

SOMMAIRE

Chapitre 1.	Introduction et Généralités.....	11
Chapitre 2.	Le marché unique	17
Chapitre 3.	Le marché de conception-réalisation	31
Chapitre 4.	Le marché global de performance.....	47
Chapitre 5.	Les marchés globaux sectoriels	69
Chapitre 6.	Le marché de partenariat	75
Chapitre 7.	Le cas particulier du contrat de performance énergétique (CPE)	91
Chapitre 8.	Les contrats de concession	95
Chapitre 9.	La Vente en État de Futur Achèvement (VEFA).....	105
Chapitre 10.	Les contrats d'aménagement et la coproduction public-privé.....	111
Annexes		119
Bibliographie		127

Les contrats globaux : présentation générale et grands principes

Sont des marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement :

- 1° Le marché unique ;
- 2° Les marchés de conception-réalisation ;
- 3° Les marchés globaux de performance ;
- 4° Les marchés globaux sectoriels ;
- 5° Les marchés de partenariat.

Dans le Code de la commande publique, entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, les marchés de partenariat représentent un type de contrat à part du fait de leur dérogation au principe d'allotissement et de leur paiement différé. Ils ont aussi pour particularité d'être soumis, pour pouvoir y recourir, à une étude préalable et l'obtention d'un bilan financier favorable.

La maîtrise d'ouvrage est totalement déléguée.

Ces contrats globaux visent à répondre à des situations particulières. Ils présentent également d'autres spécificités (procédure de passation particulière notamment...) qui en font une catégorie de contrats à part au sein des marchés publics.

6° Les contrats de concession

Les contrats de concession sont une forme de contrat global qui permet à la personne publique d'externaliser le financement et la gestion d'un ouvrage ou d'un service. L'opérateur privé assume notamment le risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service, mais la personne publique, qui le concède, reste responsable du service public dont la gestion est déléguée. C'est donc elle qui définit les besoins, négocie le contrat, fixe les tarifs et les objectifs sociaux et sociétaux et contrôle l'exécution.

Identification et mission de la maîtrise d'œuvre dans les marchés globaux

En marché global, la conception d'un ouvrage peut être intégrée ou pas au contrat.

Ainsi, lorsque le marché global repose sur une prestation de réalisation/entretien/maintenance (les REM), sans conception, la personne publique doit passer un marché de maîtrise d'œuvre classique pour assurer la conception dudit ouvrage.

Lorsque le marché global comporte des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment, une mission de base est alors confiée à une équipe identifiée de maîtrise d'œuvre. Elle se charge de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation (article L. 2431-1 adapté à la spécificité des marchés globaux, dans les conditions prévues par voie réglementaire).

Cette mission doit comporter les éléments de mission suivants :

- 1° Les études d'avant-projet définitif ;
- 2° Les études de projet ;
- 3° Les études d'exécution ;
- 4° Le suivi de la réalisation des travaux ;
- 5° L'assistance au maître d'ouvrage aux opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement. (art. L. 2171-7 du Code de la commande publique).

Le suivi de la réalisation des travaux

L'équipe de maîtrise d'œuvre est chargée du suivi de la réalisation des travaux et, le cas échéant, de leur direction (art. D. 2171-13 du Code de la commande publique).

Le suivi de la réalisation des travaux a pour objet, d'une part, de s'assurer que les documents d'exécution, ainsi que les ouvrages en cours de réalisation, respectent les dispositions des études effectuées et sont conformes au marché global et, d'autre part, que les demandes de paiement sont cohérentes avec l'avancement des travaux. Il comprend la participation aux réunions de chantier et le visa des procès-verbaux.

La direction des travaux a pour objet d'organiser et diriger les réunions de chantier et en établir les procès-verbaux.

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.

Les contrats publics en droit français

Marchés publics Marché unique et marchés publics globaux	Marchés de partenariat	Contrats de concession
Courte durée (généralement)	Longue durée	Longue durée
Pas de préfinancement Pas de transfert domanial Marchés ou opérations successifs Service rendu à l'administration Paiement public	Préfinancement par le privé Conception/Construction Maintenance et gestion Service rendu à l'administration Paiement public	Préfinancement par le privé Conception/Construction Maintenance et gestion Exploitation du service Relation directe à l'utilisateur Service rendu à l'administration Paiement par l'utilisateur ou mixte
Risques portés par le privé : Risque de réalisation*	Risques portés par le privé : Risque de réalisation* Risque de performance	Risques portés par le privé : Risque de réalisation* Risque de performance Risque de demande/trafic

* Le risque de réalisation comprend le risque de construction lorsque l'objet du contrat en comporte une.

Les grandes différences entre les contrats de la commande publique

	Marchés publics	Marchés de partenariat	Concessions
Objet du contrat	Achat de fournitures, services ou travaux	Confier une mission globale (conception, construction, financement, réalisation, maintenance, entretien)	Confier une mission d'exécution de travaux ou de gestion d'un service ou d'un service public
Durée	Court/moyen terme	Long terme	Moyen/Long terme
Financement	Public	Privé	Privé (par le concessionnaire)
Rémunération du cocontractant	Publique (paiement d'un prix par l'acheteur public)	Publique (versement d'un loyer)	Privée (perception de recettes auprès des usagers) ou publique (sans suppression du risque d'exploitation)
Niveau de risque supporté par l'opérateur	Faible (risques de construction ou sur la qualité de services)	Modéré (risque de construction, maintenance, disponibilité de l'ouvrage)	Fort (risques industriels sur les coûts, risques de construction, de maintenance, de disponibilité sur les recettes et risques sur la qualité de service)

CHAPITRE 1

Introduction et Généralités

LE CONTRAT GLOBAL, UNE LONGUE TRADITION FRANÇAISE

Ancienneté des contrats globaux

La tradition de la construction repose sur deux faits dès la période romaine :

- la construction en entreprise générale d'un ouvrage complet clé en main ;
- l'association du créateur et de l'entrepreneur pour réaliser un ouvrage tant en conception qu'en construction.

La séparation juridique entre constructeur et architecte ne date que du début du vingtième siècle. Au demeurant, des contrats plus complexes associant également le financement prennent place dans l'histoire dès les romains et se poursuivent jusqu'à nos jours.

Dès l'antiquité, le contrat de « manceps » d'une durée de cinq ans confiait à un entrepreneur le soin de construire et de gérer la station postale. Des baux emphytéotiques étaient accordés pour construire des ouvrages publics et même de véritables concessions étaient accordées par l'autorité publique.

Cette situation s'est poursuivie au cours du temps :

Le maître d'œuvre médiéval constructeur des cathédrales est un entrepreneur général

concepteur et ingénieur. Les entrepreneurs généraux du XVII^e siècle bâtissent l'Île saint Louis. Sartine, au XVIII^e siècle pour l'éclairage de Paris, lance un concours concepteur constructeur. D'innombrables concessions ont été attribuées au cours de l'ancien régime pour les ponts les canaux et de nombreux services publics. La Révolution ne change rien, le XIX^e siècle amplifie le système de la délégation au privé par d'innombrables concessions, dans tous les domaines, et les travaux de chemin de fer fondent le grand développement des entreprises générales françaises dont la plupart subsistent de nos jours. La tour Eiffel symbolise les trois traditions : après un concours concepteur constructeur, elle est attribuée en concession et construite en entreprise générale.

Limitation du recours au contrat global par la loi MOP de 1985

La décentralisation, lancée en 1982, déstabilise l'encadrement juridique des collectivités locales qui se trouvent dotées de nombreuses compétences et de libertés nouvelles. Par ailleurs, la profession des architectes craint une remise en cause de la loi de 1977 sur l'architecture, dans les collectivités locales, et la disparition des décrets de 1973 qui réglaient correctement la question de l'interface entreprise – architecte et ingénierie.

La situation aboutit au vote de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique. Celle-ci impose de dissocier la mission de maîtrise d'œuvre de celle de l'entrepreneur pour la réalisation des équipements publics. La loi oblige ainsi à recourir aux services de la maîtrise d'œuvre par une mission dite de base et limite (loi MOP, art 18-1) le recours à la conception-construction.

La conception/construction reprend de la vigueur

Pour autant, au cours des 30 dernières années, l'État développe considérablement la conception/construction et les contrats globaux composés d'un portage financier de la part de la personne privée.

- L'État utilise largement la conception/réalisation, dès la fin des années 80, pour répondre au programme de construction de 13 000 places de prison et pour le Grand Stade de France (en Seine Saint-Denis), dont personne ne conteste la réussite.

- **La loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure** du 29 août 2002, dite loi LOPSI, consacre dans son article 3 les marchés de conception/réalisation passés par l'État en vue de la construction d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationale.

- **La loi d'orientation et de programmation pour la justice** du 9 septembre 2002, dite loi LOPJ, consacre dans son article 3 les marchés de conception réalisation passés par l'État en vue de la construction d'établissements pénitentiaires.

- Les établissements publics de santé sont, pour leur part, régis par **l'ordonnance du 4 septembre 2003** qui donne lieu à une extension de la conception/construction (nouvel article L. 6148-7 du Code de la santé publique). **Le bail emphytéotique hospitalier (BEH)** est créé pour réaliser le programme hôpital 2007 qui s'inspire de l'ancienne législation du bail emphytéotique administratif, créé par une loi de janvier 1988.

- **Le contrat de partenariat** est créé par l'ordonnance du 17 juin 2004.

- L'article 110 de **la loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion** du 25 mars 2009 vient se rajouter aux textes

existants concernant la conception/réalisation pour les logements sociaux.

- **La loi du 3 août 2009, dite Grenelle I**, donne une nouvelle consécration aux contrats de conception/réalisation, dans son article 5, comme expression privilégiée du contrat de performance énergétique.

- Reprenant cette approche, le Code des marchés du 25 août 2011 crée un article 73 dédié aux contrats globaux de performance (de qualité de service, niveau d'activité, efficacité énergétique et incidence écologique).

