

SIEP et SNITER : Principales évolutions de la réglementation :

La réglementation du domaine de l'eau est particulièrement complexe et dispersée puisqu'elle est constituée actuellement d'environ :

10 Directives Européennes

21 Codes

15 Lois (la plus ancienne datant de 1892)

112 Décrets

98 Arrêtés

Il est donc impossible de les citer ici mais les textes sont disponibles sur le site du Ministère de l'Environnement : <http://www.environnement.gov>.

Par contre la révision récente du nouveau Code des Marchés Publics constitue pour le SIEP (Syndicat National des Industries des Eaux Potables, de Process et de Piscine) et le SNITER (Syndicat National des Industries du Traitement des Eaux Résiduaires) la modification du contexte législatif la plus conséquente pour leur métier de constructeurs d'usines de traitement d'eau et appelle de leur part les remarques suivantes :

La procédure de Conception Réalisation, qui était de plus en plus fréquemment retenue pour les usines de traitement d'eau à la place de l'Appel d'Offres sur Performances, est maintenant la seule de ces deux procédures autorisée par le nouveau Code.

Une nouvelle procédure, dite de Dialogue Compétitif, fait son apparition dans le nouveau Code des Marchés Publics : cette procédure n'est pas adaptée à la spécificité du traitement d'eau, dont les procédés qui sont mis au point et détenus par les entreprises, constituent le cœur de leur savoir faire et de leurs offres.

Le SNITER et le SIEP proposent l'analyse suivante de l'adéquation au marché du traitement des eaux -potables comme usées- des diverses procédures proposées dans le nouveau code des marchés publics :

Appel d'offre ouvert

Cette procédure est, à notre avis, à réserver au cas d'usines de petites tailles, et sans difficultés techniques particulières. La solution technique obligatoire (solution de base) est figée par le Maître d'œuvre qui doit en assumer la responsabilité et fournir les garanties correspondantes. Cette procédure ne permet pas aux entreprises de proposer des solutions optimales pour le Maître d'ouvrage sans entraîner des coûts d'étude supplémentaires pour les Candidats, et donc pour le Maître d'Ouvrage.

Appel d'offre restreint

Mêmes cas et limitations que ci-dessus, tout en limitant la consultation aux entreprises les plus aptes à répondre à la complexité du projet.

Les appels d'offre (ouverts ou restreints) sur projet du Maître d'Ouvre conservent dans le nouveau code des marchés la difficulté qu'ils présentaient dans l'ancien code pour s'adapter à des ouvrages tels que les usines de traitement d'eau, où les aspects procédé conditionnent clairement la conception et la réalisation des ouvrages. Pour de petits ouvrages, ces procédures peuvent être utilisées, en gardant néanmoins en tête qu'elle impose aux candidats de répondre sur les bases complètement définies par l'appel d'offre, ce qui limite en pratique le bénéfice des procédés originaux et idées nouvelles que pourrait avoir développé chacun des candidats. La solution de base obligatoire définie par le Maître d'Ouvre, ainsi que les garanties qui lui sont associées, relèvent de la responsabilité du Maître d'œuvre.

Dialogue compétitif

N'est pas applicable, à notre avis, à la réalisation d'usines de traitement d'eau. La possibilité juridique d'utilisation de cette procédure est, à notre avis, contestable en regard de l'application de la loi MOP (cas des usines d'épuration). Impossibilité pratique de concilier les exigences légales de parfaite égalité de traitement et d'information des candidats, avec la confidentialité des idées fournies par ceux ci. La propriété intellectuelle des entreprises n'est pas garantie. Les conditions de dialogue, d'élimination des candidats et de défense des offres, ne sont pas définies, et font courir des risques à l'ensemble des acteurs du projet et au projet lui même (important risque contentieux).

Le dialogue compétitif n'est en rien une procédure comparable à celle de l'ancien Appel d'Offre sur Performances.

L'application de la procédure de dialogue compétitif pour les usines de traitement d'eau paraît contestable sur le plan juridique (ces usines sont soumises à la loi MOP), et présente des ambiguïtés qui risquent d'engendrer de nombreux contentieux lors de son usage éventuel :

La particularité de cette procédure est en effet de préciser le cahier des charges en tenant compte des idées naissant du dialogue avec les candidats ; Il est cependant précisé, pour des raisons évidentes d'honnêteté et de propriété intellectuelle, que l'on ne peut révéler aux autres candidats les solutions proposées ou des informations confidentielles d'un candidat (sans son accord préalable dont on ne voit pas bien pourquoi le candidat le donnerait - perdant ainsi un avantage compétitif - sans avoir été sollicité par son client potentiel..) : comment ne pas donner aux autres candidats des idées d'un candidat, alors qu'on les imposerait par le cahier des charges ? et, s'il n'est pas possible de tenir compte dans le cahier des charges des idées résultant du dialogue compétitif, pourquoi mener ce dialogue ?

A contrario, il est précisé que le respect d'une stricte égalité, avec même information pour tous les candidats doit être respecté : comment respecter simultanément ce principe d'égalité de l'information et le principe de confidentialité vis à vis de chacun ? D'autre part cette procédure ne permet plus la défense de leurs offres, après leur remise, par les candidats (plus d'audition).

