

DESIGN & BUILD ET LE PPP : RECOMMANDATIONS



RECOMMANDATION N°1

DESIGN & BUILD

1.1. LA NÉCESSAIRE INDÉPENDANCE DE L'ARCHITECTE

La directive « marchés publics » 2004/18/CE du 31 mars 2004 précise en son 9^e considérant que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour la conception et l'exécution des travaux. La directive ne vise pas à prescrire une passation séparée ou conjointe.

En Belgique, le système traditionnel est celui de la passation séparée des marchés : d'abord pour la conception de l'ouvrage et ensuite pour l'exécution des travaux. **En d'autres termes, il y a d'abord passation d'un marché de services d'architecture et ensuite, après obtention du permis d'urbanisme, l'attribution d'un marché de travaux.**

Cependant, ces dernières années, la formule du *Design & Build* s'est répandue et est à présent couramment utilisée par de nombreux pouvoirs adjudicateurs.

L'article 30 du Règlement de déontologie de l'Ordre des Architectes approuvé par arrêté royal du 18 avril 1985 autorise la participation de l'architecte aux marchés qui portent à la fois sur l'établissement d'un projet et son exécution pour autant que les conditions ou dispositions de ceux-ci ne dérogent en rien aux lois et règlements régissant la profession d'architecte, notamment en ce qui concerne l'indépendance correspondant à la spécificité et à la finalité de la mission de l'architecte.

L'indépendance de l'architecte est une condition essentielle à l'exercice de la profession.

Elle constitue dans le chef du pouvoir adjudicateur (maître de l'ouvrage) une garantie de la bonne exécution par l'architecte des missions qui lui sont confiées.

Une vigilance particulière s'impose donc dès lors qu'une communauté d'intérêts s'instaure entre l'architecte et l'entrepreneur et que le *Design & Build* est considéré par la réglementation comme un marché de travaux. Ce type de marché doit par conséquent respecter les obligations légales liées à la mission architecturale. Comme l'objet du marché est en réalité mixte (conception et exécution) et compte tenu de la règle d'incompatibilité entre les professions d'architecte et d'entrepreneur (article 6 de la loi du 20 février 1939, loi qui - rappelons-le - est d'ordre public), le *Design & Build* implique obligatoirement qu'il soit fait appel à un architecte (en ce sens, article 139 §3 de l'A.R. du 15 juillet 2011) œuvrant avec l'indépendance requise.

1.2. CHOIX DE LA PROCÉDURE : LE CONCOURS DE TRAVAUX

Lorsque la formule du *Design & Build* est utilisée par un pouvoir adjudicateur, le Cfg-OA recommande la procédure du « concours de travaux » (anciennement appelé « appel d'offres concours » et qui ne doit pas être confondu avec le concours de projets). Cette procédure, malheureusement peu utilisée dans la pratique, est précisée à l'article 139 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Le concours de travaux implique la mise sur pied d'un jury chargé d'évaluer les offres, le marché étant attribué par le pouvoir adjudicateur après avis de ce jury. Celui-ci doit être composé au minimum de cinq membres dont un au moins choisi par des personnes étrangères au pouvoir adjudicateur. Les membres du jury sont indépendants des participants au concours (article 139, §2, 1^o de l'A.R.). Les documents du marché fixent les critères d'attribution sur la base desquels le jury appréciera les offres (article 139, §2, 2^o de l'A.R.).

Les documents du marché fixent également l'octroi éventuel de primes pour les offres les mieux classées ou d'indemnités pour les participants (article 139, §2, 3^o de l'A.R.). Pour le Cfg-OA, les indemnités devraient être la règle lorsqu'il est demandé aux concurrents – et singulièrement à l'architecte – un investissement important au stade de l'offre, ce qui est le plus souvent le cas en *Design & Build*.

Les droits respectifs du pouvoir adjudicateur et des soumissionnaires sur la propriété et l'utilisation des projets doivent également être précisés (article 139, §2, 4^o de l'A.R.).

La demande de participation ou l'offre doit déterminer précisément les personnes physiques ou morales qui interviennent comme concepteurs pour l'élaboration du projet et le suivi de son exécution (article 139, §3 de l'A.R.).

Comme pour les marchés de services architecturaux, une procédure en deux étapes (impliquant donc une sélection préalable dans une phase autonome) est recommandée pour éviter que tous les concurrents soient contraints de consentir des frais d'études importants.

1.3. ANNULATION DE LA RÈGLE DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LES PARTENAIRES

Par son arrêt 225.191 du 22/10/2013, le Conseil d'État a annulé, pour les offres introduites par un groupement sans personnalité juridique composé d'un entrepreneur et d'un architecte, la règle de la solidarité à l'égard du pouvoir adjudicateur prévue à l'article 51, § 2 de l'A.R. du 15 juillet 2010.

