

Le recours au marché global de performance

Au vu de ses caractéristiques, l'engouement pour le MGP en matière d'équipements sportifs se comprend sans peine. Ce véhicule contractuel apporte en effet une réponse adaptée aux acheteurs qui souhaitent, dans le cadre d'un contrat global associant l'exploitation et/ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation des ouvrages et équipements, bénéficier de performances ambitieuses et garanties dans le temps, tout en conservant la maîtrise d'ouvrage opérationnelle des travaux ainsi que le financement des investissements.

Introduit en 2015 par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le marché global de performance (« MGP ») a succédé aux marchés de « CREM » (conception, réalisation, exploitation ou maintenance) et de « REM » (réalisation et exploitation ou maintenance) de l'ancien article 73 du Code des marchés publics⁽¹⁾.

Désormais, son régime est, pour l'essentiel, prévu aux articles L. 2171-3, R. 2171-2 et R. 2171-3 du Code de la commande publique (« CCP »).

L'objectif ayant présidé à sa création était clair : « (...) améliorer le régime des contrats globaux afin de les rendre plus attractifs pour les personnes publiques, notamment pour les projets de faible montant pour lesquels le recours au contrat de partenariat ne serait pas adapté » ; de même que les impacts attendus : « (...) augmenter le nombre de marchés globaux passés par les personnes publiques et (...) limiter la « fuite » vers le contrat de partenariat, notamment pour les petits projets »⁽²⁾.

Qu'en est-il dans les faits ? Bien qu'il n'existe pas de statistiques officielles quant au recours à ce contrat, on constate en pratique que les acheteurs le plébiscitent, que ce soit – certes – en matière de rénovation énergétique de bâtiments⁽³⁾ (contrat de performance éner-

Auteur

Christophe Farineau
Avocat au barreau de Paris
SCP Seban & Associés

Mots clés

Critères • Marchés globaux • Transition écologique
• Performance énergétique • Engagements de performance mesurables • Equipements sportifs • Conception-réalisation
• Passation • Seuils

(1) Créé par l'article 20 du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.

(2) Fiche d'impact du projet d'ordonnance relative aux marchés publics, décembre 2014.

(3) Par exemple, dans le cadre du récent plan de rénovation des cités administratives de l'Etat (2019).

gétique ou « CPE »⁽⁴⁾ mais également de transports, de traitement des déchets ou encore de communications électroniques...

Plus récemment, ce contrat connaît, à la faveur notamment des Jeux olympiques & paralympiques d'été de 2024, un développement significatif dans le domaine des équipements sportifs et de loisirs : les futures piscines olympiques de Lille et de Saint-Denis, le projet « Prisme » à Bobigny et « CO'Met » à Orléans, l'« Arena 2 » ainsi que la création et la réhabilitation de plusieurs piscines à Paris, le réaménagement du stade Yves du Manoir à Colombes ; ces opérations seront toutes menées par la voie du MGP.

Afin de saisir ce mouvement, la présente contribution se propose de revenir sur les principales caractéristiques de ce marché, désormais bien ancré dans le paysage des contrats de la commande publique.

Motifs de recours au marché global de performance

Le MGP est défini à l'article L. 2171-3 du CCP en ces termes : « Le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations⁽⁵⁾ afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables ».

Et aucun autre article de ce code ne formule par ailleurs de restriction pour recourir au MGP. Partant, les exigences qui doivent être satisfaites sont directement liées à son contenu.

Il est principalement requis que le contrat comporte : d'une part, des engagements de performance mesurables pouvant « notamment » – la liste n'est pas limitative – porter sur le niveau d'activité, la qualité de service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique (ceux-ci peuvent naturellement se cumuler et doivent être chiffrés, cf. infra)⁽⁶⁾ ; (ii) d'autre part, un volet exploitation

et/ou maintenance (le marché peut ne comprendre que certaines des prestations relevant de ces missions⁽⁷⁾), qui doit à nos yeux rester crédible afin notamment de rendre possible la vérification de l'atteinte ou non des engagements de performance par le titulaire.

