeauftragte für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Bonn März 2001, S 63; Jahresbericht 2000 des Landesrechnungshofes Rheinland-Pfalz (Cour des comptes) Tz. 26

Le chiffre d'affaires annuel minimum que doivent réaliser les opérateurs économiques n'excèdera pas deux fois la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés liés à la nature des travaux, services ou fournitures. Le pouvoir adjudicateur indiquera les raisons principales d'une telle exigence dans les documents du marché public ou dans le rapport individuel mentionné à l'Article 84.

Le ratio entre les actifs et les passifs par exemple, peut être pris en considération si le pouvoir adjudicateur spécifie les méthodes et critères de cette prise en considération dans les documents du marché public. Ces méthodes et critères doivent être transparents, objectifs et non-discriminatoires.

Recommandations du CAE

- *Des services Intellectuels comme les services en architecture devraient être choisis sur la base de la meilleure idée et de la meilleure conception ; des critères quantitatifs comme le chiffre d'affaires et le nombre d'employés ne constituent pas des modes de sélection appropriés.*
- *Les critères de sélection devraient généralement se réduire à la qualification professionnelle et à un minimum de critères supplémentaires en vue de garantir une réelle concurrence.*

Explications

En tant que principe général, le critère du choix d'un architecte par le pouvoir adjudicateur devrait être basé sur la prestation et non sur des critères de sélection (souvent principalement quantitatifs). Plus particulièrement, des projets complexes peuvent occasionnellement nécessiter un recours à des critères de sélection spécifiques (expérience spécifique, références et qualifications supplémentaires particulières comme l'ingénierie acoustique, etc.) qui excluent des opérateurs économiques généralement qualifiés qui souhaitent participer seuls à une procédure. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur devrait accepter la participation de groupes d'opérateurs économiques.

Les critères de sélection ne devraient jamais être conçus dans le seul but de réduire le nombre de participants. Le CAE a remarqué que dans un nombre considérable de notifications au Journal Officiel, on abusait des critères de sélection listés par les directives européennes. On demande par exemple aux candidats ou soumissionnaires de prouver leur éligibilité en fournissant des informations sur leur chiffre d'affaires au cours des trois exercices fiscaux précédents, sur le nombre de personnes qu'ils ont employées en moyenne au cours des trois dernières années, sur le personnel technique destiné à des fonctions managériales et de supervision, etc. De tels critères ne sont pas liés à la qualité du service qui peut être attendu d'un candidat dans le domaine des services en architecture. Par conséquent, de tels critères ne devraient pas être utilisés comme un moyen technique pour limiter le nombre de participants. Le nombre potentiel de participants doit être considéré comme une ressource appréciable pour notre économie présentant un potentiel important d'idées et de concepts innovants. L'Etude de Secteur du CAE 2012² a révélé qu'une exigence de chiffre d'affaires du montant de la valeur plancher prévue par la Directive européenne sur les Marchés Publics (207.000 Euros) exclut environ 90% des pratiques de l'Union européenne de la compétition. C'est totalement contraire au besoin de promotion de la qualité et de l'innovation dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur et

² La Profession d'architecte en Europe 2012- Une étude du secteur commanditée par le Conseil des Architectes d'Europe, Chapitre III

de la société. En outre, c'est absolument incohérent par rapport à la nécessité de promouvoir les PME.

Le CAE souhaite souligner que le texte de la Directive tel que proposé ne contredit nullement la législation nationale qui restreint les possibilités d'abus des critères de sélection en tant que moyen de réduire le nombre de participants à une procédure spécifique, entraînant ainsi des dommages collatéraux en renonçant aux avantages qu'apporterait une saine concurrence, comme des réussites économiques, l'innovation et le mérite culturel des projets.

3. Procédures

Cadre légal (dispositions les plus pertinentes):

Article 26 (Choix de la procédure)

1. Lorsqu'ils passent des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs mettent en œuvre les procédures nationales adaptées de manière à être conformes à la présente directive, à condition que, sans préjudice de l'article 32, un appel à la concurrence ait été publié conformément à la présente directive.

2. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en œuvre des procédures ouvertes ou restreintes régies par la présente directive.

3. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en œuvre des partenariats d'innovation régis par la présente directive.

4. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation ou à un dialogue compétitif dans les situations suivantes:

(...)

ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes;

(...)

6. Dans certains cas et circonstances expressément visés à l'article 32, les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à une procédure négociée sans publication préalable d'un appel à la concurrence. Les États membres n'autorisent pas l'application de cette procédure dans d'autres cas que ceux visés à l'article 32.

Article 29 (Procédure concurrentielle avec négociation)

1. Dans une procédure concurrentielle avec négociation, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de mise en concurrence contenant les informations visées à l'annexe V, parties B et C, en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur. Dans les documents de marché, les pouvoirs adjudicateurs définissent l'objet du marché en fournissant une description de leurs besoins et des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précisent les critères d'attribution du marché. Ils indiquent également les éléments de la description qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres.

(...)

3. Sauf disposition contraire au paragraphe 4, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 7, en vue d'améliorer leur contenu. Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

(...)

Article 32 (Recours à la procédure négociée sans publication préalable)

(...)

4. Il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de services lorsque le marché considéré fait suite à un concours organisé conformément à la présente Directive et est attribué, selon les règles prévues dans le cadre du concours, au lauréat ou à un des lauréats de ce concours; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations.

(...)

Article 2 (Définitions)

(21) «concours», les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes;

Article 27 (Procédure ouverte), Article 28 (Procédure restreinte), Article 30 (Dialogue compétitif), Article 31 (Partenariat d'innovation)

(...)

Titre III, Chapitre II (Règles régissant les concours)

(...)

Recommandations du CAE

- *Les services d'architectes devraient être attribués par concours organisé dans le cadre d'une procédure négociée et aboutissant à la passation d'un marché de service public (ceci est la méthode préférée) ;*
- *Comme alternative, une procédure concurrentielle avec négociation peut être utilisée*
- *Des procédures qui demandent aux participants de soumettre une offre (en particulier les procédures ouvertes), le dialogue concurrentiel et le partenariat d'innovation, ne conviennent pas pour l'attribution de services en architecture.*

Explications

Les Directives en matière de passation de marchés publics prévoient toute une série de procédures en vue de la passation de marchés publics, qui peuvent être choisies et appliquées à des types de marchés spécifiques, en permettant ainsi une application appropriée des dispositions européennes à la passation de marchés de services en architecture, qui sont d'une nature spécifique. De ce fait, les procédures de passation de marchés existantes n'ont pas toujours été les plus efficaces en vue d'obtenir la meilleure qualité dans ce domaine. C'est pour cette raison que le CAE a formulé en 2000 des recommandations générales concernant la passation de marchés de services en architecture qui évaluent le rôle important de l'architecte non seulement dans la dimension culturelle mais aussi quant à la durabilité, l'innovation et l'environnement. Les conclusions de ces recommandations étaient les suivantes:

- La passation de marchés pour des services en architecture doit se concentrer sur la qualité du service et de l'offre technique et non sur le prix du service.

- Les concours d'architecture constituent la meilleure méthode pour obtenir un degré élevé de qualité.

Ces constats sont toujours vrais aujourd'hui et ont même été renforcés par les expériences acquises dans les années qui ont suivi la dernière révision des Directives Marchés Publics en 2004. L'évaluation des différents modèles nationaux de passation de marchés pour des services en architecture a montré une similarité considérable dans l'utilisation de certains instruments visant à obtenir un service de haute qualité dans la solution architecturale au problème. Toutefois, les procédures de passation de marchés utilisées dans ce domaine ne se sont pas toujours révélées avantageuses.

