

Second souffle pour marchés publics globaux

COMMANDE PUBLIQUE // La réforme des marchés publics a été l'occasion de revoir en profondeur ce régime des marchés, peu plébiscités par les maîtres d'ouvrage face aux conditions restrictives de recours et aux risques contentieux. C'est désormais une alternative aux marchés de partenariat nouvelle formule.

LA
CHRONIQUE
de Thomas
Rouveyran*



Les marchés publics dits « globaux » n'ont cessé de faire l'objet de critiques, en premier lieu par les maîtres d'ouvrage déjà inquiets du développement des contrats de partenariat public-privé mais, également, par les PME, face aux grandes entreprises du BTP en capacité d'apporter une offre complète. La réforme des marchés publics engagée depuis 2014 pour transposer les directives marchés a conduit le gouvernement à faire évoluer le régime des contrats de partenariat et, dans le même temps, à renforcer l'accès aux marchés publics globaux tout particulièrement pour des projets de faible ampleur.

Une alternative aux marchés de partenariat

Avec les nouveaux marchés de partenariat d'un côté, un pouvoir adjudicateur transfère la maîtrise d'ouvrage à un opérateur économique à qui est confiée dans des conditions désormais plus souples une mission globale couvrant la maîtrise d'ouvrage de l'opération avec la prise en charge de tout ou partie du financement. Avec les marchés publics globaux de l'autre, une mission associant conception, réalisation voire exploitation-maintenance est confiée à l'opérateur, le pouvoir adjudicateur demeurant maître d'ouvrage et assurant intégralement le financement de l'opération. Si le projet d'ordonnance mis à la concertation en décembre dernier prévoyait d'assouplir l'interdiction de tout paiement différé pour ces contrats globaux, une telle hypothèse n'a pas, au final, été retenue dans l'ordonnance, face au risque de confusion avec les marchés de partenariat notamment. Sur le papier au moins, une réelle concurrence existe désormais entre marchés de partenariat et marchés publics globaux, l'objectif étant d'offrir une alternative aux premiers par les seconds selon la nature et l'importance du projet.

Une harmonisation bienvenue des marchés globaux

Une avancée dans l'ordonnance de juillet 2014 porte sur l'effort d'harmonisation entre les différents marchés globaux, qui avaient fait l'objet jusqu'alors de nombreux régimes sectoriels, tant dans le Code que dans d'autres textes, avec une accumulation non coordonnée de dérogations au principe de l'allotissement et à la règle du non-cumul des missions de maîtrise d'ouvrage et d'entrepreneur inscrite dans la loi MOP de juillet 1985. Ces contrats sont désormais rattachés à trois catégories : marchés de conception-réalisation ouverts à des projets

où l'association de l'entrepreneur et du maître d'œuvre est nécessaire pour des motifs techniques ou en considération d'engagements en matière d'amélioration de l'efficacité énergétique – outre les marchés passés sans condition par les bailleurs sociaux jusqu'en 2018 pour la réalisation de logements sociaux : marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique, et qui remplacent les actuels marchés de CREM et de REM ; enfin, tous les marchés globaux sectoriels (sécurité, défense, secteur pénitentiaire, santé, revitalisation de l'artisanat et du commerce).

Dérogations à la loi MOP

On relèvera que l'ordonnance supprime, au sein des dispositions relatives aux marchés de conception-réalisation, la définition de la notion de motifs d'ordre technique pourtant inscrite dans un décret d'application de la loi MOP : la référence à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage, comme cela était pourtant le cas dans le code actuel, n'est pas reprise, laissant un peu plus de souplesse à l'acheteur public quant à l'opportunité du recours à un tel marché.

De manière plus tranchée cette fois, il a été vu que l'ordonnance de juillet 2015 prévoit que les acheteurs peuvent également conclure des contrats globaux afin de remplir des objectifs chiffrés de performance, le marché comportant dans ce cas des engagements de performance mesurables. Cette formulation diffère largement de celle qui régit les contrats de CREM ou de REM en ne reprenant pas les conditions de dérogations à la loi MOP : l'entrepreneur pourra ainsi être associé à la conception pour la réalisation de travaux qui relèvent de la loi MOP dès lors que des objectifs chiffrés de performance lui sont imposés et il n'est plus nécessaire de démontrer que cette association est rendue obligatoire compte tenu de motifs d'ordre technique – dont on sait qu'ils sont rarement retenus par le juge administratif – ou de la réalisation d'engagements de performance uniquement en matière énergétique et dans des bâtiments existants. Il y a là matière pour les praticiens à la mise en œuvre de procédures intéressantes en considération d'objectifs financiers variés. Il ne faut pas néanmoins que les questions liées à l'articulation entre ces nouvelles dispositions et la loi MOP soient source de contentieux et les critiques se font déjà entendre. Se pose ainsi à nouveau la question de la nécessaire révision de la loi MOP.

*Avocat associé chez Seban & Associés