- **L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics** comprend un sous-chapitre dédié aux contrats globaux et au marché de partenariat.

- **L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique reprend à l'article L. 2171-1 et suivants les règles applicables à certains marchés globaux.** Les articles L. 1112-1 et L. 2200-1 donnent la définition et traitent des dispositions propres aux marchés de partenariat.

L'État à la recherche de la performance

La recherche de la performance énergétique a donné naissance aux marchés publics de conception/construction/maintenance/exploitation, répondant aux attentes des décideurs publics pour atteindre des objectifs de développement durable.

Cette recherche a été clairement étendue à la recherche de la performance sous tous ses aspects dans la nouvelle législation de l'ordonnance **portant partie législative du Code de la commande publique** (art. L. 2171-3, L. 2213-8).

Si l'on devait résumer l'évolution de la commande publique, il faudrait constater cette marche vers la performance : les marchés globaux de performance, par exemple, ouvrent la possibilité de conclure des contrats associant la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation pour satisfaire des objectifs chiffrés de performance énergétique ou d'activité, de qualité de service, ou d'incidence écologique. Ils écartent l'approche en allotissement en raison du fort

degré d'intégration des prestations. Les marchés de partenariat sont de même essence.

UN NOUVEAU CADRE JURIDIQUE

Les principaux types de contrats globaux

Le Code de la commande publique (ci-après CCP), entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, distingue deux grandes catégories de contrats globaux : ceux relevant des marchés publics, d'une part, et ceux relevant des contrats de concession, d'autre part.

Les marchés publics globaux se distinguent eux-mêmes en deux grandes catégories et quatre formes de contrats :

- Les marchés de partenariat (art. L. 1112-1 et L. 2200-1 et suivants du CCP).

- Les marchés globaux dits sans paiement différé qui couvrent trois contrats différents :

- le contrat de conception-réalisation (art. L. 2171-2 et R. 2171-1 du CCP),

- le marché global de performance (art. L. 2171-3 et R. 2171-2 et R. 2171-3 du CCP),

- les marchés globaux sectoriels (art. L. 2171-4 à L. 2171-6 du CCP).

Le marché unique (art. L. 2113-10 et L. 2213-11 du CCP), caractérisé par le fait qu'il rassemble tous les lots lorsque son objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes (sous conditions dérogatoires), peut être vu comme un marché global. Dans ce memento, nous le considérerons comme tel.

La partie relative aux marchés publics distingue elle-même les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense et de sécurité.

Sécurisation juridique, dénomination harmonisée, notions clarifiées

Désormais, le régime juridique des marchés globaux sans paiement différé est regroupé au sein du chapitre 1^{er} (Règles applicables à certains marchés globaux) du Titre VII (Règles applicables à certains marchés) du CCP, tandis

que le régime juridique des marchés de partenariat est codifié dans le Livre II du CCP qui lui est propre (Dispositions propres aux marchés de partenariat).

La distinction ainsi opérée traduit bien la singularité du marché de partenariat qui est un contrat public à paiement différé, c'est-à-dire lissé dans le temps au moyen d'un « loyer financier » qui prend en compte différents paramètres financiers. La réglementation en vigueur doit être vue comme une boîte à outils. Pour chaque besoin, la personne publique dispose d'un contrat adapté. **Cette réglementation s'est notamment employée à traiter les questions dans leur ensemble technique et financier et plus seulement sous l'angle architectural.**

QUELS CONTRATS POUR QUELS BESOINS ?

La notion de coût global

La première question à se poser dans le cadre d'une analyse en coût global est celle des objectifs que l'autorité publique entend poursuivre. S'agissant d'une méthode qui vise à optimiser un rapport coût d'investissement/coût de fonctionnement, il convient de se poser les bonnes questions concernant les deux étapes de l'opération construction puis gestion :

- Comment va être organisé le service public ?

- Pour quelle fréquentation et quel usage doit-on le dimensionner ?

Il faut éviter de répondre à ces questions fondamentales par des idées toutes faites ou des *a priori*. Une bonne étude préalable auprès des clients potentiels ou des usagers répondra souvent mieux aux questions posées et permettra de déterminer :

- le dimensionnement présent et futur de l'équipement ;

- l'enveloppe de coût des différents usages ;

- le niveau de qualité attendu des prestations ;

- le prix de construction ou l'enveloppe compatible avec les usages prévus.

Les atouts du marché global

Les contrats globaux, comme leur nom l'indique, visent en effet à remédier aux insuffisances résultant des contrats séparés et à solutionner des questions plus complexes qu'auparavant, avec la prise en compte de l'environnement, par exemple.

- Le contrat global constitue un facteur de sécurité et de progrès pour le maître d'ouvrage.
- Il est un outil de la performance.
- Il évite l'apparition des avenants.

En effet, aujourd'hui, plus que jamais, le maître d'ouvrage a impérativement besoin de garanties

effectives de la part de son ou ses co-contratant(s), tant financières que techniques, de délai ou de performances. Il ne peut pas se permettre de dépenser les deniers publics sans sécurité, ni s'exposer à une livraison retardée ou compromise.

La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse conduit à raisonner en coût global, lequel permet de prendre en compte le coût d'investissement et celui de fonctionnement.

Le maître d'ouvrage peut ainsi se concentrer sur son métier et sur les performances à atteindre. Il peut en outre fixer des objectifs variés de



Les questions essentielles à se poser

Le maître d'ouvrage doit se poser plusieurs questions avant le lancement de son opération :

- Quel type de prestation attend-il de la part des entreprises afin de choisir le meilleur contrat adapté à son besoin ?
- Est-il souhaitable de comparer les modes contractuels par une évaluation préalable, obligatoire pour les marchés de partenariat, mais de plus en plus recherchée pour les autres contrats ?
- De quel type de budget dispose-t-il immédiatement et dans le temps ?
- La prestation complète attendue sera-t-elle déléguée complètement ? La personne publique dispose-t-elle ainsi d'un financement extérieur apporté par la titulaire futur du contrat ?
- Un certain degré d'unicité de prestation dans ce contrat est-il attendu ou bien la personne publique souhaite-elle en diriger l'exécution auprès de plusieurs intervenants ?
- Le recours au contrat global s'est-il posé ?
- La prestation doit-elle s'exécuter au cours du temps ou dans un bref délai ?
- La conception doit-elle être immédiatement assortie du prix de l'objet ou pas (au risque qu'un écart de prix apparaisse entre les deux étapes) ?
- Les performances sociales et environnementales sont-elles prévues dans le marché ?



Pourquoi la construction en lots séparés peut-elle s'avérer problématique ?

Les problèmes soulevés par la construction en lots séparés peuvent être nombreux.

Voici les difficultés auxquelles peut être confronté le maître d'ouvrage public et qu'il doit se poser :

- Comment s'assurer de tenir le prix global et le délai fixés et que la coordination des différents lots aboutit à la prise en compte effective de ce qui est exigé ?
- À qui s'adresser en cours de chantier ?
- Qui assume la direction efficace des différents lots ?
- Comment faire face aux défaillances d'entreprise(s), en cas de marchés séparés ?
- Quelles conséquences sur le déroulement des chantiers (budget du maître d'ouvrage, les délais rallongés...) ?
- Comment être certain d'atteindre le niveau de performance souhaité qui nécessite une puissante gestion des interfaces et une direction globale et quid de l'obtention des labels... ?

performance qu'il n'est pas certain d'atteindre en procédure descriptive détaillée. L'atteinte d'un haut niveau de gestion patrimoniale apparaît plus sûre.

Quant à l'entreprise, elle doit relever le défi et se concentrer sur les performances à apporter, innover souvent, aller plus loin que la simple

réalisation, augmenter la qualité des prestations et offrir un service complémentaire.

Le présent document vise donc à expliciter les contrats globaux du droit de la commande publique, de façon simple et pédagogique, pour exploiter tous ses atouts.

L'analyse en coût global d'un ouvrage public

L'analyse en coût global consiste à prendre en compte les coûts respectifs de construction et de fonctionnement en calcul actualisé d'un ouvrage. Ceci permet une comparaison rationnelle des alternatives (ou des offres) puisqu'aussi bien certaines peuvent paraître très avantageuses en termes de coût d'investissement mais peu intéressantes du fait de leurs coûts de fonctionnement et vice versa.

L'objectif de cette comparaison est de **minimiser la dépense globale au cours du temps** d'une construction, coûts de fonctionnement compris. Il est aussi **d'optimiser le rapport prix de construction/prix de gestion** de plusieurs offres et d'estimer un optimum qualité/prix pour un projet de construction. Dans tous les cas de figure, il s'agit de **déterminer un coût de fonctionnement de l'équipement proposé au moment de la remise de l'offre des entreprises.**

Certains contrats mènent plus naturellement au coût global que d'autres, le pire système étant l'adjudication simple qui efface totalement la notion de coût de gestion en ne retenant que le coût de construction : la collectivité ne doit

pas se fixer pour seul objectif de minimiser une dépense de construction, elle gère des services publics et doit optimiser le fonctionnement présent et futur d'un équipement de qualité. Aussi, le recours aux méthodes les plus globalisantes telle la conception/construction et la construction/maintenance voire le contrat de concession ou le marché de partenariat sont des réponses adaptées de ce point de vue. Parce que dans toutes ces méthodes les savoir-faire ont été mariés entre l'architecte, l'entreprise de construction et celle de maintenance. Surtout :

- l'entreprise s'engage à prix forfaitaire sur un projet architectural en APD (Avant Projet Détaillé) ;
- l'entreprise offre un coût dans la durée de gestion de l'ouvrage.

Toutes les méthodes qui divisent les prestations en autant de sous-ensembles risquent d'aboutir au résultat inverse. Comment juger du coût global d'un équipement si les candidats ne sont pas tenus de s'engager sur un coût de fonctionnement ou si leur réponse se limite à une partie de l'ouvrage ? À défaut d'engagement du fournisseur, le risque est intégralement supporté par l'acheteur.

