

Session d'ouverture :
Innovater pour construire les infrastructures de demain

***Président : Yves KRATTINGER • Sénateur, Président du Conseil général de
la Haute-Saône, Président de l'IDRRIM***

Modérateur : Patricia ARINJAKA • Ponts Formation Conseil

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo



Benchmarking européen : quels enseignements retenir ?

Le cas des autoroutes allemandes

Britta SAUTER

DEGES



2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



**CONGRÈS DE
L'IDRRIM**
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité

Résumé

1. **Le rôle de la DEGES** dans la construction d' autoroutes en maîtrise d'ouvrage publique
2. **Le cadre général** des marchés publics en construction d' autoroutes
3. **Innovation - Inventaire critique** des procédures pour la passation des marchés publics
4. **Les causes - une thèse** personnelle
5. **Les remèdes - quelques idées** sceptiques
6. **Quels enseignements retenir?**

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'usager
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



Le rôle de la DEGES

- Agence allemande de planification et construction d'autoroutes
- Fondée en 1991, dans la suite de l'unification allemande, dans le but d'améliorer rapidement l'état des infrastructures autoroutières dans les 5 Länder de l'est de l'Allemagne
- Exécutrice des fonctions de maître d'ouvrage en planification et construction d'autoroutes – dont plusieurs projets PPP - en service des Länder de la République fédérale d'Allemagne
- Société privée (GmbH / S.A.R.L.) – Associés :
 - La République fédérale d'Allemagne, Ministère fédéral des Transports et des Infrastructures numériques
 - Les Länder qui ont chargé la DEGES d'exécuter les fonctions ci-dessus



Brandenburg



Freie Hansestadt
Bremen



Freie und Hansestadt
Hamburg



Hessen



Mecklenburg-
Vorpommern



Niedersachsen



Freistaat
Sachsen



Sachsen-
Anhalt



Schleswig-
Holstein



Freistaat
Thüringen

- Actuellement : Activités pour 10 Länder Fin 2014 : Activités pour 12 Länder

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'usager
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



**CONGRÈS DE
L'IDRRIM**
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité

Le cadre général de la passation des marchés publics de construction d'autoroutes

- **La réglementation des marchés publics**
La législation et la juridiction (européenne, nationale)
- **Les conditions du contrat techniques**
« Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen »
- **Les conditions du contrat juridiques**
La répartition des risques

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



**CONGRÈS DE
L'IDRRIM**
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité

La situation actuelle : Inventaire critique

- Depuis le milieu des années 2000, **la soumission de variantes techniques, moteur principal d'innovation à la passation des marchés publics, a pratiquement cessé.**
- Par conséquent, il n'y a **actuellement pas d'innovations significatives dans les marchés publics** de travaux d'autoroutes et des ouvrages de génie civil associés.
- Ce fait doit surprendre, car **le ministère fédéral souhaite vivement stimuler l'innovation** dans le secteur public.

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



CONGRÈS DE
L'IDRRIM
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité

Les causes

Quelles sont les causes de la disparition des offres au contenu innovant dans les marchés publics de travaux d'autoroutes en Allemagne?

Thèse personnelle :

« Le cadre général - surtout le cadre juridique – et l'innovation ne se marient pas. »

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



CONGRÈS DE
L'IDRRIM
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité

Les causes

Les offres innovantes ne sont plus soumises, car

- leur admission est juridiquement trop risquée pour l'administration publique : **Risque de violation du droit des marchés publics** à cause d'une **indication insuffisante des exigences minimales que les variantes doivent respecter**.
- elles sont pratiquement impossible pour l'entrepreneur privé : Incompatibilité avec les nombreuses **conditions de contrat techniques**.
- elles sont économiquement non avantageux pour les deux parties :
 - Refus des financeurs de **prendre le risque** élevé de l'exécution des travaux concernant une manière non courante de construction.
 - Refus de l'administration de **partager ce risque**.

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



Les causes

Cause principale : Le cadre juridique - législation et juridiction européennes et nationales

Législation

- **Directive 2004/18 CE**

relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et des services :

Art. 24 Variantes

3. Les pouvoirs adjudicateurs qui autorisent les variantes mentionnent dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter.

