

Les marchés globaux : un outil attractif ?

Les marchés globaux permettent aux acheteurs de conclure des marchés intégrant tout à la fois des prestations de maîtrise d'œuvre, de construction, voire également de maintenance et d'exploitation. Ce type de marché s'avère donc intéressant dans le cadre de montages immobiliers.

Les marchés globaux ont le vent en poupe. En effet, plusieurs incitations au recours aux marchés globaux ont récemment vu le jour : tandis que la loi ASAP⁽¹⁾ élargit le recours aux marchés globaux pour l'État en matière d'infrastructures de transport ainsi qu'à la société du Grand Paris, le guide publié par le Médiateur des entreprises intitulé « Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises »⁽²⁾ les présente comme un outil d'intégration des PME à la commande publique. Ainsi, ils sont considérés comme un des axes du plan de relance.⁽³⁾

Et pour cause, les marchés globaux, permettant aux acheteurs de conclure des marchés intégrant tout à la fois des prestations de maîtrise d'œuvre, de construction, voire également de maintenance et d'exploitation sont fortement attractifs.

Toutefois, pour avoir recours aux marchés globaux et bénéficier de leurs nombreux avantages, les acheteurs devront non seulement remplir certaines conditions strictement établies mais aussi maîtriser les spécificités de leurs procédures de passation.

Auteur

Ana Nuytten
Avocate à la Cour
SCP Seban et Associés

[1] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, voir en ce sens les articles 143 et 144 désormais codifiés aux articles L. 271-4 et L. 271-6 du Code de la commande publique

[2] *Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises : rebondir avec les marchés publics* <https://www.economie.gouv.fr/files/2021-05/Guide-Marches-publics-2021-entreprises.pdf>.

[3] T. Rouveyran et C. Farineau « Les marchés globaux au service du plan de relance ? », *Contrats Publics – Le Moniteur*, n° 222, juillet-août 2021.

Un objet global et de nombreux avantages

Les marchés globaux, régis par les dispositions des articles L. 2171-1 à L. 2171-8 du Code de la commande publique regroupent :

- les marchés de conception-réalisation ;
- les marchés globaux de performance ;
- les marchés globaux sectoriels.

Ces derniers sont tous des marchés publics permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission globale pouvant intégrer, selon les cas, des prestations de conception, de réalisation, d'exploitation ou encore de maintenance.

Et de cet objet global, découlent plusieurs avantages pour l'acheteur :

D'abord, les marchés globaux dérogent au principe d'**al-lotissement** prévu par l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique^[4].

Cette dérogation, laquelle ressortait déjà de l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics^[5] [applicable au contrat en cause dans cette affaire], a été récemment affirmée par le Conseil d'État^[6] à propos d'un marché global de performance portant sur la conception, la réalisation, l'exploitation et la maintenance d'une infrastructure de communications à très haut débit conclu entre la région Réunion et la société Réunicable.

Ensuite, les marchés globaux sont une exception au principe, initialement posé par la loi MOP^[7] désormais abrogée et codifiée par les articles L. 2410-1 à L. 2432-2 du Code de la commande publique, de **séparation des phases de conception et de réalisation d'un ouvrage**.

On notera que l'article L. 2171-7 du CPP impose toutefois aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'ouvrage l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation, ainsi que le suivi de la réalisation des travaux^[8].

Concernant spécifiquement les marchés globaux de performance, ils offrent un **mécanisme incitatif** intéressant : celui-ci sera attribué notamment selon un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance en fonction de l'objet du marché, et la rémunération des prestations attribuée à l'opérateur économique titulaire

dépendra quant à elle de l'attente à ces engagements de performances^[9].

En pratique, ces spécificités, tirées de l'objet composite des marchés globaux, simplifient la tâche de l'acheteur, lequel n'aura qu'une procédure de passation unique à organiser (alors que plusieurs auraient dues être lancées dans un marché alloti) et qu'un seul interlocuteur, éventuellement le mandataire du groupement attributaire, pour l'ensemble des prestations du marché (et non pas un par lot de prestation).

Mais avant de bénéficier de ces avantages, les acheteurs devront s'assurer qu'ils répondent aux conditions de recours au marché global en cause.

