

Marchés globaux de performances : spécificités des règles de passation

REVUE COMPLEMENT CONTRATS PUBLICS - N° 222 - Juillet 2021

Dossier - Les marchés globaux : état des lieux

Ana Nuytten

Avocate à la Cour

Cabinet Seban & Associés

Marion Terraux

Avocate à la Cour

Cabinet Seban & Associés

Les marchés globaux de performance connaissent un certain essor dans certains domaines. Outre la procédure à mettre en œuvre, ces marchés soulèvent différentes questions quant aux règles applicables lors de la phase de passation : faut-il réunir un jury et si tel est le cas, quel sera sa composition ? Quelles sont les particularités s'agissant des critères de sélection... ?

Le marché global de performance figure parmi les trois marchés globaux visés par l'article L. 2171-1 du Code de la commande publique aux côtés, notamment, des marchés globaux de conception-réalisation et des marchés globaux sectoriels.

Successeur des « CREM » (conception, réalisation, exploitation ou maintenance) et « REM » (réalisation et exploitation ou maintenance) inscrits à l'ancien article 73 du Code des marchés publics, le marché global de performance est issu de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

Ce type de marché a vocation, comme tous les marchés globaux, à confier la prise en charge de la totalité des besoins d'une entité publique à un ou plusieurs opérateurs économiques. Sa spécificité est avant tout liée à la notion de performance, laquelle permet de moduler la rémunération du prestataire : à la baisse en cas de sous-performance ou, le cas échéant, à la hausse.

Les particularités de ce marché induisent également des règles particulières en matière de passation.

Le marché global de performance, une exception à l'obligation d'allotir ?

Les marchés globaux ci-avant présentés et visés par les articles L. 2171-1 à L. 2171-6 du Code de la commande publique, desquels font donc partie les marchés globaux de performance prévus par l'article L. 2171-3 dudit Code dont il est ici question, dérogent au principe d'allotissement prévu par l'article L. 2113-10⁽¹⁾ du Code de la commande publique.

Et, c'est par un arrêt du 8 avril 2019⁽²⁾, que le Conseil d'État s'est pour la première fois explicitement prononcé sur l'applicabilité de la règle de l'allotissement aux marchés globaux de performance, considérant qu'ils en étaient exclus.

Cette dérogation ressortait alors déjà de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics⁽³⁾ et applicable au contrat en cause, de manière très légèrement moins explicite que dans le Code de la commande publique actuellement en vigueur, prévoyant en son article 32 que l'obligation d'allotir ne s'appliquait pas « aux marchés publics globaux mentionnés à la section 4 », au nombre desquels figuraient notamment les marchés globaux de performance.

Le Conseil d'État, rejetant la lecture faite par le tribunal administratif de la Réunion en première instance, considère qu'il résulte de ces dispositions que « l'obligation d'allotissement énoncée par l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne s'applique pas aux marchés qui entrent dans l'une des trois catégories mentionnées à la section 4 » et que les distinctions faites par le tribunal

administratif entre l'allotissement fonctionnel et l'allotissement géographique pour nuancer la portée de cette exclusion n'avaient pas lieu d'être.

Mais si cette décision entérine ainsi le caractère dérogatoire des marchés globaux au régime d'allotissement de droit commun, elle ne permet pas pour autant de considérer qu'il est possible de regrouper au sein d'un même marché global de performance unique plusieurs ouvrages parfaitement indépendants et sans lien entre eux, et ce, en vertu des impératifs de bonne administration ainsi que les obligations générales de mise en concurrence s'opposant à ce que soit donné à un contrat un périmètre manifestement excessif ⁽⁴⁾.

L'absence de motif d'ordre technique ou d'amélioration de l'efficacité énergétique

Pour mémoire et, selon un principe initialement posé par la loi MOP ⁽⁵⁾ désormais abrogée et codifiée par les articles L. 2410-1 à L. 2432-2 du Code de la commande publique, les phases de conception et de réalisation d'un ouvrage doivent être séparées.

Par application de ce principe, la conclusion des marchés publics de conception-réalisation, qui en est donc dérogatoire, nécessite de justifier que « des motifs d'ordre technique ⁽⁶⁾ ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage » ⁽⁷⁾.

Toutefois, cette exigence n'est pas requise pour les marchés globaux de performance, qui sont pourtant des marchés globaux au même titre que les précédents ⁽⁸⁾.

Dès lors que sont intégrés des engagements de performances selon les dispositions de l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique, il est donc possible de conclure des marchés globaux de performance associant l'exploitation ou la maintenance à la conception-réalisation de prestations, sans avoir à justifier des motifs d'ordre technique susvisés.

On notera que cette dérogation, facilitant le recours à ce type de marchés, a cependant failli être supprimée, puisqu'avant même l'entrée en vigueur de l'ordonnance marché public susvisée, un amendement ⁽⁹⁾ à la loi dite « Liberté de création, architecture et patrimoine » avait été déposé afin de réintroduire cette condition pour les marchés globaux de performance.