- **VOB/A – Verdingungsordnung für Bauleistungen**

(Cahier de prescriptions pour les marchés de construction) :

§ 8 (2) EG Vergabeunterlagen

3. Hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung Nebenangebote zugelassen, hat er anzugeben (...) die Mindestanforderungen an Nebenangebote.

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



Les causes

Le cadre juridique - législation et juridiction européennes et nationales

Juridiction

Arrêt "Traunfellner" de la Cour de Justice Européenne (16 octobre 2003, C-421/01)

Sujet : une offre de **variante d'assise de chaussée d'une autoroute (!)** en Autriche

LA COUR,

(...) dit pour droit:

1) L'article 19 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 [qui a été abrogé par Art. 24 de la directive 2004/18/CE] (...) doit être interprété en ce sens ***qu'il n'est pas satisfait à l'exigence tenant à la mention des conditions minimales requises*** par un pouvoir adjudicateur pour prendre en considération les variantes, ***lorsque le cahier des charges se borne à renvoyer à une disposition de la législation nationale, selon laquelle l'offre alternative garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'appel d'offres.***

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



CONGRÈS DE
L'IDRRIM
Institut Des Routes, Des Rues et Des Infrastructures pour la Mobilité

Les causes

Le cadre juridique - législation et juridiction européennes et nationales

En raison de l'arrêt « Traunfellner » de la CJE, la **juridiction allemande prenait connaissance de la législature européenne à propos des variantes.**

Elle a désormais jugé que la description de l'ensemble des travaux et l'indication sur les conditions de contrat techniques dans le cahier de charges ne soient pas suffisant pour servir le but législatif de transparence et de non-discrimination.

Il faut désormais nommer des **exigences minimales concrètes et détaillées sur tous les aspects de l'ouvrage auxquels s'étend l'autorisation des variantes.**

Il devenait « à la mode » parmi les entreprises de prendre des moyens de recours légal

- soit contre les appels d'offre des pouvoirs adjudicateurs autorisant les variantes
- soit contre leurs décisions en faveur d'une offre de variante d'un concurrent.

Les administrations devaient réagir. Elles réagissaient par éviter l'admission des variantes.

C'était la fin d'une longue période d'innovation « douce » par les offres de variantes.

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'usager
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



CONGRÈS DE
L'IDRRIM
Institut Des Routes, Des Rues et Des Infrastructures pour la Mobilité

Les causes

Le cadre du contrat technique

Corpus très vaste et complexe des conditions additionnelles techniques de contrat
« Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen »

En relation avec le cadre juridique très strict – nécessité de mention des exigences minimales dans le cahier de charges – les conditions additionnelles techniques de contrat **ne laissent guère de latitude pour les offres aux éléments techniques nouveaux, innovants.**

Une telle exécution devrait être soumise comme « variante ».

En faveur de la sécurité juridique, les offres de variantes techniques ne sont régulièrement plus admises par les administrations.

Résultat : **Le développement des conditions de contrat techniques ne profite plus des contributions innovantes du côté des entrepreneurs privés.**

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



Les causes

Le cadre du contrat juridique – répartition de risques

Répartition des risques de construction

- **Contrat de construction « conventionnel » (VOB/B) :**
Les **risques de construction** – risque du terrain à bâtir inclus - sont pour une grande partie attribués au **maître d'ouvrage**.
Par conséquent, le maître d'ouvrage n'est pas intéressé à convenir à une manière d'exécution nouvelle (p. ex. une fondation de pont), peu éprouvée, au risque d'échec à ses dépens.
- **Contrat „PPP“ (partenariat public-privé) de construction, maintien et opération :**
Les **risques de construction** – risques du terrain à bâtir largement inclus - sont attribués au **partenaire privé** ; avec des exceptions strictement limitées.
Par conséquent, le partenaire privé et ses financiers n'expérimentent pas à l'égard de manières de construction.