L'approche préférée : le Concours suivi par une procédure négociée

Après avoir évalué dans quelle mesure les différentes procédures nationales pouvaient convenir et donner des résultats, le CAE est arrivé à la conclusion que la manière la plus avantageuse d'attribuer des marchés de services architecturaux était le concours (en deux étapes) suivi par une procédure négociée sans publication préalable. Cette approche donne le meilleur résultat grâce à son exploitation extensive du marché, le recours à une expertise qualifiée (les jurys) et ses possibilités d'optimiser l'offre au cours de la négociation qui s'ensuit. En outre, le principe du respect de l'anonymat est utile en vue de protéger le marché de toute tentative de corruption et de népotisme.

Le concours a toujours été un instrument taillé sur mesure par le législateur, spécialement pour la passation de marchés de services architecturaux. Les avantages liés à l'utilisation de cet instrument devraient même être utilisés dans d'autres domaines, comme le législateur l'a souligné, afin notamment de promouvoir les PME (voir Considérant 120: " Les concours sont l'instrument le plus souvent utilisé dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou du traitement de données. Il convient toutefois de rappeler que la souplesse de cet instrument pourrait également être utilisée à d'autres fins comme, par exemple, pour des programmes d'ingénierie financière permettant d'optimiser le soutien aux PME dans le cadre des ressources européenne conjointes pour les PME et les micro-entreprises (initiative JEREMIE) ou d'autres programmes de l'Union visant à soutenir les PME dans un État membre donné. (...)").

Le législateur a adapté la Directive aux besoins spécifiques en vue d'optimiser les résultats de la passation de marchés de services architecturaux en ouvrant la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés de services publics, si le marché en question suit un concours d'architecture (voir Article 32, paragraphe 4).

Le CAE attire l'attention sur le fait que les concours d'architecture peuvent être rendus obligatoires au plan national sans être en conflit avec la législation communautaire en matière de passation de marchés. Même dans le cas de Partenariats Publics Privés, le concours peut donner des résultats optimaux en termes de qualité et d'avantages économiques (pour plus de détails consulter: recommandations pour les concours d'architecture) et garantir la qualité du résultat pour le partenaire public.

La Procédure concurrentielle avec négociation

En guise d'alternative, la Procédure concurrentielle avec négociation pourrait représenter une option. D'autres procédures ne semblent pas avantageuses pour la passation de marchés de services architecturaux. Les avantages de la possibilité de négocier les offres en utilisant une procédure appropriée ont été soulignés par le législateur dans les Considérants 42 et 43 de la Directive:

“(42) Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants. Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution.

(43) Pour les marchés de travaux, il s'agit notamment de travaux qui ne concernent pas des bâtiments standards ou qui comportent une conception ou des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures nécessitant des efforts d'adaptation ou de conception, le recours à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est susceptible d'être utile. De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Dans de tels cas, des négociations peuvent être nécessaires afin de garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne les services ou les produits immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation et pouvant être fournis par nombre d'opérateurs économiques différents, il ne convient pas de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ni au dialogue compétitif.”

Autres procédures

Comparé à la Procédure concurrentielle avec négociation, le Dialogue compétitif est une procédure beaucoup plus bureaucratique et compliquée qui pourrait être utile pour la passation de marchés pour de grands projets de PPP. En outre, le problème de la protection de la propriété intellectuelle n'a pas encore été résolu de manière adéquate.

Le CAE a spécifiquement évalué les avantages et les inconvénients des procédures ouvertes (et restreintes), en ce compris le « système à deux enveloppes » - une offre (fixe !) organisée en deux parties distinctes - l'offre financière et l'offre technique, qui sont évaluées successivement). En principe, le concept de l'évaluation des offres techniques et des offres de

prix lors de phases successives a un sens. Par contre, cela entraîne un gaspillage inutile de ressources économiques puisque tous les participants doivent déposer des propositions jusqu'à un niveau de détail leur permettant d'en fixer le prix.

Le Partenariat d'innovation est clairement adapté à d'autres situations, plus particulièrement des projets en recherche et développement.

4. Instruments et outils en matière de passation de marchés

Cadre légal (dispositions les plus pertinentes)

Articles 33, 34, 35
(...)

Recommandations du CAE:

- *Les Enchères électroniques, les Accords-cadres et les Systèmes d'acquisition dynamiques ne conviennent pas à l'attribution de marchés de services architecturaux*

Explications

Enchères électroniques

Les enchères électroniques sont des mécanismes qui conviennent dans des cas où les spécifications des marchés peuvent être établies avec précision. D'après la définition de cette procédure, la Directive a précisé que certains marchés de services et certains marchés de travaux portant sur une prestation intellectuelle, comme la conception de travaux, ne peuvent faire l'objet d'enchères électroniques. Voir l'Article 35, paragraphe 1er, et le Considérant 67). Toutefois, les enchères électroniques ont un sens dans le domaine de la passation de marché de biens ou services homogènes et standardisés.

La nature des services architecturaux les exclut du champ d'application des enchères électroniques. Dans ce cas, il n'y a pas d'obligation de transposer la procédure dans le droit national. Si les Etats membres le font malgré tout, il faut préciser que les services architecturaux en sont exclus.

2.1 Accords-cadres

Les accords-cadres visés à l'Article 33 ne conviennent généralement pas pour des services architecturaux. Le but des accords-cadres est d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée en ce qui concerne le prix et, le cas échéant, la quantité envisagée. Chaque projet individuel devrait être ouvert à la concurrence, puisque chaque bâtiment mérite une approche qualitative spécifique.

La décision d'attribution du marché doit être basée sur des critères qualitatifs. Les services architecturaux ne se mesurent pas au prix et à la quantité. Deuxièmement, les accords-cadres – même limités à quatre ans – restreignent l'accès aux marchés individuels.

2.2 Systèmes d'acquisition dynamiques

Les systèmes d'acquisition dynamiques conviennent pour des achats d'usage courant dont les caractéristiques, tels qu'ils sont communément disponibles sur le marché, répondent aux besoins des pouvoirs adjudicateurs (voir l'Article 34, paragraphe 1er). Par conséquent, ils ne constituent pas un instrument utile ou approprié pour la passation de marchés de services architecturaux.

5. Critères d'attribution

Cadre légal (dispositions les plus pertinentes)

Article 67 (Critères d'attribution des marchés)

1. Sans préjudice aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:

- a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;
- b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou
- c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.

(...)

Recommandations du CAE

- *Les critères d'attribution pour des services architecturaux doivent être basés sur la qualité. Cela inclut des aspects de durabilité.*
- *Le prix (ou prix/temps) comme seul critère d'attribution des marchés dans le secteur des services architecturaux devrait être exclu par les Etats membres.*
- *On ne peut abuser de critères d'attribution comme l'organisation, la qualification et l'expérience du personnel affecté à la réalisation du contrat en vue d'exclure les petites firmes et les jeunes professionnels du marché.*
- *Des groupements d'opérateurs économiques, en ce compris des associations temporaires, doivent être autorisés à participer afin de se conformer à des exigences*

exceptionnellement strictes en ce qui concerne l'organisation, la qualification et l'expérience.

Explications

Les critères d'attribution doivent permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA). Par conséquent, les critères devraient se rapporter spécifiquement à un projet en particulier. Les critères d'attribution pour des services architecturaux doivent accorder une importance primordiale à la qualité de l'offre technique. De tels critères incluent des caractéristiques esthétiques, économiques, fonctionnelles et environnementales, les coûts opérationnels et sur tout le cycle de vie, l'efficacité en terme de coûts et l'intégration dans l'environnement bâti, incluant des aspects sociaux et d'infrastructure. Ces critères sont évalués le plus efficacement dans un concours d'architecture. De ce fait, les critères d'attribution pour des services architecturaux doivent être basés sur l'OEPA et pas seulement sur le prix des services architecturaux. Une offre basse résultera en un résultat final de basse qualité. Les critères d'attribution offrent toute une série de possibilités et d'opportunités de définir des critères qui garantiront le meilleur résultat pour la conception et la construction d'édifices publics.