CHAPITRE 2

Le marché unique

GÉNÉRALITÉS

Présentation

Le marché unique est un marché qui rassemble tous les lots.

Les articles L. 2113-10 et L. 2213-11 du Code de la commande publique (anciennement article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015) posent le principe de l'allotissement des marchés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes et les conditions pour y déroger. Le principe d'allotissement est, en effet, soumis à des dérogations.

En premier lieu, **si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes**, l'acheteur peut recourir à un marché unique. Des décisions de jurisprudence ont ainsi admis le caractère légal d'un marché unique (*cf. supra*).

Au-delà de cette exception, trois dérogations au principe d'allotissement sont admises :

- si l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation pilotage et coordination ;
- si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ;
- si l'allotissement risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations.

Conditions de recours au marché unique

L'article R. 2113-3 issu du décret n° 2018-1075 du décret 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du CCP (ex article 12 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) prévoit que l'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public, dont le montant est supérieur ou égal aux seuils de procédure formalisée, doit motiver ce choix dans les documents de la consultation, ou le rapport de présentation, lorsqu'il agit en qualité de pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, les articles R. 2184-7 et R. 2184-8 du CCP prévoit qu'il doit conserver les informations relatives à son choix de marché unique.

Si le marché est passé selon une procédure adaptée, l'acheteur motive son choix dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve pendant une période minimale de cinq ans, à compter de la date de signature du marché public. La loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin 2 », est venue préciser que l'acheteur doit énoncer les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision de ne pas allotir, donc de recourir au marché unique.

Il appartient à l'acheteur, avant le lancement de la consultation, de justifier les motifs de sa

décision de recourir à un marché unique. Les services techniques et juridiques pourront ainsi opportunément préparer une note récapitulant les raisons pour lesquelles le marché unique a été choisi et conserver tout élément de nature à justifier le sens de leur décision dans l'hypothèse de recours contentieux ou de courrier émanant de la préfecture sollicitant des précisions sur la motivation. De fait, peu de marchés uniques font l'objet d'un recours contentieux.

De manière générale l'acheteur est tout à fait libre de faire un choix d'opportunité et de recourir à un marché unique. Le Conseil d'État a rappelé que l'acheteur dispose d'une marge d'appréciation étendue sur laquelle le juge doit exercer un contrôle restreint (*cf. supra*).

Types de motivation pour recourir au marché unique

Le juge administratif, s'il est saisi, examine de près l'argumentation présentée pour justifier la dérogation au principe d'allotissement, tout en respectant le choix d'opportunité de l'acheteur. La motivation la plus pertinente sera souvent établie à partir de plusieurs arguments à arbitrer tels que :

- un ouvrage qui présente des exigences techniques fortes : Bepos⁽¹⁾ par exemple ou certification HQE⁽²⁾ ou interfaces compliquées entre les différents corps d'état ;
- un ouvrage exigeant une présence permanente sur le chantier de la mission OPC⁽³⁾ pour assurer une cohérence des interventions complexes à mettre en œuvre ;
- un ouvrage assorti d'un délai restreint par rapport à des contraintes : rentrée scolaire, urgence en matière de construction de logements sociaux ;
- une impossibilité de suivre en interne l'exécution de ce marché, soit par absence d'une équipe compétente au regard de la spécificité technique du projet, soit par non disponibilité de ladite équipe ;
- un surcoût financier de la mission OPC externe par rapport au prix du marché unique avec mission OPC ou un surcoût sur un élément

(1) Bepos : bâtiment à énergie positive.

(2) HQE : haute qualité environnementale.

(3) OPC : ordonnancement, pilotage, coordination.

quelconque du marché alloti : approvisionnement, gestion des matériels.

Le niveau de preuve requis n'est encadré, ni par les textes, ni par la jurisprudence. Cette dernière exige simplement des éléments précis justifiant le recours au marché unique. Des notes d'analyses techniques et financières doivent ainsi pouvoir être produites.



NOTA : Le Conseil d'État, dans son arrêt du 25 mai 2018 Département des Yvelines, en annulant le jugement du TA de Nantes, affirme que le juge administratif doit vérifier la réalité des éléments invoqués par le maître d'ouvrage public pour apprécier si le recours à l'allotissement risquerait de rendre techniquement plus complexe la réalisation de l'ouvrage.



Conseils pratiques

- Éviter les affirmations de principe sans démonstration.
- Étayer l'argument tenant au coût financier supplémentaire que représenterait l'allotissement. Il est parfaitement recevable, s'il est sérieusement établi.
- Attention à l'argument lié à l'impossibilité pour le maître d'ouvrage d'assurer en interne ses missions d'organisation, de pilotage et de coordination !

Le Conseil d'État reconnaît cet argument comme potentiellement fondé mais les maîtres d'ouvrage se contentent le plus souvent d'une simple affirmation. Il faut expliquer clairement et précisément :

- de combien de collaborateurs la collectivité dispose ou non dans ce secteur de compétence technique ;
- quelle est leur charge de travail pour la période qui rend impossible le suivi de chantier envisagé, éventuellement la complexité technique de l'ouvrage ;
- le coût supplémentaire que représenterait cette mission OPC en externe par rapport à la mission de maîtrise d'œuvre de base telle qu'elle a fait l'objet d'un marché dans le cadre d'un projet concerné.

Passation et exécution

Procédures applicables aux marchés de travaux

Procédure	MAPA	Appel d'offres	Procédure avec négociation	Dialogue compétitif
Seuil	0-5 548 000 €	≥ 5 548 000 €	≥ 5 548 000 €	≥ 5 548 000 €
Modalités d'application	Le maître d'ouvrage peut librement fixer les modalités de la procédure en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire notamment. Le maître d'ouvrage peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre.	Les marchés peuvent être passés selon la procédure de l'appel d'offres pour les maîtres d'ouvrage.	Un maître d'ouvrage public peut également utiliser la procédure avec négociation. La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre.	Il doit alors s'agir d'un marché complexe remplissant l'une au moins des deux conditions suivantes : – le maître d'ouvrage n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; – le maître d'ouvrage n'est pas objectivement en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

**Procédures applicables aux marchés publics
des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales**

Marchés publics de travaux			
Seuils	≤ 25 000 € HT	≥ 25 000 € HT	≥ 5 548 000 € HT
Procédures	Marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables, sauf exceptions	Procédure adaptée (Art. L. 2123-1 et R. 2123-4 du CCP)	Procédures formalisées applicables (Art. L. 2124-1 et R. 2124-1 du CCP) – Appel d'offres ouvert (1° de l'art. R. 2124-2 du CCP) – Appel d'offres restreint (2° de l'art. R. 2124-2 du CCP) – Procédure avec négociation (art. R. 2124-3 du CCP) – Dialogue compétitif (art. R. 2124-5 du CCP)
	Marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas prévus par les dispositions spécifiques du CCP (art. R. 2122-1, R. 2122-2, R. 2122-3 ou R. 2122-7 du CCP)		

Éléments de jurisprudence

► Sur le contrôle du juge

CE 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737 : le contrôle du juge se limite à l'erreur manifeste d'appréciation.

CE 26 juin 2015, Ville de Paris, req. n° 389682 : il appartient au juge de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard, à la marge d'appréciation qui lui est reconnue [...] entachées d'appréciations erronées.

► Sur la légalité des motivations ayant donné lieu au recours à un marché unique

CE 10 mai 2006 Société Schiocchet, req. n° 288435 : avantage technique d'un regroupement de lots d'un marché de transport de voyageurs et scolaires.

CE 20 mai 2009, Commune de Fort de France, req. n° 311379 : difficultés techniques et coût financier compétitif d'un marché unique de sécurisation des espaces publics.

CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803 : économie substantielle d'un marché unique de réhabilitation et de grosses réparations de routes départementales.

CE 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, req. n° 335611 : prestations d'un marché de fourniture location de portes et fenêtres, de télésurveillance, d'interventions de sécurité et d'évacuation de gravats et de débarras justifiant un marché unique en raison même de son objet.

CE 27 octobre 2011, Département des Bouches du Rhône, req. n° 350935 : économie budgétaire procurée par un recours au marché unique comprenant des prestations de fourniture et de pose de signalisation verticale sur les routes du département.

CE Région de la Réunion avril 2015 : économie financière procurée par le recours au marché unique pour des prestations de transport.

CE 25 mai 2018, Département des Yvelines, req. n° 417869 : cet arrêt marque une évolution positive de la position du Conseil d'État concernant le recours au marché unique.



Les avantages du marché unique

- Un interlocuteur unique responsable de la réalisation de l'ouvrage, de l'atteinte des performances, du respect du délai et du budget prévu.
- Un marché clé en main.
- Une obligation de résultat.
- Responsabilité intégrale de l'exécution du marché par l'entreprise générale pour le compte du client.
- L'entreprise garante du résultat final, du délai et du prix fixé.
- L'entreprise assume les éventuelles défaillances d'entreprises sous-traitantes.
- L'entreprise assure les études techniques préalables, la coordination des lots et la gestion.
- Un prix global qui comprend tout : frais d'ordonnancement de pilotage de chantier, gestion des interfaces, des corps de métier.
- Prise en compte du coût global et facilitation.



Recourir au marché unique sans risque : points clés à retenir

1. L'allotissement est un principe, pas une obligation

2. Trois dérogations possibles à l'allotissement :

- Si le maître d'ouvrage n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'OPC.
- Si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence.
- Si l'allotissement risque de rendre l'exécution du marché techniquement difficile ou financièrement coûteux.

3. Quand faire apparaître la motivation du recours au marché unique ?

L'acheteur doit motiver ce choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation.

Si le marché est passé selon une procédure adaptée, l'acheteur motive son choix dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve.

4. Apporter le niveau de preuves requis

Éviter les affirmations de principe sans démonstration.

Être le plus précis possible sur le plan technique, financier et factuel.

Produire des notes et analyses techniques et financières.

