CAPP
GRAND EST

Président :
M. Jean-Philippe Donzé

Siège social :
CAP[P]GE
5, rue Hannong
67000
STRASBOURG

Courriel :
contact@capp-ge.org

Permanence Strasbourg
Tél : 03.88.22.55.85

Permanence Nancy
Tél : 03.83.17.17.21

N°d'inscription au registre des associations du Tribunal d'Instance de STRASBOURG : Volume 97 Folio 206

La remise de prestations dans les marchés à procédure adaptée (MAPA)

Ce qu'il faut savoir... CAPP GE intervient régulièrement auprès de Maîtres d'ouvrage publics qui ont engagé une procédure avec remise de prestations sans indemnisation. Nous vous proposons une petite synthèse concernant l'encadrement de la remise de prestation dans ce type de marché et son indemnisation.

1- QUE DIT LA LOI ?

- Suivant **le Code de la Commande Publique (CCP)**, toute remise de prestation quelle que soit son importance notamment dans le cadre des marchés de services que sont les marchés de maîtrise d'oeuvre doit être indemnisée **(Article R2172-5** et **R2172-6** du CCP).

Article R2172-5 : Lorsque l'acheteur n'est pas soumis au livre IV ou lorsqu'il n'organise pas de concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur.

Article R2172-6 : Le montant de la prime mentionnée à la présente sous-section est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation à la procédure.

- **La Cour Administrative d'Appel de Douai du 4 juin 2018** fait jurisprudence : toute demande de prestation en marché de maîtrise d'oeuvre doit être rémunérée peu importe le degré d'investissement à fournir.

Tout maître d'ouvrage (MOA) demandant une prestation gratuite se met donc en porte-à-faux vis-à-vis de la Loi.

Extrait de l'arrêt de la CAA de Douai du 4 juin 2018 :

« 7. Il résulte nécessairement de ces dispositions, qui ne prévoient aucune dérogation au principe de versement de la prime qu'elles énoncent, que les

candidats qui ont présenté une offre dans le cadre d'une procédure de consultation organisée pour l'attribution, selon la procédure adaptée, d'un marché de maîtrise d'oeuvre, sont en droit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si leur investissement pour établir leur offre a été significatif, de bénéficier de cette prime à la condition que les études remises soient conformes au règlement de la consultation. Il résulte également de ces dispositions que l'avis d'appel public à la concurrence doit indiquer le montant de cette prime. »

- **La Direction des affaires juridiques du ministère des Finances (DAJ)** dans une fiche technique publiée le 18/05/2020 et intitulée « La remise d'échantillons, de maquettes et de prototypes dans le cadre de la passation des marchés publics » **confirme « l'obligation de versement d'une prime en cas d'investissement significatif »,** et rappelle qu'en marché de maîtrise d'oeuvre **toute demande de prestation quelle que soit son importance représente un investissement significatif**.

Extraits de la note « La remise d'échantillons, de maquettes et de prototypes dans le cadre de la passation des marchés publics », publiés par les ministères Economiques et Financiers, *Espace Commande Publique*, Rubrique *Conseils aux acheteurs et aux autorités concédantes / Fiches techniques*, Publiée le 18/05/2020

Page 3 : « Lorsque les demandes d'échantillons, de maquettes, de prototypes ou de tout autre document permettant d'apprécier l'offre nécessitent un investissement significatif des candidats, **elles doivent donner lieu au versement d'une prime dont le montant doit être indiqué dans les documents de la consultation.** »

« Dès lors que l'élaboration des maquettes, échantillons, prototypes ou autre document **demande un effort de conception, l'acheteur doit s'interroger sur la nécessité de prévoir une prime.** »

« Le caractère suffisant de la prime permet ainsi de garantir le respect des principes de la commande publique et notamment les principes de libre concurrence et d'égalité de traitement. **Seule une indemnisation sérieuse des partenaires économiques garantit une véritable mise en concurrence**. L'absence de versement de primes pourrait avoir pour effet de restreindre l'accès aux marchés publics aux seuls candidats capables de supporter financièrement leur élaboration sans contrepartie. La prime permet à des petites et moyennes entreprises d'accéder à la commande publique par la réduction des charges nécessaires à la réalisation d'une esquisse ou d'un projet. Elle est un des éléments garantissant l'efficacité de la commande publique par la préservation d'un marché concurrentiel. »

Page 4 : « **La remise de prestation dans le cadre d'un marché public de maîtrise d'oeuvre, d'un marché public de conception-réalisation ou d'un marché public global de performance s'analyse nécessairement comme un investissement significatif** ; […]»

2- QU'EST-CE QU'UNE DEMANDE DE PRESTATIONS ?