Quelles procédures sont envisageables ?

À l'instar des autres marchés publics, le marché global de performance pourra, lorsque son montant est inférieur aux seuils de procédures formalisées, être conclu selon une procédure adaptée telle que définie à l'article L. 2123-1 du Code de la commande publique.

À l'inverse, en application de l'article R. 2171-15 du Code de la commande publique, lorsque son montant est égal ou excède lesdits seuils, l'acheteur devra conclure le marché global de performance par le biais de l'une des procédures formalisées suivantes, dont le choix sera laissé à la discrétion de l'acheteur si des prestations de conception sont incluses :

- la procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ⁽¹⁰⁾ : dépourvu de dialogue ou négociation avec les candidats, cette procédure de passation requiert que l'acheteur ait une idée précise de ses dès son lancement et semble donc la moins adaptée aux marchés globaux de performance ;
- – la procédure avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ⁽¹¹⁾ : elle peut s'avérer pertinente pour conclure un marché global de performance, dans une moindre mesure toutefois que le dialogue compétitif, dès lors qu'elle incitera éventuellement moins les candidats à émettre des propositions techniques innovantes et audacieuses, lesquelles ne pourront que peu évoluer en cours de procédure ;

- – 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 redéposer une offre ⁽¹²⁾ : il est, semble-t-il, le plus adapté aux objectifs de performance fixés dans le cadre des marchés globaux de performance, nécessitant de riches échanges avec les candidats notamment quant aux moyens techniques mis en œuvre pour permettre son exécution.

Un jury doit-il obligatoirement se réunir ?

En application du premier alinéa de l'article R. 2171-16 du Code de la commande publique, la passation d'un marché public de performance implique en principe la constitution d'un jury.

Toutefois, le même article dispose que la constitution d'un jury n'est pas nécessaire dans les hypothèses retenues par l'article R. 2172-2 du même Code.

Ainsi, en application combinée de ces deux dispositions, il n'y a pas lieu de désigner un jury pour attribuer un marché global de performance dans les hypothèses suivantes :

- – lorsque le marché est relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- – lorsque le marché est relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- – lorsque le marché est relatif à des ouvrages d'infrastructures ;
- – lorsque le marché ne confie aucune mission de conception au titulaire ;
- – lorsque le marché est relatif à des ouvrages de bâtiment réalisés par des organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, des sociétés d'économie mixte mentionnées à l'article L. 481-1 du même Code pour leur activité agréée ainsi que des centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires définis à l'article L. 822-3 du Code de l'éducation.

Quelle sera la composition du jury lorsque celui-ci doit être réuni ?

Cela relève de l'évidence mais l'article R. 2171-17 du Code de la commande publique précise que les membres du jury doivent être indépendantes des candidats.

Autre prescription, moins évidente et qui pourrait se révéler difficile à mettre en œuvre en pratique, si le marché impose aux candidats une qualification professionnelle pour participer aux marchés, au moins un tiers des membres du jury devront posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Sous l'empire du Code des marchés public, ce dernier mentionnait uniquement la nécessité que les membres du jury soient indépendants des candidats. En revanche, le décret n° 93-1270 du 29 novembre 1993 portant application du I de l'article 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, précisait tout à la fois que le jury devait être composé de « un tiers au moins de maîtres d'œuvre indépendants des participants au concours et du maître de l'ouvrage et compétents, eu égard à l'ouvrage à concevoir et à la nature des prestations à fournir au titre de sa conception ».

Ainsi, l'article R. 2171-17 reprend cette prescription en l'allégeant considérablement puisqu'il est seulement fait état de personnes ayant la même qualification ou une qualification équivalente et qu'il ne reprend pas l'obligation d'indépendance de ces personnes par rapport au maître d'ouvrage.

Le Code de la commande publique n'apporte aucune autre précision quant à la composition de ce jury. À titre de comparaison, les articles R. 2162-23 et R. 2162-24 du Code de la commande publique prévoient explicitement les règles de composition des jurys pour les procédures de concours. Ainsi, s'agissant des procédures de concours mises en œuvre par les collectivités locales et leurs groupement, l'article R. 2162-24 dudit Code dispose que les membres de la commission d'appel d'offres sont également membres du jury. Mais rien ne paraît empêcher les

personnes publiques de faire application de cette règle et ainsi, de prévoir que le jury est composé pour partie de personnes indépendantes et pour partie des membres de la commission d'appel d'offres. Tout au plus, une telle composition vient rendre moins utile l'avis du jury puisque, par hypothèse, l'avis aura le plus de chance d'être à la décision de la commission d'appel d'offres.

Quelle sera la mission du jury lorsque celui-ci doit être réuni ?

En application de l'article R. 2171-18 du Code de la commande publique, le jury sera tout à la fois compétent pour donner son avis quant aux candidatures et quant aux offres.

S'agissant des offres, le jury se prononcera sur des prestations qui auront été réalisées par les candidats et qui consisteront au moins en un avant-projet sommaire s'agissant d'un ouvrage de bâtiment et en un avant-projet accompagné des performances techniques de l'ouvrage. L'article R. 2171-18 du Code de la commande publique précise que le jury se prononcera également au vu des auditions.

Notons enfin que, sous l'empire du Code des marchés publics, le Conseil d'État a jugé que l'acheteur n'était pas lié par l'avis du jury⁽¹³⁾. Si, toutefois, l'acheteur devait ne pas suivre l'avis du jury, il lui appartiendra de motiver sa décision.

Par ailleurs, il sera en tout état de cause nécessaire que l'avis du jury résulte d'un rapport étayé.

Enfin, le jury se prononcera sur le montant de la prime à verser aux candidats.

L'acheteur public devra-t-il verser une prime aux candidats ?

En application de l'article R. 2171-19 du Code de la commande publique, dès lors que le marché global de performance prévoit des prestations de conception, les documents de la consultation doivent prévoir la remise de prestations. Et cela implique le versement d'une prime.

En principe, la prime est égale au prix estimé des études de conception affecté d'un abattement de 20 % au plus. Notons toutefois qu'il peut parfois être difficile d'apprécier le montant de cette prime, autant d'ailleurs qu'il peut parfois être difficile d'apprécier le périmètre géographique de l'étude à réaliser, notamment lorsque le marché porte sur la réalisation d'infrastructures de réseau.

Enfin, le candidat qui sera retenu aura également droit à cette prime. Simplement, celle-ci sera prise en compte dans le règlement des sommes qui lui sont dues afin d'éviter un double paiement pour une même prestation.

Quelles particularités dans la rédaction des documents de la consultation ?

Trois particularités doivent être soulignées. Tout d'abord, et par définition, le dossier de consultation des entreprises devra préciser les objectifs de performance à respecter. Par ailleurs, l'acheteur devra veiller à ce que les prix proposés par les candidats distinguent les prix des prestations de réalisation, de maintenance et d'exploitation. Enfin, lesdits documents devront préciser qu'en application de l'article R. 2171-23 du Code de la commande publique, tel qu'issu de l'article 3 du décret n° 2021-357 du 30 mars 2021 portant diverses dispositions en matière de commande publique, que lorsque le titulaire du marché n'est pas une petite ou moyenne entreprise, il doit s'engager à confier directement ou indirectement 10 % du montant prévisionnel du marché à des petites ou moyennes entreprises.

Et quelles sont les particularités s'agissant des critères ?

S'agissant des critères, trois particularités doivent être soulignées. Tout d'abord, l'article R. 2171-3 du Code de la commande publique impose que le coût global du marché constitue

obligatoirement un critère de sélection des offres. Par ailleurs, doivent également figurer un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché. Enfin, en application de l'article L. 2152-9 du Code de la commande publique tel qu'il est introduit par la loi ASAP⁽¹⁴⁾, l'acheteur doit tenir compte, parmi les critères d'attribution des marchés globaux mentionnés à l'article L. 2171-1, de la part d'exécution du marché que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

En conclusion, donc, le marché global de performance comporte de réelles particularités procédurales, qu'il est d'autant plus intéressant de synthétiser que les acheteurs portent un intérêt croissant à ce type de marché. Ainsi, plébiscité en matière énergétique, ce dernier connaît également un certain essor en matière de transports, voirie, traitement des déchets et communications électroniques. Les actualités récentes permettent de lui prédire un bel avenir : d'une part, l'article 143 de la loi ASAP réforme l'article L. 2171-4 en offrant à l'État la possibilité de recourir aux marchés globaux en matière d'infrastructures de transport et, d'autre part, l'article 144 de cette même loi étend expressément ce recours à la société du Grand Paris.

1) Ce principe prévoit que tous les marchés publics autres que le marché de défense ou de sécurité doivent être passés en lots séparés sauf, d'une part, lorsque leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes ou, d'autre part, à rentrer dans les exceptions prévues par l'article L. 2113-11 du CCP.

2) CE 8 avril 2019, Société Orange, req. n° 426096.

3) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

4) M. Guillerm, Contentieux des marchés globaux de performance : des précisions bienvenues, *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 200, juillet-août 2019.

5) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

6) Motifs d'ordre techniques qui devront par ailleurs être liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage (CCP, art. R. 2171-1).

7) CCP, art. L. 2171-2.

8) Voir notamment en ce sens fiche technique de la Direction des affaires juridique du ministère de l'Économie et des Finances, relative aux marchés globaux, p. 8.

9) Amendement n° 274 déposé par M. Bloche. <https://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/amendements/3068/AN/274.pdf>

10) CCP, art. L. 2124-1.

11) CCP, art. L. 2124-3.

12) CCP, art. L. 2124-4.

13) CE 27 novembre 2002, req. n° 204619.

14) Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.