

Les marchés globaux au service du plan de relance ?

Dans le cadre du plan « France relance » présenté en septembre 2020, les pouvoirs publics ont rappelé l'intérêt que présentent les marchés globaux s'agissant notamment de la mise en œuvre de la rénovation énergétique des bâtiments publics.

Le 3 septembre 2020, le gouvernement présentait un plan de relance de 100 milliards d'euros, visant à faire face aux conséquences de la crise sanitaire de la COVID-19, déployé autour de trois volets principaux : l'écologie, la compétitivité et la cohésion.

Représentant environ 8 % du PIB, la commande publique s'est logiquement vu accorder une place particulière dans le cadre du plan « France Relance ». L'accent a été mis sur l'effectivité de l'achat public comme levier majeur de la politique de relance, comme l'illustre la publication, en mai 2021, par le Médiateur des entreprises, d'un guide spécial intitulé *Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises*^[1]. Ce guide détaille les modifications apportées aux règles de la commande publique visant à faciliter l'accès aux marchés publics. Plusieurs mesures ont notamment été prises dans le cadre de la loi du 7 décembre 2020 *d'accélération et de simplification de l'action publique*^[2], dite « loi Asap », la plus représentative étant certainement l'élévation du seuil en dessous duquel les marchés publics de travaux sont dispensés de publicité et de mise en concurrence à 100 000 € HT (au lieu de 40 000 € HT), jusqu'au 31 décembre 2022^[3].

À côté de ces mesures, les pouvoirs publics ont porté un intérêt particulier aux marchés globaux, en raison de leur attractivité, au point d'apparaître comme des outils privilégiés du plan de relance, s'agissant notamment de la mise en œuvre de la rénovation énergétique des bâtiments publics.

Auteurs

Thomas Rouveyran
Christophe Farineau
Avocats
Seban & Associés

[1] <https://www.economie.gouv.fr/files/2021-05/Guide-Marches-publics-2021-entreprises.pdf>.

[2] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 *d'accélération et de simplification de l'action publique*.

[3] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, art. 142.

L'attractivité des marchés globaux

Des caractéristiques spécifiques

Rappelons que l'article L. 2171-1 du Code de la commande publique) distingue trois types de marchés globaux : les marchés de conception-réalisation, les marchés globaux de performance et les marchés globaux sectoriels.

S'ils présentent tous trois des caractéristiques particulières, qui seront rappelées succinctement, les marchés globaux se retrouvent autour de trois grandes propriétés communes. Confiant une mission globale au titulaire, ils comportent des prestations de nature différente (conception-réalisation ; conception et/ou réalisation et exploitation et/ou maintenance). Ils dérogent donc, d'une part, à la règle de l'allotissement ainsi que, d'autre part, au principe de dissociation de la mission de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur (pour les acheteurs qui y sont soumis). En revanche, les marchés globaux ne peuvent permettre de déroger à l'interdiction du paiement différé.

● Les marchés de conception-réalisation

Les marchés de conception-réalisation permettent de confier à un même opérateur une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux^[4]. Ces marchés peuvent être conclus uniquement si des motifs d'ordre technique 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^[5].

● Les marchés globaux de performance

Les marchés globaux de performance permettent l'association de la réalisation ou de la conception-réalisation et de l'entretien ou de la maintenance afin de remplir des objectifs chiffrés de performance^[6].

Le recours à ce marché suppose la seule démonstration que le contrat comporte des engagements de performance mesurables pouvant notamment porter sur le niveau d'activité, la qualité de service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique ainsi qu'un volet exploitation et/ou maintenance.

Ainsi, le marché global de performance ouvre sensiblement les possibilités pour les acheteurs soumis au Code de la commande publique d'avoir recours, de manière sécurisée, à une commande globale incluant un volet conception, comparativement aux marchés de conception-réalisation pour lesquels l'accès est plus délicat.

[4] CCP, art. L. 2171-2, al. 1.

[5] CCP, art. L. 2171-2, al. 2.

[6] CCP, art. L. 2171-3.

● Les marchés globaux sectoriels

Les articles L. 2171-4 à L. 2171-6-1 du Code de la commande publique listent les différents marchés globaux sectoriels existants. Ces marchés concernent notamment les établissements pénitentiaires, les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ou encore les infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris.

Il convient également de préciser que le marché de partenariat, en ce qu'il associe en son sein tout ou partie des prestations notamment de financement, conception, construction, d'aménagement, d'entretien, de maintenance, de gestion ou d'exploitation d'ouvrage ou d'équipements^[7], se caractérise également par sa globalité. Toutefois, il se distingue des marchés globaux tels que définis par le Code de la commande publique en ce qu'il déroge notamment à un autre principe du droit public, à savoir l'interdiction des paiements différés, et qu'il ne fait pas l'objet d'une maîtrise d'ouvrage publique. Il apparaît dans tous les cas peu adapté aux opérations financées par le plan de relance du fait des délais renforcés par la nécessité d'une étude préalable.

Une volonté assumée d'élargir le champ des marchés globaux

La globalité des missions pouvant être confiées à un même opérateur présente des avantages certains pour les acheteurs publics. Les marchés globaux permettent, entre autres, de ne lancer qu'une seule procédure pour désigner la maîtrise d'œuvre et l'ensemble des autres corps d'état, source de rapidité potentielle dans la mise en œuvre d'un projet, mais aussi de mettre face à l'acheteur un interlocuteur unique, là où des difficultés d'interface entre et avec les opérateurs peuvent naître dans le cadre de marchés classiques.

Ces différents atouts expliquent la volonté des pouvoirs publics d'élargir leur champ. À ce titre, la loi Asap a créé un nouveau cas de marché global sectoriel : l'article L. 2171-4 du Code de la commande publique s'est vu compléter d'un 5°, qui permet le recours à ce type de marchés pour la construction d'infrastructures linéaires de transport de l'État^[8]. Cette même loi a aussi ouvert la possibilité aux titulaires de marchés globaux sectoriels de la Société du Grand Paris de participer aux opérations de construction et de valorisation des ouvrages connexes aux gares^[9].

Cette volonté d'élargir le champ des marchés globaux a également concerné les marchés de conception-réalisation, sans pour autant avoir abouti. En effet, l'article 243 de la loi de finances pour 2021^[10] prévoyait la possibilité pour les acheteurs de recourir à des marchés

[7] CCP, art. L. 1112-1.

[8] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, art. 143.

[9] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, art. 144.

[10] Loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

de conception-réalisation, sans condition, dans le cadre d'une opération de réhabilitation d'ouvrage visant à réduire la consommation énergétique de bâtiments, financée par des crédits ouverts par le plan de relance, et ce, jusqu'au 31 décembre 2022. Considérée comme un cavalier législatif par le Conseil constitutionnel⁽¹¹⁾, lors de son contrôle *a priori* de la loi, cette disposition a été supprimée de la loi.

Notons en outre que la loi Asap instaure également une nouvelle obligation pour les marchés globaux, puisqu'ils devront prévoir une part minimale d'exécution (10 %) que le titulaire devra confier à des PME ou artisans⁽¹²⁾, afin que le recours à ces marchés, qui semble vivement encouragé, ne se fasse pas au détriment des petites entreprises, la volonté du gouvernement étant que la relance passe également par un soutien fort des PME.

Au final, le marché global se concilie donc bien, sur le principe tout au moins, avec l'ampleur du plan de relance ainsi que ses objectifs urgents et ambitieux, et mérite d'être étudié en comparaison avec une intervention sous maîtrise d'ouvrage classique dissociant maîtrise d'œuvre et travaux.

Il est intéressant d'en apprécier l'effectivité dans le domaine de la rénovation énergétique des bâtiments publics.

Le recours aux marchés globaux pour la rénovation énergétique des bâtiments publics, un axe majeur du plan de relance

Dans le cadre de son volet « écologie », le plan de relance alloue une enveloppe de 4 milliards d'euros à un vaste programme de rénovation énergétique des bâtiments publics de l'État et des collectivités territoriales. Ce programme permettra tant de soutenir le secteur de la construction que de réduire l'empreinte écologique des bâtiments publics afin de se conformer aux exigences fixées par le « décret tertiaire »⁽¹³⁾, à savoir une réduction de la consommation énergétique des bâtiments à usage tertiaire, publics et privés, de plus de 1 000 m² de 40 % en 2030, de 50 % en 2040 et de 60 % en 2050.

Dans cette perspective, et sous le pilotage de la Direction de l'immobilier de l'État (DIE), deux types d'appels à projets ont été lancés, à l'automne 2020, concernant respectivement la rénovation des bâtiments d'enseignement supérieur et de la recherche et de tous les autres bâtiments de l'État. S'agissant des bâtiments des collectivités territoriales, une circulaire du 18 novembre 2020 définit les objectifs, les priorités opérationnelles et

les critères à prendre en compte pour l'attribution de la dotation dans le cadre du plan de relance⁽¹⁴⁾.