On le voit, cette procédure risque d'être écartelée entre des injustices de traitement et le non respect de la confidentialité, avec tous les risques contentieux entraînés par la moindre dérive.

Marché négocié avec publicité préalable et mise en concurrence

Est applicable seulement pour les usines de moins de 5,9 M€, ou en cas d'échec de l'appel d'offre. Application possible à la condition que le cadre de la consultation soit parfaitement défini pour assurer l'égalité entre les candidats et respecter leur propriété intellectuelle. Les dispositions de l'ancien appel d'offre sur performance devraient pouvoir être transposées à la procédure de marché négocié.

Marché négocié sans publicité préalable mais avec mise en concurrence

Cette procédure n'est pas applicable, sauf urgence impérieuse, conformément aux limitations du nouveau code des marchés publics

Marché négocié sans publicité préalable ni mise en concurrence

Cette procédure n'est pas applicable, sauf marchés complémentaires ou similaires à un précédent marché sur appel d'offre, sous diverses réserves, conformément aux limitations du nouveau code des marchés publics

Dans le cas des usines de traitement des eaux, les marchés négociés ne peuvent de facto être utilisés que dans deux cas spécifiques :

- en cas d'échec de procédures préalables d'appel d'offre
- pour des marchés de travaux inférieurs à 5 900 000 euros

Le cadre de la consultation doit néanmoins être parfaitement défini dès le départ de celle ci, pour garantir l'égalité de traitement entre les candidats et le respect de leur propriété intellectuelle. Dans ce sens, les dispositions de l'ancien Appel d'Offre sur Performance

devraient pouvoir être transposées à la procédure de marché négocié pour en préciser la procédure et en assurer le bon fonctionnement.

Marché en Conception-Réalisation

Cette procédure est applicable, à notre avis, à tous les cas, dès lors qu'il y a recherche de la meilleure solution technico-économique disponible sur le marché. Elle correspond exactement aux cas préconisés par le code (ouvrage soumis à la loi MOP, où le processus conditionne la conception et la réalisation). Cette procédure ouvre au maximum le champ des solutions possibles au problème posé, et garantit la meilleure cohérence entre études, architecture, réalisation et garanties de procédé, réalisées par le même groupement.

Le SIEP et le SNITER font remarquer que Les usines de traitement d'eau usée comme celles d'eau potable sont des ensembles complexes.

La conception et la réalisation cohérentes de ces ensembles par un adjudicataire global a été largement utilisée dans le cadre de l'appel d'offre sur performances, permettant de placer les entreprises françaises en position de leadership mondial du traitement des eaux.

La procédure de Conception-Réalisation permet simultanément de conserver cette cohérence entre études et réalisation et d'ouvrir le champ des solutions possibles au mieux de l'économie et de la concurrence: la procédure de Conception Réalisation est clairement la solution à choisir pour les projets de traitement d'eau. C'est la procédure recommandée par le SNITER et par le SIEP.

La procédure de Conception-Réalisation est réservée aux ouvrages relevant de la loi MOP (cas des usines de traitement des eaux).

Elle ne concerne que :

- les ouvrages dont le processus conditionne la conception et la réalisation (cas, précisément, des usines de traitement d'eau, à forte dépendance des procédés utilisés),
- les ouvrages dont les caractéristiques, telles que la dimension exceptionnelle ou des difficultés techniques particulières exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises (ce qui est le cas des usines de traitement des eaux, soit par leur taille dans le cas des grandes villes, soit par la spécificité de chaque usine du point de vue des qualités à traiter et à obtenir, et des procédés à mettre en oeuvre)

Les usines de traitement des eaux apparaissent donc bien comme rentrant idéalement dans le cadre cette procédure. C'est d'ailleurs probablement la raison pour laquelle cette procédure, déjà prévue dans le précédent code des marchés publics où elle figurait comme une variante de la procédure d'Appel d'Offre sur Performances, était déjà de plus en plus souvent choisie pour ces usines.

En effet, la Conception Réalisation lève totalement les ambiguïtés entre Maîtrise d'Oeuvre et Réalisation, puisque les deux aspects sont intégrés par chaque candidat dans une même équipe.

Les difficultés liées à un Architecte obligé de définir son projet architectural sans connaître les contraintes et procédés de traitement à y intégrer sont également levées, puisque l'Architecte est partie de l'équipe candidate.

La compétition devient ainsi la plus ouverte possible en permettant à chaque candidat d'offrir sa meilleure solution, fonction de son savoir faire et de ses brevets propres, à un problème de traitement défini de la même façon pour tous, mais indépendamment de ses solutions : c'est le mode de dévolution le plus propice à l'obtention de la solution optimale, obligeant au maximum d'efforts et de créativité, et enfin motivant la poursuite d'une R&D forte par la profession, susceptible de conserver à la France sa présente position de tête dans le domaine du traitement de l'eau.

Dans le cadre de cette procédure, le SIEP et le SNITER préconisent que le Maître d'Ouvrage s'adjoigne un AMO (Assistant à Maître d'Ouvrage) dont les missions se rapprochent de celle d'un Maître d'Oeuvre sans mission de conception : il devra ainsi avoir en charge la définition des données de base, des contraintes à respecter et des objectifs de résultats à atteindre (Programme Fonctionnel Détaillé PFD), ainsi que les missions d'assistance pendant la phase des travaux.