Présentation sérieuse de la motivation du recours au marché unique.

Attention à l'argument lié à l'impossibilité pour le maître d'ouvrage d'assurer en interne ses missions d'organisation, de pilotage et de coordination.



Parole d'experts...

**Entretien avec Frédérique Lagarde,
Responsable du service Patrimoine de Loire Habitat**



Dans quelles situations le marché unique s'avère-t-il pertinent ?

Le marché unique est le plus adéquat lorsque le maître d'ouvrage public a affaire à une opération particulièrement complexe. C'est par exemple le choix qu'a fait Loire Habitat pour la réhabilitation en site occupé d'un établissement pour personnes âgées. Le marché en question d'une durée de trois ans nécessitait un OPC à demeure que seul le marché unique pouvait nous assurer. Une telle opération aurait été encore plus difficile à mener en corps d'État séparés.

Quels sont les atouts du marché unique ?

Le marché unique optimise l'organisation du chantier. L'entreprise générale est présente sur place tout le temps et pilote ses corps de métier. Une solution est vite trouvée en cas de défaillance d'une entreprise, contrairement au marché alloti. Je constate en outre que les sous-traitants s'y retrouvent financièrement lorsque les relations avec l'entreprise générale mandataire sont bonnes, grâce à l'organisation mise en place sur le chantier et le management des équipes. Il y a une tenue de conduite. En outre, et j'y attache beaucoup d'importance, je constate que la prévention santé sécurité paraît supérieure sur les chantiers pilotés en entreprise générale.

Recours au marché unique : exemples de dérogation au principe d'allotissement

I. Travaux de construction de logements, commerces et locaux annexes

Maître d'ouvrage : OPH

Justifications à la dérogation au principe d'allotissement :

Les prestations ne peuvent être alloties compte tenu du fait que l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes. En effet, l'opération étant située à l'aplomb des voies SNCF, les bâtiments sont posés sur une dalle, couvrant le volume ferroviaire, laquelle sera réalisée entre 2014 et le 1^{er} semestre 2017, avec ses contraintes techniques et réglementaires spécifiques (descentes de charge, acoustique, ventilations, etc.). Le maintien de l'intégrité du volume ferroviaire et de son désenfumage constitue un enjeu fort du projet. Les études d'EXE en interface avec la dalle de couverture devront se faire dès le début de la période de préparation de chantier, en étroite collaboration avec les équipes de la SNCF. Les différents intervenants de l'opération devront respecter les règles spécifiques à la Notice Particulière de Sécurité Ferroviaire (NPSF).

Par ailleurs, les travaux à réaliser présentent les caractéristiques suivantes :

- un ouvrage présentant des exigences techniques fortes. Dans ce domaine les références à atteindre en matière de développement durable et d'intégration environnementale sont extrêmement utiles : certification Qualitel H&E millésime 2012 – profil A – option performance – label Effinergie + ;
- un surcoût financier de la mission OPC externe par rapport au prix du marché unique avec mission OPC ;
- un marché assorti d'un délai restreint par rapport à des contraintes imposées au maître d'ouvrage et clairement établies : logements et commerces.

L'offre présentée par le candidat devra porter sur l'ensemble des prestations objet du marché. Les prestations donneront lieu à l'établissement d'un marché unique.

2. Travaux pour la construction d'un groupe scolaire

Maître d'ouvrage : Commune

Justifications à la dérogation au principe d'allotissement :

Il n'est pas prévu de décomposition en lots pour les raisons suivantes :

- La dévolution en lots séparés risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations.

Les exigences techniques fortes du projet sont justifiées par le phasage de l'opération de démolition et construction en site occupé, qui nécessite une sécurité infaillible du chantier tout en limitant les nuisances pour les enfants de classe maternelle qui subissent les travaux.

L'enjeu majeur des travaux sera de garantir des conditions de travail et d'enseignement

acceptables et de limiter au maximum les nuisances (sonores, poussières...) et de veiller au maintien des conditions de confort durant les travaux, tout en assurant une continuité de service de l'établissement.

Outre le phasage en site occupé, le programme de l'opération intègre des critères environnementaux tels que l'exigence de chantier propre qui nécessite un pilotage et une coordination globale.

L'exigence technique est assortie d'un délai restreint par rapport à des contraintes imposées au maître d'ouvrage, et particulièrement l'ouverture impérative de l'école maternelle à la rentrée scolaire de septembre 2018 pour la première phase de travaux d'une durée de 19 mois, et la livraison du groupe scolaire suite à la deuxième phase de

travaux de 12 mois, prévue pendant les vacances scolaires de février 2021.

De plus, le chantier sera interrompu pendant 18 mois entre ces 2 phases de travaux, ce qui engendre un surcoût financier d'approvisionnement et de gestion des matériels, de mobilisation des entreprises, dans le cadre d'un allotissement.

– Le maître d'ouvrage n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Impossibilité argumentée de suivre en interne l'exécution du marché, soit par absence d'équipe compétente au regard de la spécificité technique du projet, soit de la non disponibilité prouvée de ladite équipe.

Un surcoût financier de la mission OPC externe par rapport au prix du marché unique avec mission OPC.

3. Travaux de réhabilitation de 603 logements, amélioration thermique et requalification des espaces extérieurs

Maître d'ouvrage : OPH

Justifications à la dérogation au principe d'allotissement :

Les prestations ne peuvent être alloties compte tenu du fait que l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes. En effet, les travaux à réaliser exigent une présence permanente sur le chantier de la mission OPC pour assurer une cohérence des interventions complexes à réaliser, ce qui n'est pas le cas d'une mission OPC de maîtrise d'œuvre classique. En effet, il s'agit d'une opération de réhabilitation de 603 logements en opération tiroir, mixant des travaux en milieu vide et occupé et un phasage en lien avec les logements sur site.

Il est difficile d'assurer la mission OPC en interne pendant l'exécution du marché par non disponibilité prouvée de ladite équipe en charge de 3 projets de réhabilitation.

Le recours à un marché global se justifie également par le fait que l'opération consiste en la réalisation de travaux devant permettre d'atteindre une performance énergétique sur la

base d'une obligation de résultat, qui conditionne l'obtention de subventions et constitue un engagement vis-à-vis des locataires de l'immeuble. Plusieurs types d'ouvrages sont ainsi concernés tels que la plomberie, le chauffage, l'isolation par l'intérieur, l'étanchéité ou le remplacement des menuiseries extérieures. De ce fait, chaque corps d'état participe à l'atteinte de la performance énergétique dont la responsabilité ne peut être diluée entre différentes entreprises.

De plus, l'intervention de réhabilitation restructuration et requalification d'un site de plus de 600 logements, nécessitant des travaux tant en milieu vide (60 %) et opération tiroir qu'en milieu occupé pour 40 % des logements, nécessite un phasage précis engageant tous les corps d'état, une présence et coordination permanente sur le chantier afin d'organiser, planifier les interventions multiples auprès des locataires en respectant l'engagement pris à leur encontre de ne pas les déménager plus de 9 mois, et en maintenant le fonctionnement du site durant toute la durée du chantier, des accès logements, jardin d'enfants, etc.

4. Travaux de construction d'un lycée neuf

Maître d'ouvrage : Conseil régional

Justifications à la dérogation au principe d'allotissement :

– La haute technicité exigée par la complexité technique du projet et des procédés innovants :
Le lycée neuf a un triple objectif de performance :

« 0 énergie », certification NF bâtiments tertiaires HQE et label BEPOS EFFINERGIE.

Pour répondre à ces objectifs, le projet architectural fait appel à des procédés techniques innovants, notamment :

– 800 m² de panneaux solaires à forte puissance ;

- du bardage verrier, non couvert par un DTU, nécessitant un avis de chantier ou un ATEX de validation ;
- une étanchéité à l'air pour l'ensemble du bâtiment inférieure à $1 \text{ m}^3/\text{heure par m}^2$.

Contraintes techniques

Dans cette opération, les procédés innovants mis en œuvre sont transversaux à l'ensemble des corps d'état hors finition. Les particularités du projet font que les interactions entre le clos/couvert et les corps d'état techniques sont particulièrement importantes. La mise au point technique de procédés spécifiques et la réalisation de prototypes exigent que tous les corps d'état concernés soient placés sous la responsabilité d'une entreprise maîtrisant cette technicité.

De plus, le niveau d'exigence performantielle pour obtenir la certification HQE de niveau BEPOS exige que chaque corps d'état soit très performant en termes de qualité et de mise au point des études d'exécution.

Ces contraintes nécessitent l'implication étroite de l'entreprise. Pour mener à bien cette opération, il est particulièrement important d'avoir une entreprise et donc un interlocuteur unique capable de garantir la compétence requise dans chaque corps d'état et d'en réaliser la synthèse.

Les entreprises générales disposent de bureaux d'études internes offrant une expérience en matière de projets innovants et sont à même d'atteindre ces objectifs.

Contraintes de délai

Cette opération présente un degré de technicité élevé et vise, de plus, la certification Haute Qualité Environnementale. Or les études d'exécution et de synthèse devront être réalisées dans un délai très court (durée totale des travaux 20 mois, livraison prévue pour la rentrée scolaire de septembre 2018), dans un environnement construit contraint.

Cet objectif n'autorisera aucun retard et l'entreprise devra assurer une synthèse et une coordination adaptées à la complexité de l'opération. Comme évoqué plus haut, il est important d'avoir un interlocuteur unique qui garantisse une capacité de réaction suffisante, en termes de compétence technique, de puissance d'organisation, de moyens humains et matériels élevés.

Le choix du mode de dévolution des travaux est étroitement lié au double objectif d'exigence performantielle et de délais. La défaillance d'un seul corps d'état peut compromettre gravement la réalisation de ces objectifs.

L'EG et le groupement

Présentation

Le groupement d'entreprises est parfois utilisé comme alternative au contrat d'entreprise générale. Attention toutefois. Il n'offre pas les garanties de l'entreprise générale au maître d'ouvrage et il expose le mandataire et les co-traitants à d'éventuelles difficultés, tant en marchés publics, qu'en marchés privés.