Une demande de prestation doit s'entendre au sens large comme toute réflexion relative au projet architectural, au programme, au planning ou au site notamment. Deux types de prestations sont régulièrement demandés :

2.1 - La prestation graphique

C'est la plus simple à détecter. Qu'il s'agisse d'un A3 ou d'un seul A4 recto ou même d'un timbre poste, la taille ne change rien à l'affaire : la mission de l'architecte étant bien de concevoir et dessiner un ouvrage, c'est un début de prestation manifeste et incontestable, qui doit donc être indemnisé comme l'oblige le CCP, et cela, que l'on soit au 1er tour (sélection des candidatures) ou au 2ème tour (négociation avec des équipes présélectionnées).
Un **croquis d'ambiance**, même en N&B, un **schéma d'intention**, un **plan schématique**, une **perspective** même à la main **sont donc considérés comme des prestations graphiques**.

2.2 - La prestation écrite

Pour les pièces écrites, la demande de prestations peut sembler plus difficile à caractériser.

Dans les faits, voici une liste non exhaustive des cas les plus flagrants signalés à CAPP Grand Est :

- un planning travaux, alors que rien n'est dessiné ni décidé : à moins de faire tout le projet, un tel planning travaux ne peut être demandé (et surtout n'a aucun sens : combien de lots sont nécessaires, quelle type de fondations, quelle technique structurelle ou quel matériau utilisé avec quel impact sur le planning, etc ?) ;

- une estimation du coût des travaux : l'estimation du coût prévisionnel est de la responsabilité du MOA et ne peut être déléguée à l'architecte au stade de la consultation de MOE ; c'est d'autant plus incontournable que c'est cette estimation qui devrait

guider le MOA sur le choix de la procédure (MAPA ou procédure formalisée, par exemple de type concours…) ;

- une première analyse du programme et de ses enjeux : cette demande constitue bien un travail d'analyse urbaine, réglementaire, fonctionnelle, voire spatiale, … et donc une première étape de conception même si elle reste sous une forme écrite : à ce titre, **il s'agit bien une prestation à indemniser dans le cadre d'un MAPA** ;

- une proposition d'optimisation du programme, des délais ou de l'enveloppe travaux : encore plus flagrante que la précédente, **c'est à l'évidence une demande de prestation**. Elle est aussi plus dangereuse, car rien n'interdit à un MOA de retenir les idées de chacun pour les confier au lauréat : quid de la responsabilité des uns et des autres en cas de problème ?

- la réalisation du programme lui-même (aussi improbable que cela puisse paraître, CAPP l'a rencontrée à plusieurs reprises) : le MOA délègue à l'architecte l'une de ses responsabilités « régaliennes » à savoir la définition du programme et de son enveloppe budgétaire : c'est à nouveau un contresens total particulièrement grave vis-à-vis du CCP, car le MOA a l'obligation de définir au préalable du lancement de la procédure pour le choix de son maître d'œuvre, ses objectifs, son programme, son budget, et même de faire une estimation des frais de maîtrise d'oeuvre.

Pour résumer les points ci-dessus dès lors que le MOA demande aux candidats une prestation ou un début de prestation prévue dans les éléments de rendu des phases décrites dans la Loi MOP intégrée au Code de la Commande Publique, il s'agit sans ambiguïté d'une demande de remise de prestation.

Certaines demandes de pièces écrites sont plus difficiles à caractériser comme étant des prestations et nécessitent de rentrer dans le détail de chaque règlement :

- la note méthodologique : si le contenu demandé est bien l'organisation de l'équipe pour répondre au projet, la manière dont elle va travailler et coopérer avec le MOA, la demande est légitime ; si par contre cette note impose une réflexion sur le programme et ses enjeux, une analyse du site, des propositions sur l'approche vis-à-vis du projet objet de l'AO (fonctionnelles, environnementales, phasage, choix énergétiques et/ou de matériaux, etc.), celle-ci devient de facto une demande de remise de prestations puisqu'assimilable à un élément de rendu type Loi MOP ;

- **la lettre d'intention :** si le contenu attendu reste les intentions générales (c'est-à-dire les thèmes de prédilection de chaque architecte), elle semble justifiée ; si par contre cette pièce demande à préciser les premières intentions liées spécifiquement au programme, au site et/ou au projet, alors elle retombe à nouveau dans le cadre de la remise de prestation ;

- **la lettre de motivation :** souvent laissée à la libre appréciation des architectes elle peut faire l'objet de précisions parfois abusives dans certains règlements . A vérifier au cas par cas.

