Les marchés publics par Yves Yollant

Pour les travaux et constructions d'orgues, le propriétaire étant dans la majorité des cas, une collectivité publique, il convient de respecter les règles des marchés publics.

Ayant été pendant et surtout à la fin de ma carrière professionnelle au service d'une collectivité locale, je me suis souvent occupé des marchés à passer et j'ai ainsi acquis une certaine expérience, qu'il faut perpétuellement réactualiser.

Cette expérience, je la mets aujourd'hui à disposition de l'APO 35 pour aider ceux qui souhaitent entreprendre des travaux sur un orgue. J'ai donc eu l'idée d'écrire ce document qui résume de façon simple ce qu'il faudrait savoir en matière de marchés publics.

Ce document est très incomplet et si vous voulez en savoir plus et de manière très officielle, je vous conseille de regarder le code des marchés publics et si vous en avez le courage, la *Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*¹.

1. Le maître d'ouvrage²

C'est le propriétaire. C'est celui qui fait la demande et surtout c'est celui qui paye.

Le maître d'ouvrage peut se faire assister pour l'exercice de ce travail. On parle alors d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO).

Dans un marché public, le maître d'ouvrage :

- Définit ses besoins en écrivant le programme fonctionnel de ce qu'il veut réaliser
- Met en œuvre la procédure d'appel d'offre.
- Sélectionne les candidats. C'est le travail de vérification de la capacité « administrative » (taille de l'entreprise, chiffre d'affaire, références etc.) à exécuter le travail demandé.
- Choisit le titulaire du marché au vu de l'analyse des offres faite par le maître d'œuvre.
- Paye les situations (factures intermédiaires vérifiées par le maître d'œuvre) au fur et à mesure de l'avancement du chantier
- Prononce la réception finale au vu des propositions du maître d'œuvre.

Dans de rares cas, la maîtrise d'ouvrage peut être déléguée par convention à un tiers. Cela a été le cas pour la restauration de l'orgue de chœur de Saint-Sauveur de Rennes pour lequel une convention a été signée entre la ville et la paroisse cathédrale.

2. Le maître d'œuvre³

¹ - <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025364925>

² - Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009, publié au JORF n° 0227 du 1 octobre 2009, page 15907, texte n° 16, précise en son article 2 « Définitions » que « *Le « maître de l'ouvrage » est le pouvoir adjudicateur pour le compte duquel les travaux sont exécutés. Lorsque le marché est conclu par une entité adjudicatrice, les dispositions applicables au pouvoir adjudicateur s'appliquent à l'entité adjudicatrice.*

Le « représentant du pouvoir adjudicateur » est le représentant du maître de l'ouvrage, dûment habilité par ce dernier à l'engager dans le cadre du marché et à le représenter dans l'exécution du marché.

³ - Dans le même article 2 « Définition » : « *Le « maître d'œuvre » est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, afin d'assurer la conformité architecturale, technique et économique de la réalisation du projet objet du marché, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement. Les documents particuliers du marché mentionnent le nom et l'adresse du maître*

C'est « l'architecte » de l'opération.

Dans un marché public, c'est lui qui :

- Rédige le cahier des charges destiné à constituer la pièce maîtresse de la consultation publique.
- Analyse les offres reçues et rédige un rapport destiné à aider le maître d'ouvrage à choisir le titulaire de marché. Dans le cas des marchés à procédure adaptée, ce rapport de présentation n'est pas obligatoire, mais recommandé de façon à conserver une trace en cas de litige. Ce n'est pas le maître d'œuvre qui fait le choix, mais le maître d'ouvrage. Dans cette étape le maître d'œuvre se doit d'être totalement impartial et respectueux de la décision du maître d'ouvrage.
- Suit le chantier en organisant des réunions avec le maître d'ouvrage et le titulaire du marché de façon à vérifier régulièrement que les travaux sont exécutés normalement dans les règles de l'art et que les délais sont respectés. Il a le pouvoir et le devoir de faire refaire ce qui serait mal exécuté par l'entreprise.
- Vérifie les situations. Il a le pouvoir de corriger ces situations si les sommes demandées ne correspondent pas aux fournitures et au travail réalisé.
- Effectue avec le maître d'ouvrage la procédure de réception des ouvrages exécutés (neuf étapes).