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



Les remèdes ? Quelques idées

Législation

Nouvelle directive 2014/24/CE

Abrogation de la directive 2004/18/CE avec effet au **18 avril 2016**

- **Préambule : Considérants 47, 48, 49**
 - Stimuler l'innovation par le meilleur usage des marchés publics
 - Encouragement à autoriser des variantes aussi souvent que possible
 - Établissement d'un partenariat d'innovation
- **Art. 31 : Partenariat d'innovation**
 - Partenariat à long terme en vue du développement et de l'acquisition ultérieure d'un produit (...) ou de travaux nouveaux et innovants
 - Procédure concurrentielle avec négociations
 - Interdiction de la négociation des exigences minimales!

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'usager
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



Les remèdes ? Quelques idées

Législation

- **Art. 45: Variantes**

Art. 45 contient essentiellement la même restriction à l'innovation qu'Art. 24 de la directive 2004/18/CE:

Obligation de mentionner des **exiges minimales** que les variantes doivent respecter

Idées personnelles :

- Pour encourager les maîtres d'ouvrage publics à l'autorisation des variantes, les considérants 47 – 49 en faveur de l'innovation ne sont pas suffisants.
- Les administrations allemandes resteront très réticentes à autoriser les variantes.
- **L'interdiction de la négociation des exigences minimales est une décision erronée qui empêchera le développement d'une multitude de solutions innovantes.**

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



CONGRÈS DE
L'IDRRIM
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité

Les remèdes ? Quelques idées

Juridiction

- La juridiction nationale semble - petit à petit - s'apercevoir qu'elle a largement contribué à la disparition des offres de variantes innovantes aux marchés publics.
- La **Cour fédérale de justice allemande (Bundesgerichtshof)** a jugé dans son arrêt du 7 janvier 2014 (X ZB 15/13) qu'une mention des exigences minimales au sens d'un listage de détails techniques n'est pas réalisable quant aux projets complexes, et qu'il suffit de transmettre **les caractéristiques essentielles** qu'une variante doit présenter.

Idée personnelle :

- La Cour de justice européenne ainsi que les instances de juridiction nationales doivent se démarquer très clairement de leur juridiction des années passées.

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



Les remèdes ? Quelques idées

Cadre technique de contrat

Idées personnelles :

- **Favoriser une description fonctionnelle** au lieu d'une description de tout détail de construction dans le cahier des charges.
Ainsi les offres de « variantes » ne sont plus nécessaires.
- Pour vraiment stimuler l'innovation :
Permettre la négociation des exigences minimales techniques pendant la procédure de passation (bien sûr en respectant strictement les obligations de la transparence et de la non-discrimination lors de la procédure).

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



CONGRÈS DE
L'IDRRIM
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité

Les remèdes ? Quelques idées

Cadre juridique de contrat - Répartition des risques

Idées personnelles :

- **Projets PPP**

Dans un cas individuel approprié:

Implémenter des **éléments d expérimentation technique combinés avec un partage des risques spécifiques.**

(Par exemple : construction et maintien de différentes variantes d'assise de chaussée)

- **Problème :**

- **Limiter effectivement la prise partielle du risque** de construction et de maintien par l'administration !

- **Exclure** effectivement le risque de **querelles sur les responsabilités sous le contrat !**

- Notamment la Cour fédérale des comptes regarde toute prise exceptionnelle du risque de construction par le maître d'ouvrage comme antiéconomique.

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes



Quels enseignements retenir?

France

- ?

Allemagne

- Administration
Définir les « exigences minimales » pour les variantes prudemment, non pas en détail
- Entrepreneurs
Saisir le potentiel des variantes en coopération avec l'administration
- Juridiction
Respecter la réalité / la complexité de grands projets de construction quant à la définition des exigences minimales par le maître d'ouvrage

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'utilisateur
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



Merci !

Britta Sauter **DEGES**

Chef de projets concessions

Coordinatrice de droit

Tel. : +49 (0)30 – 20243 – 725

sauter@deg.es.de

2^{ème} Congrès de l'IDRRIM | 7-9 octobre 2014 à Lyon-Eurexpo

*L'usager
au cœur des réseaux
d'infrastructures
durables & innovantes*



**CONGRÈS DE
L'IDRRIM**
Institut Des Routes, Des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité