

Essentielle, l'information juridique ne doit pas être réservée aux seuls spécialistes. Cette rubrique vous propose ainsi chaque mois des décryptages clairs et compréhensibles par tous sur l'ensemble des sujets relatifs aux collectivités territoriales. Elle est réalisée en partenariat avec le cabinet Seban & Associés, premier cabinet d'avocats s'adressant à l'ensemble des acteurs publics avec une approche pluridisciplinaire.



## QU'EST-CE QUE LE MARCHÉ PUBLIC GLOBAL DE PERFORMANCE ?

Par Christophe Farineau, avocat au cabinet Seban & Associés

### ■ Comment définir le marché public global de performance (MPGP) ?

Prévu à l'article 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le MPGP succède aux marchés de CREM et de REM de l'ancien article 73 du Code des marchés publics. Il permet à l'acheteur d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations (de travaux, de fournitures ou de services), dans le but de remplir des objectifs chiffrés de performance. Avec le marché public de conception-réalisation et les marchés publics globaux sectoriels, il appartient à la catégorie des marchés publics globaux (art. 33 à 35 bis de l'ordonnance). Ces contrats, par lesquels le titulaire assure une mission globale comportant des prestations de nature différente moyennant le versement d'un prix, dérogent de plein droit au principe de l'allotissement posé par l'article 32 de l'ordonnance et offrent aux acheteurs qui sont soumis à la loi MOP la possibilité de s'affranchir de l'obligation prévue en son article 7 alinéa 2, à savoir dissocier la mission de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur.

### ■ Quelles sont les conditions pour recourir au MPGP ?

Elles sont volontairement souples et liées à la substance même de ce contrat. La seule vraie exigence imposée à l'acheteur réside dans la nécessité de fixer, au sein du contrat, des engagements de performance mesurables pouvant « notamment » porter sur le niveau d'activité, la qualité de service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique. Ces objectifs peuvent se cumuler et doivent être chiffrés. Sans oublier que ce contrat

comporte a minima un volet maintenance – qui doit rester crédible. Le marché public global de performance constitue donc une solution sécurisée qui ouvre considérablement les possibilités offertes aux acheteurs d'avoir recours à une commande globale pour leurs projets.

### ■ En quoi son mécanisme est-il incitatif pour le titulaire ?

L'atteinte, ou non, des objectifs de performance fixés par le marché public global de performance pour toute sa durée doit impérativement être prise en compte pour la détermination de la rémunération du titulaire au titre de la maintenance ou de l'exploitation des prestations réalisées (art. 92-I al. 1 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics). Autrement dit, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance de l'opérateur est modulée en cas de sous-performance ou de surperformance, ce qui constitue une incitation forte pour l'opérateur à réaliser des travaux (ou autres prestations) de qualité. Le caractère global du marché fait du titulaire le seul garant du résultat tout au long du contrat.

### ■ Quelles sont ses principales différences avec le marché de partenariat ?

Le marché de partenariat (successeur du « contrat de partenariat ») est, à l'instar du marché public global de performance, un contrat global caractérisé par l'étendue de la mission confiée au titulaire. Mais il comprend des différences notables avec celui-ci. D'abord, le recours au marché de partenariat s'avère bien plus encadré (impossibilité de recourir à ce contrat en

deçà de certains seuils, étude de soutenabilité budgétaire, évaluation préalable et nécessité de démontrer que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet, avis préalable obligatoires; v. art. 74 et 75 de l'ordonnance). Ensuite, l'interdiction du paiement différé perdure en MPGP – pour les personnes publiques qui y sont soumises. Par conséquent, contrairement au marché de partenariat, le titulaire ne pourra pas – en règle générale donc – préfinancer, même partiellement, les investissements (v. art. 60-I de l'ordonnance). Enfin, à l'inverse du marché de partenariat, l'acheteur conserve, en marché public global de performance, la maîtrise d'ouvrage opérationnelle des travaux à réaliser – mais supporte les risques inhérents à cette qualité.

### ■ Quelles sont les procédures de passation envisageables ?

Les règles classiques s'appliquent; l'acheteur a donc le choix entre les différents modes de passation prévus par l'ordonnance, y compris la procédure adaptée lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens (art. 42 de l'ordonnance). Toutefois, des dispositions spécifiques pour les marchés au-dessus des seuils et qui comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi MOP sont prévues à l'article 92-III du décret – qui renvoie aux modalités fixées à l'article 91-II pour les marchés publics de conception-réalisation. Et, comme pour ces derniers, on notera surtout que le choix entre l'une des trois procédures énumérées à l'article 25-I du décret (à savoir la procédure d'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif) est libre pour autant que le marché public global de performance inclut des prestations de conception (art. 25-II-3° du décret, applicable par renvoi de l'art. 91-II

de ce texte). La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif sont, dans la quasi-totalité des cas, à privilégier.

### ■ Sur quels critères est sélectionné le titulaire ?

Pour attribuer le marché public global de performance, l'acheteur devra notamment se fonder sur le critère du coût global ainsi que sur un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat (art. 92-I al. 2 du décret).

### ■ Quelles sont les utilisations possibles pour le MPGP ?

Le marché public global de performance porte sur des « prestations », ce qui ne suppose pas nécessairement la réalisation de travaux. Et qu'en cas de travaux, il peut s'appliquer : aussi bien à des constructions nouvelles qu'à la rénovation de bâtiments existants (avec la possibilité de moduler les interventions du titulaire selon les bâtiments); à des opérations d'ampleur ou plus modestes. Certes, ce véhicule juridique apparaît directement pertinent pour des projets de rénovation énergétique de bâtiments, d'énergies renouvelables et d'éclairage public. Mais, on l'a vu, le dispositif n'est aucunement limité à la seule performance énergétique. Il a notamment déjà été plébiscité en matière de transports, de communications électroniques ou encore d'équipements sportifs et de loisirs et, au regard de son attractivité, il pourrait concurrencer les autres contrats de la commande publique dans de nombreux domaines, y compris pour des projets de faible montant. ●



© Wikimedia Commons, Lionel Albergot