Pour la mise en œuvre de telles rénovations, et parmi le panel des contrats publics, les marchés globaux apparaissent comme des outils adaptés.

Tout d'abord, pour mémoire, le marché de conception-réalisation peut être mis en œuvre si « un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique » justifie l'alliance de la conception et de la réalisation. La rénovation énergétique des bâtiments de l'État s'inscrit donc dans ce cas de recours au marché de conception-réalisation.

Plus encore, le marché global de performance place la performance – énergétique et le cas échéant environnementale – au cœur de l'engagement contractuel. De grandes collectivités ont souhaité retenir ce type de contrat pour la rénovation de leur patrimoine, comme récemment la ville de Marseille s'agissant de ses écoles, en lieu et place du marché de partenariat précédemment identifié par cette collectivité.

Cette utilisation privilégiée des marchés globaux pour la rénovation énergétique des bâtiments publics se trouve inscrite dans la position tenue par la DIE qui, par l'intermédiaire d'un guide annexé à la circulaire du Premier ministre en date du 21 janvier 2021⁽¹⁵⁾, conseille fermement de recourir à ces marchés, s'agissant des bâtiments de l'État, afin de permettre aux administrations de respecter le calendrier qui leur a été fixé.

L'objectif final clairement énoncé par le gouvernement, dans les appels à projets et différentes circulaires, est celui d'une date de livraison prévisionnelle des travaux de rénovation au plus tard au 31 décembre 2023 (sauf pour les opérations plus complexes qui devront être livrées avant le 31 décembre 2024)⁽¹⁶⁾. Pour cela, l'ensemble des marchés permettant ces rénovations, financées par les crédits ouverts par le plan de relance, devront être notifiés au plus tard le 31 décembre 2021. Le Premier ministre indiquant qu'en cas de retard dans la procédure de notification des marchés, le financement des projets pourrait être reconsidéré⁽¹⁷⁾. Plus qu'un objectif, cette date limite sonne donc comme une obligation de résultat pour l'administration, justifiée par la nécessité d'obtenir des résultats rapidement.

[14] Instruction du 18 novembre 2020 (NOR : TERC2030398J) relative au soutien à la rénovation énergétique des bâtiments des collectivités territoriales.

[15] Circulaire n° 6244/SG du 21 janvier 2021 relative aux outils et instructions à l'usage des porteurs de projets immobiliers de l'État, non publiée.

[16] Appel à projets pour le financement de projets de rénovation de bâtiments propriétés de l'État ou de ses établissements publics affectés aux missions d'enseignement supérieur, de recherche et aux œuvres universitaires et scolaires. Disponible sur https://immobilier-etat.gouv.fr/sites/default/files/2020-09/AAP%20Plan%20de%20relance%20-%20Rnovation%20thermique%20Etat%20-%20ESR3_0.pdf.

[17] Circulaire du 21 janvier 2021, préc.

[11] Décision n° 2020-813 DC du 28 décembre 2020, Loi de finances pour 2021.

[12] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, art. 131.

[13] Décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire.

Or, en mars 2021, s'agissant des bâtiments de l'État, seuls 500 contrats avaient été signés sur les 4 214 projets retenus par le Premier ministre à la mi-décembre 2020, à la suite des appels à projets⁽¹⁸⁾. Il est à noter plus généralement que 80 % des projets signés étaient d'un montant inférieur à 100 000 euros HT et ont donc certainement pu bénéficier de la dérogation actuelle aux procédures de publicité et de mise en concurrence⁽¹⁹⁾. Bon nombre de projets n'avaient donc pas été achevés et seuls certains marchés globaux sont déjà conclus ou en cours d'attribution, la principale difficulté étant

pour les maîtres d'ouvrage publics de disposer déjà d'une programmation technique lors du lancement de la consultation.

Aussi, la date limite de notification des marchés approchant, si le recours aux contrats globaux a été présenté comme une solution adéquate et malgré les incitations de l'État, la signature de ce type de marchés avant la fin de l'année sera relativement limitée. D'autres mesures gouvernementales pourraient néanmoins relancer le recours au marché global.

[18] S'agissant des bâtiments des collectivités territoriales, aucun état d'avancement officiel n'a été publié.

[19] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, art. 142, précité.