Des conditions de recours spécifiques

Selon la catégorie de marché global envisagé, les conditions posées pour pouvoir y recourir diffèrent.

Les marchés de conception-réalisation, sont définis comme des marchés « permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux »^[10].

Et, lorsque l'acheteur en cause est soumis aux dispositions du livre IV du Code de la commande publique^[11], il ne peut recourir à un tel marché de conception-réalisation que lorsque l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage est rendue nécessaire par des motifs d'ordre technique ou bien un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique^[12].

Concernant le motif d'ordre technique, les dispositions réglementaires du Code de la commande publique^[13] précisent que celui-ci doit être lié à la « destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage » et qu'il concerne :

- les ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et sa mise en œuvre ;
- les ouvrages dont les caractéristiques (dimensions exceptionnelles ou autre difficulté technique particulières) exigent de faire appel aux moyens et à la technicité des opérateurs économiques.

S'agissant de l'engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique, on notera que celui-ci porte donc :

[4] 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.

[5] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

[6] CE 8 avril 2019, Société Réunicable, req. n° 426096.

[7] 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.

[8] Ces missions sont définies par les articles D.2171-4 à D.2171-14 du CCP.

[9] CCP, art. R. 2171-2 et R. 2171-3.

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

[11] À savoir l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, certains les offices publics de l'habitat, organismes privés régis par le Code de la Sécurité sociale ou d'habitations à loyer modéré, visés par l'article L. 2411-1 du CCP.

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

[13] CCP, art. R. 2171-2.

– ainsi que cela est issu de la loi « Grenelle II »^[14], sur les opérations de travaux de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrage de bâtiment ou d'infrastructures, lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage nécessaire ;

– et, depuis la loi « ELAN »^[15], sur la construction de bâtiments neufs dépassant la réglementation thermique en vigueur.

Et, si le juge administratif interprète strictement ces conditions^[16], celles-ci ne sont toutefois pas exigées pour les marchés de conceptions réalisations conclus par les organismes d'habitation à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation ainsi que les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logement sociaux et portant sur la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours de certaines aides publiques^[17].

Les marchés globaux de performance sont quant à eux, selon les termes de l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique, des marchés globaux associant « l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance ».

Alors qu'ils sont des marchés globaux au même titre que les précédents, le recours aux marchés globaux de performance n'est quant à lui pas conditionné par les critères techniques susvisés.

D'ailleurs, cette dérogation a failli être disparaître puisqu'un amendement à la loi dite « Liberté de création, architecture et patrimoine »^[18] avait été déposé afin de réintroduire cette exigence pour les marchés globaux de performance et ainsi les mettre en cohérence avec les marchés de conception réalisation^[19].

Quoi qu'il en soit, les marchés globaux de performance sont exemptés de tels justifications, mais ils doivent en revanche intégrer des objectifs chiffrés de performance, lesquels sont définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique^[20].

Enfin, les **marchés de globaux sectoriels**, sont des marchés publics par lesquels l'État confie à un

opérateur économique une mission globale dans certains domaines.

De la même façon que les marchés globaux de performance, le recours aux marchés globaux sectoriels n'est pas soumis à des critères techniques particuliers.

En revanche, ceux-ci ne peuvent être conclus que pour des investissements réalisés dans certains secteurs spécifiques à l'instar de la conception, la construction et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale ou la conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires^[21].

Et comme on le soulevait en début d'analyse, la loi ASAP susvisé a récemment ouvert le recours à ces marchés globaux sectoriels en matière d'infrastructures de transport ainsi qu'à la société du Grand Paris^[22].

Des particularités dans la consultation des entreprises

Une fois que l'acheteur s'est assuré que ces conditions de recours aux marchés globaux sont remplies, il conviendra pour ce dernier, s'il est soumis au livre IV du Code de la commande publique susvisé, de maîtriser les particularités que présentent ces contrats lors de leur procédure de passation.

À l'instar des autres marchés publics, les marchés publics globaux seront passés :

- selon une **procédure adaptée** telle que définie à l'article L. 2123-1 du Code de la commande publique, lorsque leur montant est inférieur aux seuils de procédure formalisées, lesquels ont d'ailleurs récemment été modifiés^[23] ;
- selon une des **procédures formalisées** suivantes lorsqu'à l'inverse le montant dudit marché est supérieur à ces seuils^[24] :
- la procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, selon 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^[25] ;
- la procédure avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques^[26] ;
- 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

[14] Art. 74 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement modifiant l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique.

[15] Article 69-II de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite « loi ELAN ».

[16] Voir par exemple en ce sens CAA Nantes 9 novembre 2018, Société Eiffage Construction Pays de la Loire, req. n° 17NT01606.

[17] Celles mentionnées par l'article L. 301-2 du CCH.

[18] Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

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

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

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

[22] CCP, art. L. 2171-4 et L. 2171-6.

[23] Ces nouveaux seuils de procédure ont récemment été modifiés par l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique du 9 décembre 2021, qui constitue désormais l'annexe n° 2 du Code de la commande publique.

[24] CCP, art. L. 2124-1 ; CCP, art. R. 2171-15.

[25] CCP, art. L. 2124-2.

[26] CCP, art. L. 2124-3.

à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à redéposer une offre^[27].

Mais outre ces règles de droit commun, la procédure de passation des marchés globaux connaît certaines spécificités.

Premièrement, il ressort des dispositions combinées des articles R. 2171-16 et R. 2172-2 du Code de la commande publique qu'un **jury** devra être désigné par l'acheteur, sauf dans les hypothèses suivantes :

– les marchés de conception réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs et relatif à :

- la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- des ouvrages d'infrastructures ;
- des ouvrages de bâtiment réalisés par certains organismes d'habitations à loyer modéré et sociétés d'économie mixte.

– les marchés globaux de performance passés par les pouvoirs adjudicateurs ayant le même objet que les précédents ou qui ne confient aucune mission de conception au titulaire ;

– les marchés de conception réalisation et les marchés globaux de performance passés par les entités adjudicatrices se la procédure de dialogue compétitif ou selon la procédure avec négociation.

Ledit jury devra alors naturellement être composé de personnes indépendantes des candidats et de façon moins évidente, lorsque le marché impose aux candidats une qualification professionnelle, d'au moins un tiers de membres possédant ladite qualification^[28].

Enfin, il ressort de l'article R. 2171-18 du Code de la commande publique, que le jury aura un rôle central dans la procédure et sera compétent pour donner son avis tant sur les candidatures comme des offres des candidats.

[27] CCP, art. L. 2124-4.

[28] CCP, art. R. 2171-17.

Autre spécificité, lorsque le marché global prévoit des prestations de conception et que par conséquent, les documents de la consultation prévoient la remise de prestations, une **prime** devra être versée aux soumissionnaires^[29].

Le montant de cette prime sera alors égal au prix estimé des études de conception à effectuer, affecté d'un abattement, d'au plus, 20 % de celui-ci^[30].

En outre, les marchés globaux doivent prévoir, une **part minimale de l'exécution** du contrat obligatoirement confiée par le titulaire à des petites ou moyennes entreprises (PME) ou à des artisans.

Cette part est fixée à 10 % du montant prévisionnel du marché sauf à ce que la structure économique du secteur concernée ne le permette pas^[31].

Enfin, il existe certaines particularités de la procédure de passation réservées aux marchés globaux de performance.

En effet, outre le fait que leurs documents de la consultation devront préciser les objectifs de performance susvisés à respecter (desquels dépendront la rémunération du titulaire), l'acheteur devra, d'une part, veiller à faire apparaître de manière séparée le prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance^[32].

D'autre part, concernant les critères d'attribution du marché global de performance, ceux-ci devront obligatoirement faire figurer son coût global mais également, tel que nous l'évoquions ci-avant et selon l'objet du marché, un ou plusieurs critères relatifs à ces objectifs de performance^[33].

[29] CCP, art. R. 2171-19.

[30] CCP, art R. 2171-20.

[31] CCP, art L. 2171-8 et R. 2171-23.

[32] CCP, art R. 2171-2.

[33] CCP, art R. 2171-3.