Cette disposition avait fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État à la requête d'architectes et d'associations professionnelles d'architectes.

En effet, concrètement, la solidarité avait pour conséquence que chacun des associés (par hypothèse l'architecte et l'entrepreneur dans un *Design & Build*) était tenu pour la totalité des obligations à l'égard du pouvoir adjudicateur, ce dernier ayant la possibilité, en cas de défaillance de l'un des associés, d'agir contre le débiteur de son choix. Chacun des associés était donc responsable individuellement de la bonne exécution et du complet achèvement de l'objet du marché (*Design + Build*). Cette responsabilité s'étendait aux engagements de garantie de chacun. On voit immédiatement les risques injustifiés tenant à cette solidarité lorsqu'un des partenaires reçoit une mission limitée et lorsque les disciplines des partenaires sont différentes. Ensuite, et c'était l'objet du recours en annulation devant le Conseil d'État, la disposition visée imposant la solidarité entre les partenaires d'un groupement sans personnalité juridique heurtait les dispositions de la loi du 20 février 1939. **Il paraissait illicite au regard de cette loi que l'architecte prenne, en cas de défaillance de l'entrepreneur, via le mécanisme de la solidarité, le rôle de l'entrepreneur d'exécuter les ouvrages ou de les faire exécuter (violation de l'article 6 de la loi du 20 février 1939) ou d'en répondre financièrement vis-à-vis du pouvoir adjudicateur en assumant le cas échéant la dette de l'entrepreneur failli.**

Le Conseil d'État a donc suivi la position des architectes requérants.

Pour les raisons qui précèdent, le **Cfg-OA recommande d'éviter le dépôt d'une offre par une société momentanée architecte-entrepreneur.**

1.4. LA SOUS-TRAITANCE

Par ailleurs, l'intervention de l'architecte en sous-traitance du soumissionnaire (qui serait par hypothèse l'entrepreneur) n'est en principe pas admissible, l'indépendance de l'architecte pouvant être difficilement sauvegardée dans une telle relation contractuelle.

1.5. LES SOLUTIONS PRÉCONISÉES PAR LE CFG-OA

1.5.1. Groupement conjoint non solidaire

Vu l'annulation par le Conseil d'État de la règle de la solidarité (à l'égard du pouvoir adjudicateur) des groupements sans personnalité juridique entre un architecte et un entrepreneur, les groupements conjoints non solidaires deviennent autorisés, à l'instar de ce qui se pratique dans d'autres pays comme la France par exemple. Chacun des membres du groupement conjoint s'engagerait à exécuter sa mission spécifique précisément individualisée dans le marché. En aucun cas, l'entrepreneur ou l'architecte n'assurerait donc la prestation de son partenaire cotraitant. La solution préconisée aurait le mérite de faciliter le développement de la formule du *Design & Build* sur des bases respectueuses de la loi du 20 février 1939 et des missions de chacun, chaque partenaire étant responsable de sa prestation vis-à-vis du pouvoir adjudicateur.

1.5.2. Alternative : intervention d'un promoteur

Comme alternative, le **Cfg-OA recommande, pour préserver l'indépendance de l'architecte, que la relation contractuelle s'établisse entre l'architecte et un promoteur ne réalisant pas personnellement les travaux.**

Il appartiendrait donc au promoteur de prévoir deux contrats distincts, à savoir d'une part un contrat avec l'architecte et d'autre part un contrat d'entreprise avec l'exécutant des travaux.

Cette solution permet d'éviter à l'architecte de s'engager dans un groupement momentané ou une relation de sous-traitance avec l'exécutant.

1.6. DANS TOUS LES CAS

En toute hypothèse, l'architecte ne sera pas dispensé dans sa relation contractuelle :

- de veiller au respect de la finalité d'intérêt public de sa mission ;
- de veiller au maintien d'une indépendance effective impliquant que des moyens suffisants lui soient octroyés pour mener à bien sa mission en conservant son autonomie conceptuelle et technique ;
- de ne prêter sa collaboration que si la qualité architecturale du projet fait bien partie des critères d'attribution du marché public avec le pouvoir adjudicateur et est valorisée adéquatement par rapport aux critères financiers ;

- de veiller à remplir les différentes étapes de la mission architecturale, le cas échéant adaptées à la spécificité du type de marché en cause, mais en prévoyant son intervention jusqu'à la réception des travaux notamment pour veiller au respect du projet architectural.

Le Cfg-OA rappelle que tout projet de statuts et de contrat d'association doit être préalablement soumis à l'approbation du Conseil provincial compétent de l'Ordre (article 7.1. de la Recommandation du 28 novembre 1997 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une société ou d'une association).

RECOMMANDATION N°2

PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

2.1. NOTIONS

La notion de Partenaire Public-Privé (PPP) recouvre diverses formes de coopération de longue durée visant le financement, la construction, l'entretien voire l'exploitation d'une infrastructure ou d'un ouvrage public.

Dans ce type d'opération, le montage contractuel doit souvent tenir compte de deux contraintes :

- **La bancabilité du projet** : le montage doit permettre en effet au partenaire privé de faire financer le projet, voire de se financer aux meilleures conditions pour limiter les coûts de financement répercutés dans le paiement à charge du pouvoir adjudicateur (partenaire public) ;
- **Le respect des conditions nécessaires à la déconsolidation de la dette** suivant la décision Eurostat du 11 février 2004 portant sur le traitement des PPP.

On distingue les PPP « contractuels » (le plus souvent soumis à la réglementation des marchés publics) et les PPP « institutionnels » (ceux-ci se développant dans le cadre d'une société spécialement dédiée au projet, souvent qualifiée de SPV, *Special Purpose Vehicle*).

Parmi les PPP contractuels, il s'agit souvent d'un DBFM (*Design-Build-Finance-Maintain*) prenant généralement la forme d'un marché de promotion de travaux (article 28 de la loi du 15 juin 2006 et articles 115 à 124 de l'A.R. du 15 juillet 2011) : le marché porte à la fois sur le financement et l'exécution des travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services (notamment architecturaux) relative à ceux-ci. C'est donc la même personne (à savoir le promoteur qui peut être lui-même l'entrepreneur mais il ne s'agit pas d'une obligation) qui assumera la responsabilité du financement et de l'exécution du marché.

2.2. ABSENCE DE MAÎTRISE DU PROJET PAR LE POUVOIR ADJUDICATEUR

Dans la plupart des cas, dans un PPP, le partenaire privé est un organisme financier, un investisseur, un développeur ou un promoteur. L'architecte a rarement qualité de soumissionnaire (de même que l'entrepreneur). Par ailleurs, le plus souvent, les pouvoirs adjudicateurs se dessaisissent de leur rôle de maître de l'ouvrage. En conséquence, la désignation de l'architecte ne se fait pas via un marché public de services d'architecture mais dans le cadre d'une relation contractuelle purement privée entre un maître d'ouvrage professionnel (organisme financier, investisseur, développeur, promoteur) et l'auteur de projet. C'est en effet au maître de l'ouvrage qu'il incombe d'obtenir le permis d'urbanisme et donc de faire appel au concours d'un architecte pour l'établissement des plans et le contrôle de l'exécution des travaux.

Comme dans un *Design & Build*, l'architecte veillera dans cette relation contractuelle à disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission avec l'indépendance requise. Il s'agit assurément d'un exercice difficile en raison de l'objectif d'optimisation économique de l'offre faite par le partenaire privé. En effet, celui-ci recherche des gains de productivité venant compenser le surcoût dû au financement privé.

Un des inconvénients risque d'être la perte par le pouvoir adjudicateur du contrôle de la qualité du projet car le partenaire privé doit chercher des compromis pour présenter l'offre économiquement la plus avantageuse, parfois au détriment du projet. Or, la maîtrise de la qualité architecturale est essentielle vu le devoir d'exemplarité qui incombe à la personne publique pour ses investissements.

Par conséquent, dans un PPP, le cahier des charges devrait prévoir des dispositions particulières pour renforcer le rôle des concepteurs, parmi lesquelles :

- L'identification, dès la candidature, de l'équipe de concepteurs ;
- La présence dans l'offre du partenaire privé d'un projet architectural ;
- La valorisation adéquate de la qualité architecturale du projet parmi les critères d'attribution ;
- La description précise de la mission architecturale y compris au titre du suivi de la réalisation jusqu'à la réception des ouvrages ;
- Une juste répartition des risques et du système d'assurance entre les différents acteurs au sein de l'équipe du partenaire privé ;
- L'indépendance de l'architecte conformément à la loi du 20 février 1939 et au règlement de déontologie ;
- L'indemnisation du bureau d'architecture pour les études réalisées dans le cadre de l'appel à la concurrence en cas de non attribution du marché.

2.3. SOLUTIONS PRÉCONISÉES PAR LE CFG-OA

2.3.1. Un marché préalable de services d'architecture

Le Cfg-OA ne peut que s'interroger sur les bienfaits d'une formule (le PPP) qui aboutit au désengagement des pouvoirs publics et à l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage public.

