

# La passation des marchés de REM et de CREM

- Le code des marchés publics prévoit différentes procédures de passation des marchés de REM et de CREM : il peut s'agir de procédures adaptées si les contrats ne dépassent pas certains seuils ou de procédures formalisées.
- Cependant, il apparaît qu'au vu de la complexité de ces différents types de contrats globaux, la procédure de dialogue compétitif devrait être privilégiée.

## Auteur

Cyril Laroche, avocat à la Cour, Docteur en droit, président de l'association des professionnels du droit public

## Mots clés

Appel d'offres restreint • Dialogue compétitif • Loi MOP • Primes • Procédure adaptée • Règlement de consultation •

Aux termes de l'article 73-III du code des marchés publics, les marchés publics de réalisation, d'exploitation ou de maintenance (REM) et les marchés publics de conception, réalisation, exploitation ou maintenance (CREM) peuvent être passés selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 de ce même code (I). Si les conditions énoncées par les articles 26-II et 30 du code des marchés publics pour lancer régulièrement cette procédure adaptée ne sont pas remplies ou si le pouvoir adjudicateur le décide alors même que lesdites conditions sont remplies, les REM et les CREM sont passés selon une procédure formalisée (II).

## I. La passation des REM et des CREM selon la procédure adaptée

Un marché public est passé selon une procédure formalisée lorsque le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les dispositions du code des marchés publics qui régissent sa mise en œuvre. Au contraire, dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée, l'article 28 du code des marchés publics dispose que le pouvoir adjudicateur peut librement fixer ses modalités en fonction de la nature et des caractéristiques de son besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de son achat.

Aux termes de l'article 26-II du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté de lancer une procédure adaptée lorsque le montant estimé hors taxe du marché est inférieur à 130 000 € HT pour les marchés de services énumérés à l'article 29 du code des marchés publics passés par l'État et ses établissements publics et 200 000 € HT pour les marchés de services prévus par l'article 29 du même code passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Concernant les marchés publics de services qui ne sont pas prévus à l'article 29 du code des marchés publics, ils peuvent être passés

selon la procédure adaptée quel que soit leur montant en application des dispositions de l'article 30 dudit code. Les marchés publics de travaux peuvent, quant à eux, être passés selon la procédure adaptée lorsque leur montant estimé est inférieur à 5 000 000 € HT.

Concernant les REM et les CREM, ils comprennent des prestations de travaux (construction ou réhabilitation d'un ou de plusieurs ouvrages) et des prestations de services (conception et exploitation ou maintenance des mêmes ouvrages). Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>-III du code des marchés publics, un marché qui porte à la fois sur des services et sur des travaux est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. Pour apprécier l'objet d'un tel marché, il convient d'apprécier si les travaux sont l'accessoire des services prestés au titre du contrat ou si, à l'inverse, ils constituent la prestation principale du marché. Cette appréciation peut se faire en analysant les obligations des parties au contrat afin de mesurer leur importance respective. Elle peut aussi, selon nous, s'effectuer plus simplement en comparant le montant estimé des parts travaux et services du marché. Par suite, si la valeur estimée de la part services d'un REM ou d'un CREM est supérieure à la valeur estimée de sa part travaux, le contrat est un marché de services. Dans cette hypothèse, il convient de distinguer les REM des CREM pour déterminer les conditions auxquelles ces marchés de services peuvent être passés selon la procédure adaptée de l'article 28 du code des marchés publics.

À propos des REM pour lesquels la part estimée de services est supérieure à la part travaux, ils peuvent être passés en procédure adaptée quel que soit leur montant, sous réserve que la prestation d'exploitation ou de maintenance ne soit pas un service prévu par l'article 29 du code des marchés publics.

Concernant les CREM, ils ont nécessairement pour objet la prestation de services d'architecture qui sont énumérés par l'article 29 du code des marchés publics puisqu'ils confient à son titulaire la mission de concevoir un (ou plusieurs) ouvrage(s). Il s'ensuit que les CREM dont la valeur estimée de la part services excède celle de la part travaux peuvent être passés selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du code lorsque leur montant est inférieur à 130 000 € HT pour les marchés de l'État et de ses établissements publics et 200 000 € HT pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Cependant, la valeur estimée de la part travaux des REM et des CREM devrait être fréquemment supérieure à celle de la part services. Si tel est le cas, les REM et les CREM pourront être passés en procédure adaptée si leur montant estimé est inférieur à 5 000 000 € HT. Au-delà de ce montant, les REM et les CREM devront être passés selon une procédure formalisée définie à l'article 26-I du code des marchés publics.