Il faut, en effet, rappeler que le groupement solidaire ou conjoint n'est pas en lui-même une

entreprise, mais un rassemblement conjonctuel d'entreprises distinctes qui ont choisi de se grouper momentanément pour répondre à une consultation et exécuter ensemble un ouvrage.



NOTA : Le maître d'ouvrage public ne peut pas imposer l'une ou l'autre de ces formes d'exécution du marché.

Les textes applicables dans les marchés publics

En vertu de l'article R. 2142-19 du Code de la commande publique (ex art. 45 décret du 25 mars 2016), les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés publics.

Selon les articles R. 2142-20 à R. 2142-27, pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, l'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée.

Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public.

Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public (article R 2142-20 relatif à la partie réglementaire du CCP).

Les candidatures et les offres sont présentées, soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par un mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché public.

II. L'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme

juridique déterminée après l'attribution du marché public que dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

III. Dans les deux formes de groupements mentionnées au I, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.

Si le marché public le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché public, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur.

Le CCAG (cahier des clauses administratives générales) Travaux, publié officiellement en 2010, valant règlement indique par ailleurs que :

3.5.1. En cas de groupement conjoint, le mandataire est solidaire, si les documents particuliers du marché le prévoient, de chacun des autres opérateurs du groupement dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du représentant du pouvoir adjudicateur jusqu'à la date, définie à l'article 44.1, à laquelle ces obligations prennent fin.

3.5.2. En cas de groupement solidaire, chacun des membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché et doit palier

une éventuelle défaillance de ses partenaires ; l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des entrepreneurs, vis-à-vis du représentant du pouvoir adjudicateur et du maître d'œuvre, pour l'exécution du marché.



NOTA : la convention type de la Fédération Nationale des Travaux Publics (disponible sur le site de la FNTP) relative au groupement momentané d'entreprises solidaires et conjointes n'est pas un document officiel et donc n'a pas de portée juridique générale. Mais il n'est pas contradictoire avec ce qui est développé ici.

Les différences entre les deux modes « d'entreprise » : EG/Groupement

Ces différences doivent être appréciées au regard des 5 points suivants :

1) Au regard des engagements de résultat

► Le cas des marchés publics

Si le marché est en lot unique, les engagements contractuels sont sensiblement différents selon qu'il s'agit d'une entreprise générale ou d'un groupement.

- En entreprise générale

Celle-ci a une obligation de résultat en termes d'exécution par rapport à l'ensemble du marché et assume donc seule **l'entière responsabilité de l'exécution** par rapport au maître d'ouvrage, y compris bien sûr en ce qui concerne les travaux éventuellement confiés à des sous-traitants. Le maître d'ouvrage dispose donc, au sens complet de ce terme, d'un **interlocuteur unique** qui prend la responsabilité globale de réaliser un ouvrage TCE⁽⁴⁾, d'atteindre des performances et de respecter le délai et le budget inscrits au contrat.

- En groupement conjoint ou solidaire

Dans ces deux cas, chacune des entreprises est responsable au regard du maître d'ouvrage de la partie du marché qui lui a été attribuée. Dans ce cadre, le maître d'ouvrage a juridiquement **autant d'interlocuteurs qu'il y a de cotraitants**, chacun ayant des obligations différenciées au sein d'un même contrat. Le mandataire, qui représente seul le groupement auprès du maître d'ouvrage ne peut avoir aucune obligation directe de faire

c'est-à-dire de résultat sur la globalité du marché. Il ne dispose en effet d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard des membres du groupement et n'a vis-à-vis de son donneur d'ordre qu'une obligation de garantie financière.

- Dans l'hypothèse d'un groupement avec mandataire solidaire

En fin d'opération le maître d'ouvrage public trouvera la même garantie financière dans le cas d'un marché en entreprise générale ou d'un marché en groupement avec un mandataire solidaire.

Par contre, en ce qui concerne l'obligation de faire, c'est-à-dire l'obligation de résultat, la situation peut se révéler très différente.

En effet, aucun des textes (CCAG⁽⁵⁾ ou Code de la commande publique), imposant au mandataire solidaire de se substituer à un membre du groupement défaillant, ne peut avoir pour conséquence d'effacer le fait que, dans un marché passé en groupement, le marché n'est pas passé avec le mandataire mais avec chacun des cocontractants qui sont mentionnés individuellement par lots.

Dans ces conditions, si le maître d'ouvrage peut bien sûr mettre en demeure le mandataire solidaire d'avoir à se substituer à l'entreprise défaillante, ce dernier peut se retrouver dans une situation très difficile.

De fait, si les cotraitants solidaires ne sont pas tenus de détenir l'ensemble des compétences nécessaires à la réalisation du marché, ils sont néanmoins responsables de sa bonne exécution.

(4) TCE : tous corps d'état.

(5) CCAG : cahier des clauses administratives générales.

Ils s'engagent dès lors, en cas de défaillance de l'un d'entre eux, à faire appel à un sous-traitant ou à se substituer au membre défaillant, sans pour autant qu'il n'y ait obligation en la matière.

L'article R. 2142-25 du CCP (ex article 44 V du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) prévoit en effet que : « *L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché.* »

Quant à l'article R. 2142-20 (ex art. 45 du décret du 25 mars 2016), il précise également que « *Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public* ».

Bien évidemment la solidarité qui pèse sur le mandataire solidaire est de même nature juridique. Pour bien analyser concrètement la portée de cette obligation, il faut distinguer deux cas de figure :

- **Si une entreprise membre du groupement est totalement défaillante et a quitté le chantier,** le mandataire solidaire va devoir, s'il le peut, soit poursuivre l'exécution du chantier avec les entreprises restant dans le groupement, soit sous-traiter la partie non exécutée de la tâche.
- **Mais si une entreprise ne remplit pas ses obligations contractuelles et prend un retard croissant** au regard de son planning, le mandataire solidaire, mis en demeure par le maître d'ouvrage, n'aura aucune possibilité réelle de se substituer à ladite entreprise, si cette dernière refuse de quitter le chantier. En effet, **le mandataire solidaire n'a pas de pouvoir coercitif par rapport aux différents membres du groupement** et va donc se trouver devant une impossibilité de faire et cela quel que soit le contenu de la convention de groupement qui n'est pas d'application immédiate en cas de contestation.

Dans cette situation, le maître d'ouvrage devra reprendre la main, résilier le marché de ce cotraitant et assurer par lui-même le remplacement de l'entreprise défaillante.

Par la suite la solidarité financière du mandataire solidaire jouera à plein et peut se révéler extrêmement lourde.

Cette situation est donc tout à fait différente de celle d'une entreprise générale qui, dans une situation similaire, pourra résilier très rapidement le marché de sous-traitance la liant avec un sous-traitant défaillant.



NOTA : L'entreprise générale a donc bien, à la différence d'un mandataire solidaire, la possibilité de respecter directement son obligation de faire, c'est-à-dire son obligation de résultat.

Il apparaît ainsi que **la différence dans la portée juridique de la solidarité engagée se traduit très concrètement dans les situations réelles de chantier.** L'obligation est donc bien *in fine* financière comme le précise fort bien les définitions de la FNTP pour les groupements selon lesquelles « *en cas de défaillance d'un membre du groupement, les autres membres en assumeront les conséquences, à l'égard du seul maître de l'ouvrage, en application du principe de la solidarité* ».

De la même façon, un arrêt du Conseil d'État en date du 29 septembre 2010 illustre précisément cette problématique de la responsabilité à l'intérieur d'un groupement (CE, 29 septembre 2010, req. n° 332068). Le Conseil a retenu qu'en l'absence de stipulations contraires, les entreprises qui s'engagent conjointement et solidairement envers le maître de l'ouvrage à réaliser une opération de construction, **s'engagent non seulement à exécuter les travaux, mais encore à réparer le préjudice subi par le maître de l'ouvrage du fait de manquements dans l'exécution de leurs obligations contractuelles.** Un constructeur ne peut donc échapper à sa responsabilité conjointe et solidaire avec les autres entreprises co-contractantes au motif qu'il n'a pas réellement participé aux travaux révélant un tel manquement que si une convention, à laquelle le maître de l'ouvrage est partie, fixe la part qui lui revient dans l'exécution des travaux ».

La Cour de cassation adopte la même solution.

La garantie financière accordée au maître d'ouvrage est clairement affirmée par la jurisprudence.

Cette solidarité financière caractérise la distinction entre l'entreprise générale et le groupement !

Il est donc justifié et important de noter que le groupement, y compris avec un mandataire solidaire, ne présente pas les mêmes garanties de sécurité d'exécution pour un maître d'ouvrage public. Il peut présenter par ailleurs un risque financier considérablement accru pour l'entreprise qui, en tant que mandataire solidaire, se trouverait engagée dans un bras de fer compliqué avec un membre du groupement partiellement défaillant.

► Le cas des marchés privés

Par définition, le contractuel est la loi des parties en marché privé. Toutefois, la norme P 03 001 concernant le cahier des clauses administratives générales applicables aux travaux de bâtiment en marché privé précise que le mandataire commun « doit prendre les mesures nécessaires pour que les travaux correspondants soient exécutés aux conditions du marché de l'entrepreneur défaillant » et donc faire réaliser par une entreprise tierce, ou réaliser lui-même, les travaux du titulaire défaillant, tout surcoût étant à sa charge.

Dans ce cadre, **c'est la convention de groupement qui précisera de quelle façon le mandataire solidaire assurera cette obligation de solidarité.**

Ainsi, les seules limites à la définition contractuelle de la portée de la solidarité du mandataire solidaire en marchés privés sont les dispositions générales du Code Civil et le principe de la liberté contractuelle.

2) Au regard du respect du délai d'exécution

Les modalités d'exécution du marché ont, là aussi, des conséquences très sensiblement différentes.

