

La DAJ de Bercy vient de publier une nouvelle fiche sur les contrats globaux

Les marchés publics globaux, visés aux articles 33 et suivants de l'ordonnance n° 2015-899 et aux articles 91 et suivants du décret n° 2016-360, sont des contrats par lesquels une personne publique peut confier à un titulaire unique une mission globale, sans constituer de lots en fonction des types de prestations. Toujours dans un objectif de simplification de la commande publique, ils ont été créés – ou repensés – dans un souci d'harmonisation des dispositifs déjà en place.

Les marchés globaux prennent trois formes principales :

- conception et la construction d'ouvrages. Il s'agit alors d'un marché de conception-réalisation ;
- conception et/ou construction, aménagement, entretien et maintenance. On parle alors de marché global de performance ;
- secteurs particuliers d'activité et sont nommés marchés publics globaux sectoriels.

Et incluent également les contrats de partenariat.

Ces contrats constituent des exceptions au principe d'allotissement cher au droit de la commande publique mais également à la règle de non-cumul des missions de concepteur et d'entrepreneur de la maîtrise d'œuvre issue de la loi MOP. Et qui dit exceptions dit conditions.... Certes assouplies par volonté du législateur mais tout de même strictement encadrées. Alors quelles sont les conditions pour recourir à ces marchés ?

I. Marchés public de conception-réalisation

Visés par l'article 33 de l'ordonnance n° 2015-899 et s'inscrivant dans la continuité de l'article 37 du Code des marchés publics, il s'agit de marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier simultanément la réalisation d'études (la conception) et l'exécution de travaux (la réalisation) à un groupement d'opérateurs économiques ou à un seul opérateur pour les ouvrages d'infrastructures.

Une distinction doit être faite entre ceux conclus par les acheteurs soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique (dite loi MOP) et les autres.

Dans le premier cas, ces marchés ne peuvent pas être conclus librement.

Deux types d'opérations sont ainsi visés :

- **Le recours au marché de conception-réalisation pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.**

L'acheteur doit justifier de motifs d'ordre technique liés la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage (ouvrage présentant un processus industriel déterminant, des dimensions exceptionnelles, des difficultés techniques particulières).

Le juge administratif a fait une appréciation très stricte de ces motifs. Et c'est à l'acheteur qu'il convient

d'apporter les preuves.

Pour s'assurer que cette condition est remplie, doivent être pris en compte la destination de l'ouvrage ou sa mise en œuvre technique :

- les opérations ayant une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre de l'ouvrage ;
- les opérations présentant des caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) exigeant de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises.

• Le recours au marché de conception-réalisation justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

La notion d'amélioration de la performance énergétique doit être appréciée à la lumière de l'article 5 de la loi du 3 août 2009 précitée, qui ne vise que les opérations de travaux sur les bâtiments existants.

Dans le second cas – celui des acheteurs non soumis à la loi MOP – le recours à la conception-réalisation n'est pas conditionné.

Il est également rappelé que l'urgence n'est jamais un motif justifiant le recours au marché de conception-réalisation.

II. Marché public global de performance

Successeurs des « REM » (réalisation et exploitation ou maintenance) et « CREM » (conception-réalisation et exploitation ou maintenance), prévus par l'article 73 du Code des marchés publics, avec toutefois quelques aménagements.

Le marché public global de performance permet à l'acheteur d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations (de travaux, de fournitures ou de services), afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.

Le dispositif n'est toutefois pas limité à la seule performance énergétique.

Il peut être utilisé pour satisfaire tout objectif de performance mesurable.

Il peut s'agir notamment d'objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

Ces objectifs peuvent naturellement se cumuler.

Par ailleurs, les marchés publics globaux de performance diffèrent des CREM dans la mesure où le recours à ces contrats permet de déroger à la loi MOP, en associant la mission de maîtrise d'œuvre à celle de l'entrepreneur pour la réalisation des ouvrages publics, même en l'absence de motifs d'ordre techniques ou d'amélioration de l'efficacité énergétique.

Ainsi, les acheteurs n'ont pas à justifier de la nécessité d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage dès lors qu'ils intègrent au contrat des engagements de performances mesurables.

Et, à l'inverse des marchés globaux de conception-réalisation, le recours à ce type de marchés globaux n'est pas limité à la réhabilitation de bâtiments existants.

Les objectifs de performance sont pris en compte pour la détermination de la rémunération du titulaire au titre

de la maintenance ou de l'exploitation des prestations réalisées.

La rémunération de l'opérateur économique sera donc modulée en cas de sous-performance ou de surperformance.

En outre, la rémunération de l'exploitation ou de la maintenance ne peut, en aucun cas, contribuer au paiement de la construction.

Par conséquent, la rémunération de la construction doit intervenir au plus tard à la livraison définitive des ouvrages. En effet, les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance ne dérogent pas à l'interdiction de paiement différé fixé à l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Les modalités de rémunération doivent figurer dans le contrat. Il conviendra de veiller à ce que la rémunération du titulaire ne soit pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ce qui pourrait entraîner une requalification du contrat en concession de travaux.

III. Marché public sectoriel

Les contrats globaux sectoriels permettent aux acheteurs de confier à un même opérateur économique une mission globale ayant notamment pour objet la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et/ou la maintenance des ouvrages construits.

Prévus par l'article 35 de l'ordonnance, ils dérogent quant à eux de plein droit à la loi MOP et n'ont pas à comporter d'engagements de performance mesurables.

Cette dérogation est justifiée car :

- ils confient au même prestataire à la fois les études et l'exécution des travaux ;
- ils ne sont pas limités aux opérations complexes, contrairement à la conception-réalisation ;
- ils sont ouverts aux personnes et groupements de personnes de droit public, alors que la loi MOP limite la passation des contrats de conception-réalisation aux personnes ou groupements de droit privé.

Ces marchés peuvent être conclus pour :

- la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la Défense ;
- la conception, la construction et l'aménagement des infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'Intérieur ;
- la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;
- la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;
- la conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires. Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance des établissements pénitentiaires, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance ;
- la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente. Cette mission ne peut conduire à confier l'enregistrement et la surveillance des personnes retenues ou maintenues à d'autres personnes que des agents de l'État ;
- la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou

d'équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes visés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique ;

- la revitalisation artisanale et commerciale. Les marchés prennent alors la forme de contrats de revitalisation artisanale et commerciale (CRAC) soumis à l'article 19 de la loi n° 2014 du 18 juin 2014 ;
- la construction et l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage est confiée à la Société du Grand Paris.

NB : même si ces marchés dérogent au principe de l'allotissement, ils ne dérogent pas à l'interdiction de paiement différé.

Sources :

- « **Contrats globaux** » – Fiche de la DAJ, 27 février 2017
- Ord. n° 2015-899, art. **33 et s.**
- D. n° 2016-360, art. **91 et s.**