## II. La passation des REM et des CREM selon une procédure formalisée

Les procédures de passation des REM et des CREM qui ne sont pas soumis aux dispositions de 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 (ci-après « la loi MOP ») peuvent être différentes de celles applicables aux CREM soumis aux dispositions de la loi MOP. Il convient donc de faire la typologie des procédures formalisées de passation des REM et des CREM (A). Toutefois, quel que soit le contrat projeté, les REM

et les CREM peuvent être passés selon la procédure du dialogue compétitif. Compte tenu de la complexité de ces contrats, il est probable que cette procédure sera souvent mise en œuvre pour leur passation (B).

### A) Typologie des procédures formalisées de passation des REM et des CREM

#### 1 - Les REM

Aux termes de l'article 73-III du code des marchés publics, un REM peut être passé selon la procédure d'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur peut librement choisir de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint. Dans le cadre d'un REM, l'appel d'offres restreint régi par les articles 60 à 64 du code des marchés publics peut s'avérer judicieux. En effet, l'exécution d'un REM implique de réaliser des prestations de travaux et de services divers. Ce contrat doit également avoir une durée moyenne ou longue. Par suite, le pouvoir adjudicateur aura intérêt à limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre afin de se borner à examiner les offres des opérateurs économiques capables d'exécuter un tel contrat. Le nombre minimum d'entreprises admises à présenter une offre doit être de cinq.

De surcroît, il résulte de la combinaison des articles 26-I, 36 et 73-III du code des marchés publics que le pouvoir adjudicateur est fondé à lancer un dialogue compétitif pour passer un REM s'il n'est pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques ou le montage juridique et financier du projet de construction ou de réhabilitation d'un ouvrage. La procédure du dialogue compétitif à suivre est alors régie par l'article 67 du code des marchés publics.

#### 2 - Les CREM

Les CREM peuvent être passés selon des procédures différentes selon qu'ils sont soumis ou non aux dispositions de la loi MOP. Toutefois, quelle que soit la procédure lancée, l'article 73-II du code des marchés publics dispose que le régime des primes prévues à l'article 69-IV du même code leur est applicable. Il en résulte que les candidats dont l'offre a été rejetée alors même qu'elle répondait aux documents de la consultation ont droit au paiement d'une prime par le pouvoir adjudicateur. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études de conception telles que définies dans le règlement de la consultation affectée d'un abattement au plus égal à 20%. La prime n'est pas, en revanche, versée à l'attributaire du contrat car elle sera prise en compte dans sa rémunération.

#### a) Les CREM non soumis aux dispositions de la loi MOP.

Il résulte des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi MOP que les pouvoirs adjudicateurs sont, en principe, soumis aux dispositions de cette loi dès lors qu'ils font exécuter, sous leur maîtrise d'ouvrage, des travaux de réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi que des équipements industriels destinés à leur exploitation. Toutefois, la loi MOP ne s'applique pas aux travaux qui ont pour objet :

– des ouvrages de bâtiment destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation<sup>(1)</sup> ;

(1) Ces ouvrages sont énumérés par l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 86-520 du 14 mars 1986 pris pour l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi MOP comme suit : les ouvrages conçus pour l'exercice d'une activité industrielle incluse à la date

– des ouvrages d’infrastructure réalisés dans le cadre d’une zone d’aménagement concerté au sens des dispositions de l’article L.311-1 du code de l’urbanisme ou d’un lotissement.

À supposer qu’un CREM ait pour objet la construction ou la réhabilitation d’un tel ouvrage de bâtiment ou d’infrastructure, le marché peut être passé selon la procédure d’appel d’offres ouvert régie par les articles 57 à 59 du code des marchés publics ou de l’appel d’offres restreint prévue par les articles 60 à 64 du même code. Cependant, si le projet est complexe, le pouvoir adjudicateur peut lancer une procédure de dialogue compétitif régie par l’article 67 du code des marchés publics.