Une attention particulière doit être accordée au fait que le législateur a décidé d'inclure des critères dans la disposition sur les critères d'attribution qui sont déjà couverts par les critères de sélection. Dans le Considérant 94, la Directive explique cette décision comme suit:

“Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte. Les pouvoirs adjudicateurs ayant recours à cette possibilité devraient s'assurer, par des moyens contractuels appropriés, que le personnel assigné à l'exécution du marché répond effectivement aux normes de qualité spécifiées et qu'il ne peut être remplacé qu'avec l'accord du pouvoir adjudicateur qui vérifie que le personnel de remplacement offre un niveau de qualité équivalent.”

Par ailleurs, elle souligne que

“ les règles de passation des marchés publics adoptées en application de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil(4), ainsi que de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil(5) devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics (...)”, voir le Considérant 2, et que

“La passation des marchés publics devrait être adaptée aux besoins des PME. Il convient d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à recourir au code des bonnes pratiques présenté dans le document de travail de la Commission du 25 juin 2008 intitulé «Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics», qui fournit des orientations sur la manière dont ils peuvent appliquer le cadre régissant les marchés publics en vue de faciliter la participation des PME (...)”, voir le Considérant 78, et

“Afin de rendre les procédures plus rapides et plus efficaces, les délais prévus pour la participation aux procédures de passation de marché devraient demeurer aussi courts que

possible, sans entraver indûment l'accès des opérateurs économiques au sein du marché intérieur, et notamment des PME.(...), voir le Considérant 80, et

“Étant donné le potentiel de création d'emplois, de croissance et d'innovation que recèlent les PME, il est important d'encourager leur participation à la passation de marchés publics grâce à la fois à des dispositions appropriées dans la présente directive et à des initiatives au niveau national. Les nouvelles dispositions prévues dans la présente directive devraient contribuer à améliorer leur niveau de réussite, à savoir la part de la valeur totale des marchés attribués revenant aux PME. Il n'est pas approprié d'imposer des quotas obligatoires de réussite. Cependant, il y a lieu de suivre de près les initiatives nationales visant à accroître la participation des PME, en raison de l'importance de ce paramètre.”, voir le Considérant 124.

Pour tirer une conclusion, il convient de faire la part des choses en la nécessité de permettre à des PME, en ce compris de jeunes professionnels, de participer aux procédures de passation de marchés publics et la nécessité de garantir une qualité spécifique en termes d'organisation, de qualification et d'expérience du personnel affecté à la réalisation du marché. Ce problème doit être résolu, en cas de besoin particulier de prendre en considération de tels critères une deuxième fois lors de la phase d'attribution, en acceptant des groupements d'opérateurs économiques en ce compris des associations temporaires, comme prévu à l'Article 19 paragraphe 2.

III. Recommandations pour les concours d'architecture

L'attribution de marchés pour des services architecturaux doit se concentrer sur la qualité du service et de l'offre technique et non sur le prix du service. Le concours d'architecture est l'une des meilleures manières d'obtenir un degré élevé de qualité. Il démontre les compétences de la profession et met en exergue des critères d'attribution basés sur la qualité.

Eu égard à l'investissement intellectuel et économique important par toutes les parties concernées par de telles procédures, le CAE a établi les règles suivantes qui se conforment au droit communautaire en matière de passation de marchés.

La série de règles et recommandations suivantes se subdivisent en trois parties:

1. 10 règles, qui sont essentielles à respecter dans toute procédure qualifiée de concours d'architecture.
2. Des recommandations sur la manière d'organiser et de gérer la procédure.