Aussi, **le Cfg-OA**, dans le souci de préserver la qualité architecturale, **préconise-t-il** la solution qui consiste pour le pouvoir adjudicateur **à assumer son rôle de maître d'ouvrage en choisissant lui-même le projet architectural dans le cadre d'un marché public préalable de services d'architecture.**

Les marchés de promotion autorisent cette solution puisque la conception des ouvrages ne doit pas être obligatoirement considérée comme faisant partie du partenariat public-privé. Dans la mesure du possible, le choix du projet devrait donc rester une prérogative de la personne publique qui agit au nom de l'intérêt général. Cette solution permet de lancer le PPP sur la base d'un même projet. L'analyse des offres des concurrents dans le cadre des PPP s'en trouvera simplifiée, plus rapide et moins coûteuse puisque le pouvoir adjudicateur obtiendra des offres objectivement comparables car concernant le même projet. À ce stade, même si le parti architectural du futur projet est déterminé, les concurrents pourront proposer des variantes ou options pour optimiser le cas échéant les coûts d'investissement, de maintenance et d'exploitation.

Le pouvoir adjudicateur devrait imposer au partenaire privé (par le biais de dispositions adéquates dans le cahier spécial des charges) l'équipe auteur du projet qui deviendrait, après obtention du permis d'urbanisme, cocontractante du partenaire privé.

2.3.2. Dispositions à prévoir dans les contrats globaux (DB et PPP)

Si la mise en place d'un marché préalable de services d'architecture n'est pas retenue par le pouvoir adjudicateur, le Cfg-OA recommande que le cahier spécial des charges contienne des dispositions adéquates de nature à :

- **Prévoir** parmi la réglementation applicable mentionnée au cahier spécial des charges **la loi du 20 février 1939** ainsi que **l'arrêté royal du 18 avril 1985** approuvant le Règlement de déontologie des architectes ;
- **Solliciter de l'architecte la preuve de son inscription au tableau de l'Ordre des Architectes** ainsi que **la preuve de sa couverture par une assurance de la responsabilité** professionnelle conformément aux exigences de l'arrêté royal du 25 avril 2007 et ce pour une couverture conforme aux risques et à l'ampleur de la construction projetée ;
- **Prévoir expressément la sauvegarde de l'indépendance de l'architecte vis-à-vis de l'entrepreneur** (consacrée par le Règlement de déontologie et la jurisprudence).

Concrètement, cette indépendance devrait en principe impliquer :

- a) La conclusion par l'entrepreneur et l'architecte, chacun en ce qui le concerne, d'un contrat distinct avec le promoteur agissant comme maître d'ouvrage.
- b) L'absence de lien de subordination de l'architecte par rapport à son cocontractant.
- c) La reconnaissance par le cocontractant de l'indépendance professionnelle et technique de l'architecte dans la réalisation de sa mission impliquant l'autonomie conceptuelle de l'architecte et le respect de la finalité d'intérêt public de sa mission.
- d) Le paiement d'honoraires décents lui donnant les moyens d'accomplir sa mission sans être cantonné à un rôle de simple conseiller artistique tenu à l'écart des véritables arbitrages durant le chantier, l'architecte devant être activement et effectivement impliqué tant pendant la phase permis que pendant la phase construction de la mission.

- **Prévoir la description de la mission de conception des ouvrages et du contrôle de leur réalisation.** La mission tiendra cependant compte de la spécificité de la place de l'architecte dans un tel contrat global. Il devra être porté un soin particulier à la répartition claire et détaillée des prestations de chaque intervenant. Cette grille des prestations à communiquer au pouvoir adjudicateur pourra utilement comporter l'indication des coûts et honoraires afférents à chacune des prestations mentionnées**. Plus ce tableau sera détaillé et plus le pouvoir adjudicateur disposera d'une vision claire du rôle et des disponibilités de chacun tout au long de l'exécution du marché.

- **Prévoir que l'architecte peut directement entrer en contact avec le pouvoir adjudicateur** lorsqu'il constate des manquements ou un simple problème et qu'il estime que le pouvoir adjudicateur doit en être informé.

- **Préserver la propriété intellectuelle de l'architecte :** l'auteur de projet conserve la propriété intellectuelle de tous les documents qu'il a établis en exécution du contrat. Son cocontractant ne peut utiliser ces documents que pour l'exécution des travaux en vue desquels ils ont été établis et pour autant que la mission d'architecture reste acquise à l'auteur de projet.

** Par exemple, pour la conception :
- Études nécessaires à l'introduction du dossier de demande de permis d'urbanisme : ... € HTVA
- Études consécutives à l'obtention du permis : ...€ HTVA
- Suivi et contrôle du chantier (y compris assistance aux réceptions) : ... € HTVA

www.ordredesarchitectes.be