**b) Les CREM soumis aux dispositions de la loi MOP.** Aux termes de l’article 73-III du code des marchés publics, les CREM qui ont pour objet la réalisation de travaux relevant de la loi MOP doivent être passés selon les règles prévues par le I et le II de l’article 69 du même code qui régissent la passation des marchés publics de conception-réalisation.

Cela implique qu’un CREM soumis aux dispositions de la loi MOP est, en principe, passé selon la procédure d’appel d’offres restreint applicable aux marchés publics de conception-réalisation prévue par le I de l’article 69 du code des marchés publics. Par suite, contrairement à la procédure d’appel d’offres restreint prévue par les articles 60 à 64 du code des marchés publics, la procédure de passation du CREM doit prévoir l’intervention d’un jury et l’audition des candidats devant ce même jury.

« Dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif, deux phases de dialogue semblent nécessaires lors de la passation des marchés de REM et de CREM. »

À l’instar de la passation d’un marché public de conception-réalisation, le jury est composé dans les conditions prévues par l’article 24 du code des marchés publics (personnes indépendantes des participants à la procédure de passation du marché, faculté du président du jury de désigner comme membres du jury des personnalités dont il estime que la participation présente un intérêt particulier pour la consultation sans excéder cinq personnes). Il doit comporter au moins un tiers de maîtres d’œuvre compétents au regard de l’ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception.

Le jury examine les candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Il rend également un avis sur les offres des candidats admis par le pouvoir adjudicateur à présenter une offre.

Les candidats doivent être auditionnés par le jury. Afin de traiter les candidats également et d’assurer la transparence de la procédure, le pouvoir adjudicateur a intérêt à prévoir dans le règlement de consultation les modalités de cette audition. Le jury doit auditionner les candidats et ne pas négocier avec eux.

*du 14 mars 1986 dans les classes 04, 05 e 09 à 54 d la nomenclature d’activités établie par le décret n°73-1036 du 9 novembre 1973, les centrales de production d’énergie, les centrales de chauffage urbain et les unités de traitement de déchets.*

Dans le cas où le CREM a pour objet la réhabilitation d’un ouvrage soumis au régime de la loi MOP et que le projet à concevoir et à exécuter pour satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur est complexe, il résulte de la combinaison de l’article 36 et du II de l’article 69 du code des marchés publics que le marché peut être passé selon la procédure de dialogue compétitif prévue par l’article 67 du même code.

Quelle que soit la procédure lancée pour la passation d’un CREM soumis aux dispositions de la loi MOP, il résulte de l’article 18-I de cette loi que les pouvoirs adjudicateurs doivent solliciter des candidats afin qu’ils présentent une offre groupée lorsque le CREM a pour objet la conception d’un ouvrage de bâtiment. Le mandataire de ce groupement doit être un architecte si — comme c’est probable — l’obtention d’un permis de construire doit être sollicitée.

Compte tenu de l’évidente complexité d’un CREM — soumis ou non aux dispositions de la loi MOP — ou même d’un REM, il est plus que probable que la procédure formalisée lancée pour passer ces marchés sera celle du dialogue compétitif.

## B) Le dialogue compétitif lors de la passation des REM et des CREM

La procédure de dialogue compétitif régie par l’article 67 du code des marchés publics comprend trois phases: la sélection des candidatures, le dialogue et la présentation des offres finales par les opérateurs économiques. Ces trois phases doivent être mises en œuvre lors de la passation d’un REM ou d’un CREM.

Tout d’abord, le pouvoir adjudicateur fait publier un avis d’appel public à la concurrence dans lequel il indique les documents à fournir par les candidats à l’attribution du marché pour justifier de leur capacité à exécuter le REM ou le CREM. Il aura intérêt à limiter le nombre de candidats admis à participer au dialogue afin de le rendre le plus efficace. Si tel est le cas, il doit alors préciser les critères de sélection des candidatures.

Le délai minimal de réception des candidatures est de 37 jours à compter de la date d’envoi de l’avis d’appel public à la concurrence ou de 30 jours si ce dernier a été envoyé pour publication par voie électronique. Ce délai peut, toutefois, être opportunément allongé afin d’obtenir un plus grand nombre de candidatures.