10 règles, qui sont essentielles à respecter dans toute procédure qualifiée de concours d'architecture

1. Définition d'un concours d'architecture:

Un concours d'architecture est une procédure de concours destinée à évaluer les idées des architectes, architectes paysagistes et urbanistes d'une manière formalisée sur un programme et des critères définis, évalués de manière anonyme par un jury indépendant. Il existe différents types de concours:

- le concours de projets et
- le concours d'idées

qui peuvent être organisés séparément ou combinés à différents stades. En cas de concours en deux phases, le jury doit être le même pour les deux phases et la procédure est anonyme jusqu'à la décision finale du jury.

2. Chances égales pour tous les participants

- Tous les participants doivent bénéficier du même niveau d'information au même moment
- Aucun échange individuel d'information entre les participants et les membres du jury
- Personnes exclues de toute participation:
les représentants, partenaires ou employés du promoteur ou de tout membre du jury, ou toute personne qui a participé à la préparation du concours, ne sera pas éligible en vue de concourir ou d'assister les concurrents
- Les réponses aux questions concernant le mémoire sont envoyées simultanément à tous les participants.

3. Jury indépendant

- Le jury sera indépendant dans ses décisions et dans ses opinions.
- Si une qualification professionnelle particulière est requise de la part des participants, au moins un tiers des membres du jury possèdera cette qualification à un degré élevé et sera indépendant du client
- Le jury examinera les propositions soumises par les candidates de manière anonyme et exclusivement sur la base des critères indiqués dans l'avis de concours
- Il consignera son classement des projets dans un rapport, signé par ses membres. Ce rapport contiendra les mérites des projets ainsi qu'une recommandation claire sur la manière de traiter le résultat du concours

4. Le Programme

- Le Programme du concours doit être clair et sans équivoque. Les exigences du concours doivent être clairement spécifiées. Il faut une distinction nette entre les exigences et des directives non contraignantes.
- Les critères d'évaluation doivent être mentionnés dans le Programme.
- Le Programme doit être accepté par le jury avant l'ouverture du concours.

5. Transparence de la procédure

- Le **résumé** de la discussion du jury et le processus de prise de décision doivent être rédigés dans un rapport.
- Un rapport du jury sera publié ou distribué aux participants et au public.
- Tous les projets seront exposés.

6. Anonymat

- L'anonymat doit être respecté jusqu'à ce que le jury se soit fait une opinion ou ait pris sa décision.

7. Récompense et rémunération

- La récompense ou la rémunération doivent être fixées et annoncées dans le Programme du concours. Le calcul de la récompense ou de la rémunération doit respecter un rapport approprié entre la prestation demandée de la part des participants et les honoraires normalement calculés pour cette mission.
- Dans la deuxième phase d'un concours, une rémunération faisant partie du prix total est payée à chaque participant à ce stade.

8. Conséquences de la décision du jury

- Il faut une compensation juste et suffisante des **participants**. Il faut que le client déclare qu'il attribuera une mission incluant une mission d'une portée suffisante au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours de projets.

- Si un concours d'idées n'est pas suivi par un concours de projets, une **rémunération suffisante** sous la forme d'un prix plus élevé doit être fixée.
- Si les résultats d'un concours d'idées sont utilisés comme base de l'exécution d'un projet, ceci doit se faire avec l'accord de l'auteur.

9. Droits d'auteur

- L'auteur conserve les droits d'auteur d'un projet présenté lors d'un concours.
- Le promoteur peut utiliser les projets lauréats du concours aux conditions figurant dans le Programme ou convenues de commun accord entre les parties.

10. Règlement de conflits

- Tout conflit résultant des procédures du concours **sera soumis** à l'organisation professionnelle nationale compétente **avant toute procédure judiciaire**.

Recommandations sur la manière d'organiser et de gérer la procédure

(Cette partie est en cours de révision par le Groupe de travail PP/ADC. Ces recommandations ne sont pas directement liées à la question de la transposition de la nouvelle Directive Marchés Publics en droit national. Une proposition de recommandation spécifique sera soumise à la seconde Assemblée générale 2014)