• En entreprise générale

Si l'un des sous-traitants vient à réaliser une prestation insuffisante ou à disparaître, l'entrepreneur général corrige immédiatement cette situation et remplace l'entreprise défaillante par un nouveau prestataire en assumant l'interface entre ces prestataires successifs et la totalité des responsabilités en découlant.

• En groupement

En cas de prestation insuffisante d'un cotraitant, ni le mandataire, ni les cotraitants ne peuvent solutionner les difficultés qu'affronte le maître d'ouvrage.

En cas de défaillance d'un cotraitant, le maître d'ouvrage doit trouver un nouveau cotraitant en accord avec le mandataire. S'agissant d'une personne publique, les conséquences sont immédiatement très lourdes en termes de délais (constat d'état des lieux, résiliation éventuelle, nouveau marché...) et peuvent engendrer la recherche de responsabilité du maître d'ouvrage.

En effet, seule la défaillance d'un des membres autorise la modification du groupement en cours d'exécution du marché. Un avenant doit alors être conclu pour organiser la poursuite de l'exécution du contrat.

Plusieurs cas de figure se présentent :

– Si le défaillant est mandataire du groupement, les cotraitants doivent proposer au pouvoir adjudicateur un nouveau mandataire parmi eux.

– Si le défaillant est membre du groupement conjoint et que le mandataire n'est pas solidaire, un marché de substitution doit être passé par le pouvoir adjudicateur pour la part des prestations non exécutées.

– Si le défaillant est membre du groupement conjoint et que le mandataire est solidaire, il doit se substituer au défaillant en tant que de besoin (article 48-7 du CCAG-travaux). À défaut, un marché de substitution doit être passé. Pour le reste des prestations, les membres du groupement peuvent, s'ils le souhaitent, poursuivre les travaux dans le cadre d'un groupement réduit. S'ils ne le

souhaitent pas, le pouvoir adjudicateur résilie la totalité du marché (Question écrite n° 32667, JO AN du 15 juillet 2013).

3) Au regard de l'obligation du devoir de conseil auprès du maître d'ouvrage

Le droit est identique en marché public et en marché privé.

- **En entreprise générale.** L'entrepreneur général dispose d'un bureau d'études interne apte à définir en méthodologie et en prestations concrètes tous les aspects de la construction envisagée : engagements de performance, économie circulaire, organisation des interfaces entre corps d'état, maquette numérique et *a fortiori* dans le cadre du BIM. Tenu par un engagement de résultat et fort d'une vision globale de l'ouvrage à réaliser, il peut conseiller le maître de l'ouvrage dans la voie de modifications si nécessaire, par exemple sous forme de variantes, et gérer les difficultés qui en découlent.

- **En groupement.** Quand des entreprises se groupent pour répondre à une consultation en marché unique, cela signifie normalement qu'aucune d'entre elles n'estime avoir la capacité, et donc les compétences, de prendre la responsabilité globale d'un marché unique TCE. Il faut donc trouver une solution pour les études de synthèse, le détail des prestations et la méthodologie d'exécution au sein du groupement, ce qui peut être aléatoire. De plus, et dans la mesure où elles répondent chacune sur une partie des prestations - même si le marché est unique -, **il leur est de fait beaucoup plus difficile voire souvent impossible de tenir compte de la globalité de l'ouvrage pour délivrer un conseil au donneur d'ordre.**

4) Au regard des missions de coordination et de pilotage du projet

Le droit est identique en marché public et en marché privé.

- **En entreprise générale**

Celle-ci coordonne et pilote le chantier : c'est sa principale caractéristique car elle s'engage sur

un délai et un prix conformément à sa définition européenne. La construction clé en mains dite en « entreprise générale » garantit un résultat global immédiat.

- **En groupement**

À l'inverse, dans ce cas de figure, les missions de coordination que suppose l'exécution d'un marché unique doivent être confiées soit à l'une des entreprises de spécialité, membres du groupement, soit à un maître d'œuvre lié directement au maître de l'ouvrage.

Dans le premier cas, **le maître d'ouvrage doit se demander si l'entreprise de spécialité a les compétences requises et est en capacité de gérer au quotidien la coordination de tous les lots.**

Dans le second cas, le maître d'ouvrage doit tenir compte du coût de la mission de coordination des travaux et de la mission de synthèse dans son comparatif avec une proposition en entreprise générale.

5) Au regard de la gestion des modifications en cours d'exécution

Le droit est identique en marché public et en marché privé

- **En entreprise générale**

Cette dernière gère elle-même cette difficulté puisqu'au titre de son marché, sa responsabilité est globale. Étant par nature chargée de la mission de synthèse, l'entreprise générale s'assure de la bonne mise en place des interfaces liées à ces modifications.

- **En groupement**

Chacun des membres du groupement réalise une partie des prestations. En cas de modification des travaux, les membres doivent décider de la répartition entre eux. Cela risque d'entraîner un blocage lorsque les membres du groupement ne sont pas d'accord sur ce point. Ce blocage peut se réitérer au moment de la levée des réserves et de la réparation des désordres par les membres du groupement suite à la réception.

Le marché de conception-réalisation

PRÉSENTATION

Le marché de conception-réalisation est un contrat qui permet à la personne publique de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, en vertu de l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique (anciennement art. 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

Le marché de conception-réalisation est également utilisé dans la commande privée où il n'est pas encadré.

La maîtrise d'œuvre et l'entreprise intéressées par une consultation en conception-réalisation matérialisent leur lien juridique par une convention de groupement. Ce groupement répond à la consultation et exécute le marché, dans le cas où il en est déclaré attributaire.

En marchés publics et privés, la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture doit être respectée.



TEXTES EN VIGUEUR

Les marchés de conception-réalisation sont régis par :

- l'article 69 de la loi ÉLAN, repris à l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique (ex articles 33 et 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015) ;
- la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP) ;
- le décret du 5 mai 2017 qui précise les missions de la maîtrise d'œuvre dans le cadre d'un marché de conception-réalisation.

LES CONDITIONS DE RECOURS À LA CONCEPTION-RÉALISATION CLASSIQUE

Après l'adoption de la loi ÉLAN dont l'article 69 a été repris à l'article L. 2171-2 de l'ordonnance du 26 novembre 2018 relative à la partie législative du Code de la commande publique, trois types de motivations sont recevables pour justifier le recours à un marché de conception-réalisation :

1. Lorsque des motifs d'ordre technique intrinsèques à l'ouvrage doivent rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.

Sont concernées :

– les opérations pour lesquelles la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la réception, la réalisation et la mise en œuvre (une usine de traitement des déchets par exemple) ;

– les opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises.

 **NOTA : Le motif technique doit apparaître dans l'avis d'appel à la concurrence ou le règlement de consultation.**

Ce sont les caractéristiques intrinsèques de l'opération qui doivent être prises en compte par le maître d'ouvrage.

Il faut observer que la jurisprudence est restée particulièrement restrictive dans l'appréciation de ce critère (cf. TA Caen 23 janvier 2014, req. n° 1300604 ; CAA Nantes 16 octobre 2018).

2. Lorsqu'un engagement contractuel, sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique, est exigé (décret n° 2011-1 000 du 25 août 2011 confirmé par le décret n° 2016-360 du 26 mars 2016).

Si le marché de conception-réalisation fondé sur l'efficacité énergétique semble bien être cantonné aux opérations de réhabilitation de bâtiments existants, et cela même si dans un jugement récent, le tribunal administratif de Nantes admet le recours à un tel marché pour des constructions nouvelles (TA Nantes 2 mars 2017, req. n° 149222).

3. Lorsqu'une construction neuve dépasse la réglementation thermique en vigueur (article L. 2171-2 du Code de la commande publique). C'est une nouveauté apportée par la loi ÉLAN. Les maîtres d'ouvrage soumis à la loi MOP peuvent recourir librement aux marchés de conception-réalisation pour la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur. Il sera donc possible désormais pour un maître d'ouvrage public de solliciter, dans son cahier des charges, ce type d'obligation pour recourir librement à un marché de conception-réalisation.

Par ailleurs, le recours sans motivation aux marchés de conception-réalisation est acté désormais de manière pérenne pour tous les bailleurs sociaux. Il ne s'agit donc plus d'un dispositif expérimental comme c'était le cas précédemment.

Les CROUS peuvent, quant à eux, recourir librement à la conception-réalisation à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2021, comme cela résulte de la rédaction de l'article 69 de la loi ÉLAN.

L'article 19 de la loi ÉLAN déverrouille lui aussi le recours à la conception-réalisation pour les opérations de construction ou de réhabilitation portant sur les ouvrages nécessaires à l'organisation des jeux olympiques et paralympiques de 2024.

 **NOTA : Différentes dérogations, instaurées depuis le début des années 2000, ont été reprises dans l'article L 2171-4 du Code de la commande publique sous l'appellation de marchés sectoriels et permettent de recourir aux marchés de conception-réalisation sans motivation particulière.**



Exemple de conception-réalisation : le pôle de chirurgie ambulatoire de la Pitié-Salpêtrière de l'APHP

Architecte : TLR Architecture – © Augusto Da Silva

En somme, l'entrée en vigueur de la loi ÉLAN a facilité le recours à la conception-réalisation de deux manières :

De façon sectorielle : il est dorénavant possible pour les acheteurs soumis à la loi MOP de recourir à la de conception-réalisation sans qu'il ne soit nécessaire de justifier de motivations d'ordre technique ou d'un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique comme l'exige en principe l'article L. 2171-2 du CCP :

1. Pour les organismes de logements sociaux dans le cadre de la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques (initialement possible jusqu'au 31 décembre 2013 puis 31 décembre 2018).

2. Pour les opérations de construction ou de réhabilitation portant sur les ouvrages

nécessaires à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.

3. Pour l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques (dans ce cas, il est également possible de recourir à une mission globale portant sur la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation), et ce, de façon temporaire jusqu'au 31 décembre 2022.