Le MGP diffère en cela de l'ex-marché de « CREM » puisque le recours à ce dernier supposait de pouvoir démontrer, dès lors qu'il comprenait la réalisation de travaux relevant de la loi « MOP »⁽⁸⁾, que l'association de l'entrepreneur à la conception était nécessaire au regard de motifs d'ordre techniques⁽⁹⁾ ou de la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants⁽¹⁰⁾.

Le MGP ouvre donc sensiblement les possibilités pour les acheteurs soumis au CCP d'avoir recours, de manière sécurisée, à une commande globale incluant un volet conception, comparativement à d'autres contrats globaux à l'accès plus délicat, tels que le marché de conception-réalisation⁽¹¹⁾ et le marché de partenariat⁽¹²⁾ (contrairement à ce dernier, le MGP ne déroge pas, par lui-même, à l'interdiction du paiement différé⁽¹³⁾ et n'opère pas un transfert de la maîtrise d'ouvrage opérationnelle des travaux à réaliser). Ceci explique pour partie son attractivité.

(4) Un CPE est en effet susceptible de prendre la forme soit du marché de partenariat, soit – et le plus souvent – du MGP. Il peut être défini comme un « contrat conclu entre le maître d'ouvrage d'un bâtiment ou d'un parc de bâtiments et un fournisseur de mesures destinées à améliorer l'efficacité énergétique visant à garantir, par rapport à une situation de référence contractuelle, une diminution des consommations énergétiques du bâtiment ou du parc de bâtiments, vérifiée et mesurée dans la durée, par un investissement dans des travaux, fournitures ou services. La rémunération du fournisseur de mesures est, au moins en partie, corrélée au niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique généré par cet investissement. » (Observatoire des CPE, Les premiers résultats de l'observatoire des contrats de performance énergétique, novembre 2017).

(5) Le MGP ne porte donc pas nécessairement sur des travaux.

(6) V. pour un exemple : CAA Paris 14 mars 2017, req. n° 16PA02230.

(7) CE 8 avril 2019, req. n° 426096 et 426914. M. Gilles Pellissier relève à cet égard dans ses conclusions (p. 6) que le texte : « n'impose ni que ces marchés ne comportent que des prestations relevant de ces différentes missions, ni qu'ils les comportent totalement. ».

(8) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, abrogée. V. dorénavant le livre IV de la deuxième partie du CCP.

(9) L'article 73-II du Code des marchés publics renvoyait à cet égard à l'article 37 du même code relatif au marché de conception-réalisation.

(10) Cf. article 5 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite « Grenelle 1 »).

(11) Pour les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV de la deuxième partie du CCP, sauf dérogations sectorielles spécifiques, et dès lors que l'opération envisagée relève de ce livre IV (v. CCP, art. L. 2412-2), le recours au marché de conception-réalisation est fortement conditionné (v. dernièrement : CAA Nantes 9 novembre 2018, req. n° 17NT01596).

(12) TA Marseille 12 février 2019, req. n°s 1709848-1709963 et n° 1710044.

(13) CCP, art. L. 2191-5 et L. 2191-6 : « Tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. » ; « En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction. ».

Contenu du marché global de performance

Globalité...

Le MGP permet ainsi aux acheteurs d'associer l'exploitation et/ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations (de travaux, de fournitures ou de services). Avec le marché de conception-réalisation⁽¹⁴⁾ et les marchés globaux sectoriels⁽¹⁵⁾, il appartient à la catégorie des marchés globaux du CCP, qui se caractérisent par la pluralité des missions susceptibles de pouvoir être confiées au titulaire.

En conséquence, le MGP (i) déroge, en vertu de l'article L. 2171-1 du CCP⁽¹⁶⁾, au principe de l'allotissement posé par l'article L. 2113-10 du même code ; et, (ii) offre aux acheteurs qui sont soumis aux dispositions du livre IV de la deuxième partie du CCP [ex-loi « MOP »], la possibilité de ne pas dissocier la mission de maîtrise d'œuvre et celle d'entrepreneur⁽¹⁷⁾ (pour autant, une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation doit être identifiée)⁽¹⁸⁾.