Le maître d'œuvre est choisi par le maître d'ouvrage souvent, là aussi, suite à un appel d'offres. Il est responsable des travaux et de la bonne exécution du marché. Il a des objectifs qui sont assortis de pénalités sur sa rémunération si ceux-ci ne sont pas atteints. Il est rémunéré au pourcentage des travaux⁴ en général aux environs de 10 à 13%.

Un maître d'ouvrage n'est pas obligé de prendre un maître d'œuvre extérieur. Il peut assurer lui-même la fonction de maîtrise d'œuvre. « Le maître d'ouvrage peut alors choisir de faire effectuer les études nécessaires de la conception jusqu'à la réception des travaux par ses propres services »⁵.

Il peut aussi se faire assister par un tiers compétent en assumant la responsabilité totale de la maîtrise d'œuvre. Cette assistance peut se jumeler avec l'AMO. C'est dans ce cas de figure que l'APO 35 a assisté par convention la ville de Cancale, la paroisse cathédrale de Rennes pour Saint-Sauveur, la ville de Dinard et maintenant la ville de Dol.

Le groupement professionnel des facteurs d'orgues a également créé une association avec des facteurs d'orgues retraités : le Groupement d'Experts en Orgue (GEO), pour assister les maîtres d'ouvrages. Quelques rares personnes indépendantes assurent aussi quelquefois ce travail.

Un facteur d'orgue pourrait effectuer la mission de maîtrise d'œuvre, mais dans ce cas il lui est interdit de répondre à l'appel d'offre pour les travaux à venir.

Je tiens aussi à signaler une pratique dangereuse quelque fois utilisée par certains

d'œuvre. Si le maître d'œuvre est une personne morale, il désigne la personne physique qui a seule qualité pour le représenter, notamment pour signer les ordres de service ».

⁴ - Cela peut induire une tentation pour le maître d'œuvre de sur estimer le coût initial des travaux (coût d'objectif). Comme cela il évite les pénalités en cas de dépassement et dans certains cas il peut bénéficier de majorations de sa rémunération.

⁵ - Cette option était confirmée par le Code des marchés publics d'avant 2001. En effet, aux termes de l'article 106 (pour les marchés de l'État) et de l'article 313 (pour les marchés des collectivités locales), "lorsque la personne publique n'est pas en mesure d'exécuter par ses propres moyens les études qui lui sont nécessaires, elle a recours à des marchés d'études". Le code d'aujourd'hui n'aborde pas ce problème, mais il ne fait aucun doute que l'administration n'est pas dans l'obligation d'externaliser ses besoins en études. Toutefois, cette externalisation sera plus facile en droit puisque l'administration n'a plus à justifier qu'elle n'est pas en mesure d'effectuer elle-même l'étude. (Patrice Cossalter, Avocat, cabinet LEGITIMA).

maîtres d'œuvre qui demandent à un professionnel d'établir un devis avant que le marché ne soit complètement rédigé. C'est illégal et peut être susceptible de recours si celui qui a aidé le maître d'œuvre répond au marché car il est alors effectivement avantagé par rapport aux autres candidats.

En France le nombre de maîtres d'œuvres pour les orgues est réduit. Ce sont en fait les techniciens conseils pour les monuments historiques qui se présentent comme candidats lors d'une demande de ce genre.

3. Le marché

Le code des marchés publics prévoit plusieurs cas en fonction du type de travaux et du coût d'objectif.

En dessous de 15 000 euros : Pour des travaux dont la somme ne dépasse pas 15 000 euros HT, il n'y a pas besoin d'appel d'offre. Une simple consultation d'au moins trois entreprises (bien que cela ne soit pas obligatoire) suffit. Il est parfois difficile d'apprécier la somme à laquelle va aboutir le marché si l'estimation est à la limite des 15 000 euros. On court alors le risque de devoir recommencer la procédure.

Procédure de dialogue compétitif : Pour une construction neuve, on peut éventuellement utiliser la procédure de dialogue compétitif. Mais attention, le dialogue compétitif ne peut être choisi que « lorsque l'une au moins des deux conditions suivantes est remplie :

- Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins,
- Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'établir le montage juridique et financier du projeté »⁶.

Dans ce cas le cahier des charges devient un « programme fonctionnel. C'est le document dans lequel l'acheteur décrit en termes pratiques ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre »⁷. C'est le cas par exemple de systèmes informatiques complexes où de nombreuses solutions différentes sont possibles.

Pour le cas, limite il est vrai, de l'orgue, on définira par exemple, l'esthétique, le nombre de jeux souhaité, les dimensions générales, le nombre de claviers, mais on ne précise pas comment réaliser. C'est le candidat qui propose une réponse argumentée.

Le nombre minimal de candidats ne peut être inférieur à trois.

A partir des réponses qui ne sont pas à ce stade des offres, s'engage un dialogue avec chacun des candidats qui peut se dérouler en plusieurs phases. A l'issue de chacune de ces phases, des candidats peuvent être éliminés. Le dialogue sert à obtenir des précisions, à mieux définir le besoin, se faire une opinion, discuter du prix etc. « Tout au long du dialogue, le pouvoir adjudicataire ne peut révéler aux autres candidats des solutions ou informations communiquées par un candidat »⁸.

Lorsque la discussion est arrivée à son terme, après avoir prévenu les candidats non retenus le pouvoir adjudicataire demande l'offre finale aux candidats restants et choisit l'offre économiquement la plus avantageuse. Après un délai de dix jours, le marché peut être signé.

Compte tenu du travail fourni par les candidats, il est prévu le paiement de primes ou d'indemnités forfaitaires à tous les candidats.

⁶ - Article 36 du Code des marchés publics 2006.

⁷ - id.

⁸ - Guide des bonnes pratiques 13.

Malgré l'avantage indéniable de laisser le facteur d'orgue s'exprimer et proposer ce qu'il sait faire de mieux, cette procédure peut présenter des inconvénients. En plus de son coût, elle est longue et il est difficile de se faire une bonne opinion sans jamais avoir de parti pris. Finalement le coût de travaux peut aussi se révéler plus élevé car les candidats auront tendance à gonfler leur prix pour pouvoir le baisser au moment du dialogue.

Marchés à procédure adaptée : Pour les marchés de travaux, restauration, relevage, agrandissement, par exemple, la procédure la plus simple est la procédure adaptée.

Dans ce cas le cahier des charges doit être précis et définir les tâches à exécuter. On prendra garde à une définition insuffisante des besoins qui génère des offres inappropriées et des difficultés dans l'exécution. Dans le cas contraire, une définition excessivement précise, empêche les candidats de faire valoir leur savoir-faire particulier.

Les prestations doivent être définies par référence à des normes, en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Les spécifications techniques doivent être décrites de façon succincte mais précise. Tout cela doit permettre aux candidats de remettre une offre adaptée aux besoins.

- Jusqu'à 90 000 euros HT le marché doit faire l'objet d'une publicité destinée à assurer une concurrence réelle.
- Au-delà de 90 000 euros, la publicité est réglementée avec notamment obligation de publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.
- Au-delà, il existe encore d'autres seuils et des obligations de publication à l'échelon européen (cas de Cancale).

Sélection : Une sélection avant l'examen des offres doit être effectuée. Cette sélection sert à écarter des candidats ou des offres inappropriés.

Les candidats sont sélectionnés au niveau administratif en contrôlant leurs garanties professionnelles, techniques et financières. On vérifiera la capacité technique, professionnelle (moyens humains matériels, compétences) et financière (chiffre d'affaire). Ce contrôle ne doit pas compliquer la réponse des toutes petites entreprises ou de celles nouvellement créées. Il est important que celles-ci puissent accéder aux marchés publics. L'expérience des candidats peut être également retenue comme critère de sélection, mais cela doit rester exceptionnel.

Choix : Ensuite on procède au choix du titulaire en examinant les offres des candidats. Les critères de choix pour l'attribution doivent être définis dans l'avis d'appel d'offres et le règlement de la consultation. La définition des critères de choix est délicat car souvent et notamment pour la facture d'orgue, ni le prix, ni le délai d'exécution, ni le caractère innovant ne paraissent à eux seuls pertinents. Pour atténuer la difficulté amenée par la prégnance du prix qui est souvent le critère majeur, le pouvoir adjudicateur peut également mesurer la qualité technique de la réponse au regard de l'expérience du soumissionnaire. Les références sont alors incluses dans les critères de choix, et ne seront pas retenues pour la sélection.

La pondération des critères de choix, obligatoire en procédure formalisée⁹ ne l'est pas en procédure adaptée. Mais son usage est recommandé car cela facilite le choix de l'offre économiquement avantageuse.

Les variantes sont autorisées par principe, mais il vaut mieux les proscrire car celles-ci peuvent donner lieu à des litiges et des recours. Il vaut mieux prévoir en faisant chiffrer des travaux supplémentaires éventuels qui seront décidés, si besoin, au moment de la

⁹ - Autre procédure pour les très gros marchés dont je ne parlerais pas.

signature du marché.

On peut également prévoir des négociations. Dans ce cas, cette procédure doit être annoncée. La négociation peut permettre de favoriser la concurrence, mais il est difficile de la mener avec méthode et de garantir une égalité de traitement des candidats. En cas de négociations, tous les candidats doivent être tenus au courant par une liste identique de questions. Attention : une négociation n'est pas un marchandage ! La négociation ne peut servir à diffuser par exemple à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'eux.

Après le choix du candidat, bien que cela ne soit pas obligatoire, il est recommandé d'informer les candidats évincés. Le marché ne peut être signé que onze jours après l'envoi de cette information.

Le pouvoir adjudicataire est tenu de communiquer à tout candidat qui le demande les motifs du rejet de sa candidature.

En conclusion, cette procédure est relativement simple et non contraignante. L'avantage principal est que, si le cahier des charges et le bordereau des prix sont précis, l'on peut comparer le plus honnêtement possible les propositions et éviter les surprises en cours de marché. Les avenants sont toujours possibles, mais mal vus des collectivités. Ils peuvent aussi donner lieu à des recours.

4. Les litiges

Autrefois, il y a encore une quinzaine d'années, avant que l'on ne complique le code des marchés publics en 2006 et 2009, la décision de l'autorité adjudicatrice était « souveraine ». Elle n'était donc pas contestée. Mais à chaque commission d'appel d'offres un représentant de la « trésorerie générale » et un représentant de la « concurrence et des prix » était présent.

Maintenant on a voulu simplifier et l'on a ouvert la porte aux litiges, vices de formes et autres désagréments de ce genre. De plus en plus, le système anglo-saxon de contestation systématique s'est introduit en France. Ainsi de grandes sociétés de BTP, par exemple, utilisent des cabinets d'avocats spécialisés pour « grappiller » de l'argent sur le dos de la puissance publique en contestant la forme et le moindre défaut de procédure. Il arrive que ces grosses entreprises gagnent plus en engageant une procédure que si elles avaient exécuté le marché !¹⁰

Cela est dommageable, car c'est de l'énergie et de l'argent gâché qu'on pourrait utiliser à meilleur escient, pour la recherche par exemple. Certains avocats poussent à ce genre de pratiques qui leur procurent des revenus. En contrepartie, ces procédures encombrant les tribunaux.

Dans le monde de la facture d'orgue, il existe une certaine éthique qui évite de tomber dans ces excès. Mais l'on constate en ce moment que les recours sont plus fréquents.

Après cet exposé un peu aride, faisons un voyage dans le temps pour regarder comment se faisait à la fin du 19^{ème} siècle l'acquisition de Grandes Orgues. N'oublions pas que la guerre faisait rage entre Cavallé-Coll et Merklin.

¹⁰ - Cette dérive est analogue à celle relative aux brevets. Par exemple les litiges sur les brevets des Smartphones coutent des milliards de dollars et nourrissent des cabinets spécialisés géants (souvent plus de 1 000 spécialistes par cabinet).