Certaines demandes de pièces écrites ne posent par contre pas de problèmes particuliers, par exemple :

- **la composition de l'équipe :** c'est bien entendu une pièce importante, notamment en cas d'équipes pluridisciplinaires demandées ;

- **la description des compétences de l'équipe : CV, formations, expériences, références, etc.**

2.3 - La règle à retenir

Dès que la pièce demandée implique de rentrer dans la conception du projet et concerne une réflexion spécifique vis-à-vis du site et/ou du programme, ou dès qu'elle demande aux équipes de travailler sur des propositions de choix techniques et architecturaux, c'est-à-dire de poser les premières bases du projet, elle doit être considérée comme une demande de remise prestation et le règlement doit à ce titre en prévoir l'indemnisation.

A NOTER : **Pour qu'il y ait obligation d'indemnisation, le juge estime que ce n'est pas l'importance de la prestation demandée qui compte, mais bien le fait de demander un ou des éléments qui puissent être qualifiés de prestation, et cela quelle qu'en soit son étendue ou son importance (cf CAA DOUAI).**

3 - QUE FAIRE FACE A CES DEMANDES DE PRESTATION NON INDEMNISEES ?

Deux actions fort simples doivent être menées conjointement :

1 - **Signaler au MOA** notamment via sa plate-forme de questions réponses la demande de prestations non indemnisées. Si le maître d'ouvrage persiste dans sa réponse à ne pas prévoir d'indemnités, alors le candidat peut décider de ne pas répondre.

2 - **Solliciter l'association** CAPP Grand Est. La sollicitation à CAPP doit se faire le plus tôt possible avant la date limite de la consultation, via son site internet https://capp-ge.org, en joignant à sa saisine toutes les pièces de la procédure (sans lesquelles CAPP ne pourra se prononcer).

La demande est alors répercutée à la commission SAISINE de CAPP (composée d'architectes volontaires et bénévoles) qui va aussi vite que possible :

1 - **analyser** puis confirmer (ou infirmer) l'analyse,

2 - rentrer en contact avec le MOA et discuter avec lui (**sans jamais évoquer l'origine de la sollicitation**),

3 - **rédiger un courrier ou un mail à destination du MOA**, actant le contenu de cet échange,

4 - **tenir au courant** les personnes l'ayant sollicitée de ces échanges et des éventuelles suites promises par le MOA,

5 - pour les cas les plus graves signaler l'irrégularité au contrôle de légalité.

Pourquoi le plus tôt possible ? : parce que plus la date de clôture de la procédure est éloignée, plus un MOA est enclin à accepter de modifier sa procédure.

CAPP garantit l'anonymat des personnes qui lui ont signalé la

procédure mise en cause aussi bien au stade du 1er tour (sélection des candidatures) que du 2nd tour (négociation).

Aucun MOA ne connaîtra jamais le nom de la ou des personnes qui ont sollicité CAPP. C'est tout l'intérêt d'un collectif tel que CAPP Grand Est que de pouvoir intervenir au nom de la profession en relayant anonymement ses analyses et ses critiques les plus pertinentes.

Et le recours juridique ?

Toute demande de prestation non indemnisée remet en cause profondément la légalité de la procédure, pour au moins trois raisons :

- du fait du non respect des dispositions sur l'indemnisation des prestations, ce qui est un vice en soi ;

- du fait du non respect de la liberté d'accès à la commande publique qui en découle : les architectes qui ont détecté et signalé cette demande de prestation non indemnisée en amont refuseront en principe d'y postuler tant que le MOA n'aura pas changé son règlement ;

- du fait d'irrégularités bien souvent associées : n'étant pas indemnisées, les prestations attendues ne sont généralement pas bien définies. Comment dans ces conditions juger les offres de manière transparente, équitable et garantir un traitement égalitaire entre les candidats ?

Ce type d'irrégularité crée donc un risque important de contentieux, pouvant faire l'objet d'un recours juridique.

Si les organisations professionnelles (CROA, CAPP, Syndicats, …) ne sont plus reconnues comme ayant intérêt à agir, les personnes qui peuvent aller en justice sont en fait tous les architectes qui, en leur nom propre, ont :

- soit prévenu le MOA qu'ils ne pouvaient pas répondre du fait de l'irrégularité de sa procédure (cf. la 1ère action)

- soit postulé mais qui ont été écartés (car n'ayant pas par ex. répondu au cahier des charges).

POUR CONCLURE

Ces MAPA avec remise de prestations non indemnisées sont particulièrement fragiles face aux textes. Ces textes ne sont aucunement l'avantage quelconque d'une profession sur les collectivités : ils ne font que matérialiser cet adage de bon sens du « toute peine mérite salaire ». Il est anormal au XXI ème siècle de demander à quiconque de travailler gratuitement, même pour tenter d'obtenir un marché public : aux architectes de rappeler cette simple règle morale aux MOA, en faisant intervenir leur collectif CAPP Grand Est.

Le Bureau et la commission SAISINE de CAPP Grand Est