Au-delà de la réduction du nombre de marchés devant être passés par l'acheteur, cette globalité se traduit dans les faits par une appréhension transversale des problématiques liées à un projet⁽¹⁹⁾, avec comme principaux avantages attendus et possibles : l'optimisation des délais ; une meilleure prise en compte, lors de la conception-réalisation, des aspects relatifs à l'exploitation et/ou à la maintenance ; une réduction des risques d'interface entre les intervenants ; une plus ample capacité du titulaire à s'engager sur des objectifs ambitieux et à innover.

Il convient d'ajouter que le MGP est, certes, « global », mais n'en demeure pas moins ajustable et, ce faisant, susceptible d'être pertinent dans bon nombre de situations. En cas de travaux, il peut s'appliquer aussi bien à des constructions nouvelles qu'à la rénovation de struc-

tures existantes (avec la possibilité de moduler les interventions du titulaire selon les bâtiments), à des opérations de grande ampleur ou plus modestes. Aussi, - on l'a vu - le MGP peut ne comprendre que certaines des prestations relevant des missions d'exploitation et/ou de maintenance. En matière d'équipements sportifs, cela permet à l'acheteur de conserver, s'il le souhaite, tout ou partie de l'exploitation (par exemple, l'exploitation « commerciale » à l'exclusion de l'exploitation « technique »).

... et performance

Bien que la performance ne soit pas l'apanage du MGP⁽²⁰⁾, ce dernier la place véritablement au cœur de l'engagement contractuel et porte, en lui-même, la sanction en cas de mauvaise exécution. Globalité et performance sont de ce point de vue indissociablement liées.

En effet, si le MGP permet d'associer des prestations de nature différente (conception-réalisation ou réalisation et exploitation et/ou maintenance) c'est, selon la lettre de l'article L. 2171-3 du CCP, « 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, par suite, l'article R. 2171-2 alinéa 2 du CCP prévoit que « La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance est liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables, fixées par le marché pour toute sa durée. », étant précisé que « les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance » doivent apparaître « de manière séparée dans le marché »⁽²¹⁾.

Ainsi, l'atteinte ou non des engagements de performance⁽²²⁾ fixés par le MGP pour toute sa durée doit impérativement être prise en compte pour la détermination de la rémunération du titulaire au titre de la maintenance et/ou de l'exploitation des prestations réalisées. Autrement dit, la rémunération des prestations d'exploitation et/ou de maintenance de l'opérateur économique sera modulée en cas de sous-performance ou de sur-performance⁽²³⁾, ce qui constitue une incitation certaine à concevoir et réaliser des prestations de qualité.

En pratique, le recours au MGP suppose pour l'acheteur une mobilisation importante ; une réflexion (sur les

[14] CCP, art. L. 2171-2.

[15] CCP, art. L. 2171-4.

[16] CCP, art. L. 2171-1 : « Sont des marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement : (...) 2° Les marchés globaux de performance (...) ».

[17] CCP, art. L. 2431-1 al. 2 : « La mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle confiée aux opérateurs économiques chargés des travaux, sous réserve des dispositions relatives aux marchés globaux du chapitre Ier du titre VII du livre I^{er}. ».

[18] CCP, art. L. 2171-7 : « Les conditions d'exécution d'un marché global comportant des prestations de conception d'ouvrage comprennent l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de cet ouvrage et du suivi de sa réalisation. Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre comprend les éléments de la mission définie à l'article L. 2431-1 adaptés à la spécificité des marchés globaux, dans les conditions prévues par voie réglementaire. » (v. CCP, art. D. 2171-4 à D. 2171-14).

[19] Dès lors notamment que l'ensemble des intervenants à l'opération est présent dès la passation du contrat (concepteur, constructeur, exploitant et mainteneur).

[20] Des clauses relatives à la performance peuvent aussi être insérées dans les autres contrats globaux ainsi qu'au sein de marchés « partiels » (i.e. non globaux).