Les candidats admis à présenter une offre sont ensuite invités par le pouvoir adjudicateur à dialoguer avec lui sur la base d’un programme fonctionnel ou, le cas échéant, d’un projet partiel de marché qu’il a lui-même établi. Le pouvoir adjudicateur joint à son invitation à participer au dialogue le règlement de la consultation qui régit les conditions dans lesquels le dialogue sera organisé avec les candidats.

Le pouvoir adjudicateur est libre de fixer le nombre de phases de dialogue qu’il souhaite. S’il l’a prévu dans le règlement de consultation, il peut écarter des candidats au terme de chaque phase. Lors de la passation d’un REM ou d’un CREM, un nombre minimum de deux phases de dialogue semble nécessaire compte tenu de la probable complexité du contrat.

Les candidats doivent être traités de manière égale lors du dialogue. Le pouvoir adjudicateur ne doit pas communiquer à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à leurs concurrents.

Enfin, lorsqu’il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur invite les candidats qui n’ont pas déjà été écartés de la procédure à remettre une offre finale sur la

base de la (ou des) solution(s) spécifiée(s) lors du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours. Il incombe au pouvoir adjudicateur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse parmi ces offres en appliquant les critères de jugement des offres préalablement portés à la connaissance des candidats au plus tard au début du dialogue.

Compte tenu de la complexité de ces contrats, la procédure de dialogue compétitif semble être particulièrement pertinente pour la passation des REM et des CREM dès lors que les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas être en mesure de déterminer les solutions juridiques et techniques susceptibles de répondre à leurs besoins sans l'appui des candidats à l'attribution du marché. Le code des marchés publics ne prévoit, d'ailleurs, pas d'aménagement à cette procédure pour la passation des REM et des CREM non soumis aux dispositions de la loi MOP, à l'exception des primes dues aux concurrents évincés de la procédure et de l'obligation de présenter une offre groupée pour la réhabilitation d'un ouvrage soumis à la loi MOP dans le cadre de la passation d'un CREM.

## Conclusion

Même si le code des marchés publics prévoit plusieurs procédures de passation des REM et des CREM, la procédure de dialogue compétitif applicable à chacun de ces contrats devrait être privilégiée compte tenu de leur évidente complexité. En tout état de cause, quelle que soit la procédure de passation lancée pour la conclusion d'un REM ou d'un CREM – adaptée ou formalisée –, l'article 73-IV du code des marchés publics dispose que les critères de jugement des offres doivent nécessairement prévoir le critère de coût global de l'offre ainsi qu'un (ou plusieurs) critère(s) relatif(s) aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché. En outre, concernant le prix de l'offre, il résulte de l'article 10 du code des marchés publics que le pouvoir adjudicateur doit demander aux concurrents de faire apparaître, de manière séparée dans leurs offres, les prix respectifs de la conception, de la réalisation et de l'exploitation ou de la maintenance afin de prévenir le paiement des prestations d'exploitation ou de maintenance par celles relatives à la conception ou à la construction de l'ouvrage. ■



### Le manuel de référence pour maîtriser tous les aspects d'un marché

La quatrième édition de cet ouvrage, notamment à jour de la circulaire du 14 février 2012, analyse la réglementation des marchés publics et de leurs contrats connexes. Ce manuel analyse les notions fondamentales du droit des marchés publics, le rôle de chacun des intervenants du marché et étudie le déroulement du contrat, de sa passation à son exécution aussi bien technique que financière. Enfin, un chapitre traitant du règlement des litiges clôt l'ouvrage. Ces différents points sont étudiés au moyen des textes officiels, mais aussi de la jurisprudence européenne et nationale.

#### Extrait du sommaire

- Sources du droit des marchés publics
- Notion de marché public
- Parties au marché public
- Passation des marchés publics
- Exécution des marchés publics

**Stéphane Braconnier** – *Essentiels Experts / Contrats publics locaux*  
4<sup>e</sup> édition 2012 – 578 pages – 59 € – Réf. commande : 112882

Commandez cet ouvrage sur [editionsdumoniteur.com](http://editionsdumoniteur.com)

EDITIONS  
**LE MONITEUR**  
[editionsdumoniteur.com](http://editionsdumoniteur.com)