[21] CCP, art. R. 2171-2 al. 1.

[22] Sur le champ des engagements de performance, il n'est pas exigé que ces derniers soient exclusivement liés aux missions qui sont confiées dans leur totalité au titulaire, mais seulement qu'ils dépendent « en partie des prestations fournies dans le cadre du marché ». Ils peuvent donc être également liés à l'action de tiers (CE 8 avril 2019, req. n° 426096).

[23] Ex. : partage des économies financières qui en résultent ou, a contrario, versement d'une indemnité correspondant à l'équivalent économique de tout ou partie de l'écart constaté.

plans technique, financier et juridique) en amont de la consultation devant notamment être menée relativement à ses besoins, à la durée du marché, aux objectifs de performance, aux indicateurs de performance, aux outils objectifs de mesure et de vérification de la performance et aux sanctions applicables en cas de non-respect. Des échanges constructifs et poussés avec les candidats sont également nécessaires (cf. *infra*) en vue d'aboutir à des solutions ajustées, sans oublier un suivi rigoureux du MGP durant son exécution.

Appliqué aux équipements sportifs, le MGP prend tout son sens dans le cadre d'équipements particulièrement énergivores ou « complexes » sur le plan technique comme les piscines et les patinoires^[24] ou encore pour la réhabilitation d'équipements vétustes. Mais la performance n'est nullement circonscrite à l'aspect purement énergétique et, plus largement, le recours au MGP est susceptible d'être approprié dès lors que l'atteinte d'objectifs chiffrés de performance (niveau d'activité, qualité de service, incidence écologique ou efficacité énergétique notamment) est souhaitée.

Passation du marché global de performance

Un MGP dont le montant excède le seuil fixé pour les procédures formalisées peut être conclu par un pouvoir adjudicateur selon l'une des trois procédures suivantes^[25], à savoir : (i) la procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ; (ii) la procédure avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ; (iii) le dialogue compétitif, dans lequel l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la

base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

Ce choix, dans le cadre d'un MGP passé par un pouvoir adjudicateur, est libre, s'il inclut des prestations de conception^[26]. Dans le cas contraire, le recours au dialogue compétitif ou à la procédure avec négociation ne sera possible que dans les autres hypothèses listées à l'article R. 2124-3 du CCP^[27]. En deçà des seuils, le MGP pourra être conclu selon une procédure adaptée^[28]. Dans la pratique, le dialogue compétitif demeure la procédure la plus employée ; le caractère global du marché associé aux objectifs de performance suppose en effet des échanges nourris avec les candidats sur les solutions proposées afin de les faire coïncider au plus près des besoins de l'acheteur.

Par ailleurs, sauf exceptions^[29], les acheteurs soumis au livre IV de la deuxième partie du CCP ont l'obligation de constituer un jury, dont la composition et le rôle sont prévus aux articles R. 2171-17, R. 2171-18 et R. 2171-21 du CCP ; le régime de la prime qui le plus souvent^[30] sera versée aux soumissionnaires étant quant à lui prévu aux articles R. 2171-19 à R. 2171-22 du CCP.

En outre, pour attribuer le MGP, l'acheteur devra se fonder sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent obligatoirement celui du coût global (en cohérence avec le caractère global du marché) ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché^[31]. Il peut être confié à un opérateur unique ou à un groupement d'opérateurs économiques.

[26] CCP, art. R. 2124-3-3°.

[27] CCP, art. R. 2124-5.

[28] CCP, art. L. 2123-1.

[29] Dans les cas visés au 1° et 2° de l'article R. 2172-2 du CCP, auquel renvoi l'article R. 2171-16-1° du CCP.

[30] Lorsque le MGP comporte des prestations de conception et que les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations (CCP, art. R. 2171-19).

[31] CCP, art. R. 2171-3. V. également les articles R. 2152-7 et R. 2152-9.

[24] Objectifs en matière de consommation d'eau et d'énergie notamment.

[25] CCP, art. R. 2171-15.