De façon ouverte : selon l'article L. 2171-2 du CCP reprenant l'article 18 de la loi MOP, tel que modifié par la loi ÉLAN, il est désormais possible pour tous les acheteurs soumis à la maîtrise d'ouvrage publique de recourir à la conception-réalisation, pour la « construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur ».

Ainsi, alors que le **recours au marché de conception-réalisation** était auparavant seulement envisageable « *lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique* », la loi **ÉLAN étend désormais cette possibilité à la « construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur »** ce qui induit les **implications suivantes** :

- L'ouverture de ce contrat à la construction neuve lui fait perdre son caractère dérogatoire et rend ce contrat plus attrayant pour l'acheteur public.

- Cette ouverture offre ainsi à l'acheteur public un choix plus large en matière de contrat selon s'il souhaite simplement acquérir un bâtiment ou acquérir un bien en confiant également au titulaire une mission de maintenance ou d'exploitation (recours au marché global de performance).

Enfin, il faut relever que la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 incitait déjà les États membres à permettre aux acheteurs publics de conclure leurs marchés de travaux soit de façon séparée soit de façon conjointe pour la conception et l'exécution des travaux, le considérant n° 8 de la directive précisant en effet que :

« Cependant, eu égard à la diversité des marchés publics de travaux, **il convient que les pouvoirs adjudicateurs puissent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour la conception et l'exécution des travaux.** La présente directive ne vise pas à prescrire une passation séparée ou conjointe ».

MODES DE PASSATION

Les marchés de conception-réalisation peuvent être passés selon les procédures ci-dessous :

Un échange sur le cahier des charges étant fructueux pour passer cette commande globale, dans le cadre d'un appel d'offres restreint, la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif sont donc préférables. La MIQCP (Mission Interministérielle de la Qualité de la Construction Publique) estime que la procédure d'appel d'offres n'est pas souhaitable en processus de conception-réalisation.

Pour les seuils formalisés, la conception-réalisation implique la désignation d'un jury par l'acheteur qui dresse un PV d'examen des candidatures et des prestations d'audition des candidats et formule un avis motivé.



Résidence Les Héliades à Nantes

© Philippe Ruault – Architecte : Barré Lambot Architecte

Procédures applicables en conception-réalisation

Procédure	MAPA	AO restreint	Procédure avec négociation	Dialogue compétitif
Seuil	0-5 548 000 €	≥ 5 548 000 €	≥ 5 548 000 €	≥ 5 548 000 €
Modalités d'application	Le maître d'ouvrage peut librement fixer les modalités de la procédure en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire notamment. Le maître d'ouvrage peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre.	Les marchés de conception-réalisation peuvent être passés selon la procédure de l'appel d'offres restreint pour les maîtres d'ouvrage.	Un maître d'ouvrage public peut également pour passer un marché de conception-réalisation utiliser la procédure avec négociation. La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre.	Il doit alors s'agir d'un marché complexe remplissant l'une au moins des deux conditions suivantes : – le maître d'ouvrage n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins – le maître d'ouvrage n'est pas objectivement en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

MODES D'EXÉCUTION

Les étapes dans la mise en œuvre d'un marché de conception-réalisation

1. Élaboration d'un programme complet et précis en concertation avec les utilisateurs par le maître d'ouvrage.
2. Mise en place d'une équipe projet (comprenant les différents acteurs internes, et éventuellement externes, avec leurs rôles et leurs missions). **Le programme constitue la base de la consultation des candidats.**
3. Constitution d'un jury pour statuer sur les candidatures et les offres. Le jury arrête lui-même sa méthode de travail et organise les auditions en respectant les grands principes de la commande publique dont celui de l'égalité de traitement. Il doit veiller à la protection du secret des affaires dans les propositions qui lui sont remises par les candidats.
4. Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir.
5. Au vu de cet avis motivé, le maître d'ouvrage arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations et leur remet gratuitement les pièces nécessaires à la consultation.
6. Remise d'un avant-projet sommaire en bâtiment ou un avant-projet en infrastructure accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage par le candidat.
7. Audition des candidats. Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.
8. Attribution du marché au vu de l'avis du jury. Préalablement à l'attribution du marché, le maître d'ouvrage peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres des candidats sans que celles-ci modifient des éléments



Autre exemple de Marché de conception-réalisation – la piscine de Dampierre en Burly (45)

Architecte : Octant en conception avec V+C en architecte d'exécution – © TDR

fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

La phase d'exécution du marché se décompose en deux temps : la réalisation des études conduisant à la constitution du dossier de demande de permis de construire et l'exécution des travaux.

Quelles sont les conditions d'une bonne programmation ?

Le maître d'ouvrage peut s'entourer :

- d'un programmiste ;
- d'un assistant maître d'ouvrage ;
- ou se faire assister par un maître d'ouvrage délégué faisant partie de l'équipe projet en charge du pilotage des différentes phases de la procédure.

L'équipe projet veille à ce que le programme, pièce essentielle de la consultation, soit complet, précis et définitif, en concertation avec les utilisateurs. Toute insuffisance dans la définition des besoins doit ainsi être proscrite. Elle définit des exigences quantifiées et vérifiables.

L'équipe projet se doit d'assurer une analyse fonctionnelle technique architecturale et économique rigoureuse afin d'éviter toute dérive en matière de coût et de délai lors de l'exécution des travaux. Des études préalables géotechniques sérieuses doivent permettre aux opérateurs économiques de s'engager sur une estimation définitive du coût des travaux intégrant les sujétions d'adaptation au sol.

Cette équipe a bien entendu pour mission d'assurer également le suivi des études et des travaux. À cet effet, elle contrôle rigoureusement la conformité entre le programme et les études de conception, ainsi que les documents de synthèse et d'exécution.

Quelles sont les principales caractéristiques d'un groupement concepteur-réalisateur ?

En bâtiment, un groupement concepteur-réalisateur doit être constitué pour répondre à la consultation et ensuite exécuter le marché s'il en est déclaré attributaire.

Le maître d'ouvrage peut demander la décomposition précise des tâches dans le groupement. Une convention définit les modalités de fonctionnement du groupement, précise les interventions et prestations de chacun des membres et définit les relations des membres entre eux dans le cadre du marché à intervenir avec le maître d'ouvrage. Les membres du groupement ont la qualité de co-traitants vis-à-vis du maître d'ouvrage. L'un d'eux est désigné mandataire.

La répartition des missions de maîtrise d'œuvre doit être décrite, certaines pouvant être assumées par l'entreprise (études techniques, synthèse, OPC).

Peut-on associer la maintenance et/ou l'exploitation à un marché de conception-réalisation ?

Attention ! La procédure de conception-réalisation ne permet pas à un maître d'ouvrage public d'associer la conception, la construction et l'entretien ou la maintenance dans le même marché. Toutefois, l'article 5 de la loi Grenelle I du 3 août 2009 dispose que le contrat de performance énergétique est un marché qui associe *préférentiellement* la conception la réalisation, l'exploitation ou la maintenance.

Pour permettre cette démarche, l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique (anciennement art. 33 de l'ordonnance de juillet 2015) a mis en place une nouvelle catégorie de marché public : les marchés globaux de performance (MGP), qui répondent pleinement à cette approche globalisée.

Les maîtres d'ouvrage publics devront donc déterminer leurs besoins pour opter pour l'une ou l'autre de ces procédures.

ARRÊT COMMENTÉ

Sur l'indépendance des membres du jury et le risque de conflit d'intérêts, le TA de Cergy-Pontoise a pu être amené à prononcer la résiliation d'un marché de conception-réalisation du fait que le mandataire du groupement titulaire du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage, qui a exercé une influence déterminante sur



Un exemple de conception-réalisation : l'école maternelle et élémentaire Chengdu de Montpellier – Vue extérieure I

© Julien Thomazo

la définition par le pouvoir adjudicateur de ses besoins et sur la procédure de passation du marché, possède des liens passés et actuels avec les membres du groupement attributaire.⁽¹⁾

Voir dans le même sens très récemment un arrêt du Conseil d'État du 15 mars 2019, req. n° 413584.

Il faut observer que la jurisprudence est restée particulièrement restrictive dans l'appréciation de ce critère.

TA Caen 23 janvier 2014, req. n° 1300604 ;
TA Rennes 26 juin 2014, req. n° 1300799 ;
CAA Nantes 7 décembre 2016, req. n° 14NT02302 ;
CAA Nantes 16 octobre 2018, req. n° 17NT01596.

(1) TA Cergy-Pontoise, 6 novembre 2018, SpA Passavant Impianti et a., req. n° 1506515.



L'école maternelle et élémentaire Chengdu de Montpellier – Vue extérieure 2

© Julien Thomazo



Les avantages du marché de conception-réalisation

- **Implication de l'entrepreneur**, en amont dans la réalisation des études d'avant-projet et de projet, en collaboration avec un architecte lorsqu'il s'agit de bâtiment, ou seul lorsqu'il s'agit d'infrastructure, effectuées sur la base d'un programme fonctionnel détaillé établi par le maître d'ouvrage.
- **Optimisation de l'offre sur les plans financier, technique et environnemental**. Cette optimisation consiste, par exemple, à proposer des solutions d'économie, de meilleure fonctionnalité ou d'amointrissement des impacts environnementaux. Elle peut aussi bien concerner la construction elle-même, ainsi que sa future maintenance ou exploitation.
- **Gain de temps**. Cela assure au maître d'ouvrage, du fait de la validation de l'offre par le groupement, **une conception à prix garanti** évitant les remises en cause qui ne manquent pas de se produire dans les marchés classiques.
- **Prix garanti** au moment de la remise de l'APS ou de l'avant-projet qui supprime le risque de consultation infructueuse tant préjudiciable au maître d'ouvrage.
- **Délai réel d'exécution garanti** à la remise de l'offre.
- **Simplification de la gestion contractuelle**.



La conception-réalisation : points clés

- Le recours sans motivation aux marchés de conception-réalisation est acté désormais de manière pérenne pour tous les bailleurs sociaux.
- Toute personne publique soumise à la loi MOP peut recourir à la conception-réalisation pour la construction neuve dès lors que la réglementation thermique en vigueur est dépassée.
- Les CROUS peuvent recourir librement à la conception-réalisation à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2021.
- Le recours à la conception-réalisation est libre pour les opérations de construction ou de réhabilitation portant sur les ouvrages nécessaires à l'organisation des jeux olympiques et paralympiques de 2024.
- Le recours au marché de conception-réalisation est justifié dans 3 situations principales :
 - Motif d'ordre technique (complexité technique).
 - Engagement contractuel sur un niveau de l'amélioration énergétique (amélioration de la performance énergétique).
 - Dépassement de la réglementation thermique pour les constructions neuves.

Parole d'experts...



© Emmanuelle Colboc et associés

Entretien avec Emmanuelle Dolboc, architecte et maître assistante à l'École nationale supérieure d'architecture de Paris-Belleville

La conception-réalisation vous paraît-il un outil pertinent ?

La conception-réalisation permet au maître d'ouvrage de gagner du temps puisqu'il ne lance qu'une seule consultation au lieu de deux. Elle présente d'autres avantages : les candidats rendent un projet chiffré et s'engagent sur les délais. Il est donc sécurisé sur l'aboutissement de son projet.

Et du point de vue de l'architecte ?

J'y vois d'abord la possibilité de construire un projet, ce qui n'est pas le cas avec le séquençage

découlant de l'appel d'offres classique : le maître d'ouvrage définit en amont son besoin, le maître d'œuvre est maître à bord sur la qualité architecturale et la qualité d'usage. Il est associé aux choix et donc aux compromis qui sont faits. Le projet étant calé avant le démarrage du chantier, celui-ci se déroule beaucoup mieux. J'y vois aussi la possibilité d'expliquer mon projet oralement et de répondre aux questions du jury. C'est très important pour moi.

Logement social, 25 opérations en conception-réalisation, septembre 2017.

Entretien avec Thierry Roche architecte urbaniste, fondateur et gérant de l'atelier Thierry Roche et Associés, et co-président de Solère⁽²⁾



© Thierry Roche et associés

Quelles conditions pour une conception-réalisation réussie ?

La conception-réalisation peut apporter une réponse très intéressante mais à plusieurs conditions. En premier lieu, il faut que le maître d'ouvrage fixe une règle du jeu et rémunère correctement ses partenaires car ce type de marché nécessite une prise de risque et un investissement important, humain et financier. Ensuite, il faut une gouvernance qui fonctionne : les parties prenantes du triptyque constitué du maître d'ouvrage, du maître d'œuvre et de l'entreprise doivent, malgré leurs besoins et vision respective de l'organisation du projet, s'inscrire dans une même finalité : la réussite de l'opération. Pour cela, chacun doit participer à la solution plutôt qu'entretenir les problèmes, s'inscrire dans une

volonté de bien contractualiser. Cela se traduit concrètement pas de l'empathie, du partage, du plaisir et de la confiance entre les membres de l'équipe.

Au regard de votre expérience, quelles sont les vertus de la conception-réalisation ?

Cet outil doit permettre de faire mieux que dans le cadre d'un appel d'offres classique. Le maître d'ouvrage choisit ce marché pour que l'équipe de conception-réalisation lui délivre un ouvrage de qualité à un prix et dans un délai garantis. Ce cadre contraint stimule donc avant tout l'intelligence collective de l'équipe et l'invite à imaginer des solutions innovantes, dans le respect de la qualité architecturale, qui en France est heureusement déclarée d'utilité publique. Mais aussi vertueux soit-il, j'observe que cet outil risque aujourd'hui d'être perverti.

(2) Premier pôle de compétences environnementales dédié à l'habitat en France.

Exemples de contrat de conception-réalisation

I. Conception-réalisation pour la construction de 48 logements collectifs locatifs en appel d'offres restreint

Conception-construction de 48 logements collectifs sociaux sur 5 étages et 2 niveaux de sous-sol dans une future ZAC. Le quota de 5 % de places handicapées est à respecter. La surface de plancher à atteindre est de 3 413 m².

Enveloppe prévisionnelle maximale globale de l'opération fixée à 4 500 000 € HT.

Procédure : Appel d'offres restreint

Le projet doit atteindre les performances RT 2012 a minima et être réalisé dans l'esprit d'une démarche volontaire HQE.

L'attention du Maître d'Œuvre est en particulier attirée sur la nécessité d'intégrer, dès la phase esquisse, toutes les contraintes relatives à la réglementation thermique, la sécurité incendie, l'accessibilité handicapés, la réglementation acoustique, la réglementation sanitaire et toute nouvelle réglementation.

1) Jugement des offres

Composition du jury de conception-réalisation :

Le jury est composé des membres suivants : le président du jury, trois administrateurs, collègue de 3 maîtres d'œuvre de la mairie qui ont une voix délibérative.

Critères de sélection

1. prix de la prestation : 25 %
2. caractère esthétique : 25 %
3. caractère fonctionnel : 25 %
4. délai : 15 %
5. Performances en matière d'insertion sociale : 10 %

Détail relatif au prix des études et travaux

Coût global 15 points : (coût global/coût global proposé) x 15

Coût au m² 10 points : (coût au m² le plus bas/coût m² proposé) x 10

Note coût global sur 15 points + coût m² sur 10 points = note du candidat sur 25

Détail relatif au caractère esthétique

Note sur 25 attribuée par le jury de conception-réalisation.

Détail relatif au caractère fonctionnel

Note sur 25 attribuée par le jury de conception-réalisation en fonction de l'organisation de la résidence, la qualité et le confort de la résidence, son coût de fonctionnement.

Détail relatif au délai d'exécution

Délai de conception-réalisation le plus court/délai proposé x 15 = note du candidat

Détail relatif aux Performances en matière d'insertion sociale

En fonction des :

- Volumes d'heures d'insertion proposés.
- Modalités d'intégration dans l'entreprise.
- Dispositions pour la pérennisation de l'emploi dans l'entreprise ou le secteur d'activité.
- Modalités de suivi socio-professionnel des personnes en insertion.

Critère d'exécution

L'entreprise qui se verra attribuer le marché devra réaliser une action d'insertion qui permette le retour à l'accès ou le retour à l'emploi des personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières. Le nombre minimum est fixé dans le CCAP. Ce nombre pourra être modifié selon la proposition du candidat.

Cela consiste pour l'attributaire retenu à réserver une part du temps total de travail nécessaire à l'exécution de son marché à une action d'insertion.

La note zéro attribuée à un des 5 critères est éliminatoire.

2) Prime

Le montant de la prime pour chaque groupement est fixé à 25 000 euros HT.

3) Programme technique

Chauffage – Gestion des énergies

Fournir une étude de faisabilité des approvisionnements en énergie justifiant le choix du système de chauffage.

La conception du bâti et des espaces extérieurs doit apporter des réponses opérationnelles aux exigences de qualité et à la volonté de s'inscrire dans une démarche d'habitat durable. Elle intègre les contraintes et les atouts du climat méditerranéen.

L'équipe de conception a la préoccupation d'apporter confort aux habitants hiver comme été, et de limiter l'impact environnemental de la construction en matière d'émission de gaz à effet de serre, de gestion des eaux pluviales et de biodiversité.

Les projets devront être a minima conformes à la réglementation thermique 2012 ; l'équipe de conception fera des propositions pour dépasser la réglementation et tendre vers un bâtiment passif ou positif.

Pour atteindre ces performances, sera privilégiée l'approche bioclimatique pour bénéficier des

apports d'énergie gratuits et limiter les facteurs de surchauffe nuisibles au confort d'été.

Les équipements de production de chauffage et d'eau chaude sanitaire privilégieront les énergies renouvelables si nécessaire ; seront systématiquement étudiées les solutions solaires thermiques, le bois, les pompes à chaleur et le gaz. Les équipements choisis seront performants et adaptés à l'opération (rendement, taille de chaudière, type d'émetteur...).

La conception des bâtiments devra prendre en compte la qualité de l'air dans les logements en minimisant la présence de produits reconnus nocifs pour la santé des usagers, notamment solvants.

Gestion de l'eau

L'imperméabilisation minimale des sols sera recherchée en privilégiant une gestion alternative.

Avant le dépôt du permis de construire, l'étude thermique et, pour les opérations > 1 000 m² de surface de plancher, l'étude de faisabilité technique et économique des diverses solutions d'approvisionnement en énergie de la construction seront remises au maître d'ouvrage.

Le choix des matériaux sera déterminé par leurs spécificités techniques, leurs coûts et leurs aspects mais aussi par la proximité de leur production, leur qualité sanitaire et leur maintenance future.

2. Conception-construction d'un Groupe Scolaire 12 classes implanté sur une ZAC en procédure adaptée de type restreint avec négociation

Marché de conception-réalisation en vue de la construction neuve d'un groupe scolaire de 12 classes

Montant : 4,3 M€ HT

Durée du marché : 30 mois.

Surface 2,134 m²

Procédure adaptée de type restreint avec négociation

Le marché comprend la réalisation d'un réfectoire, de salles de motricité et de polyvalence

ainsi que l'aménagement des cours de récréation (maternelle et élémentaire), les aires de services et parking. Il comprend également les travaux de voiries et réseaux divers pour l'aménagement de l'ensemble des espaces extérieurs sur la parcelle du groupe scolaire.

Tous ces équipements font partie intégrante du quartier qui accueillera à terme 1 750 logements de tous types, 2 500 m² de commerces de proximité, 5 000 m² de bureaux et services ; mais également des équipements publics tels qu'un

parcours sportif, des placettes et aires de jeux et 10 hectares de parc aménagé.

1) Sélection des candidats

Le candidat devra produire à l'appui de sa candidature :

– L'architecte, le BET Thermique et l'entrepreneur devront présenter un dossier chacun, comportant les réalisations livrées lors des 5 dernières années parmi celles présentées dans la liste des principales réalisations, avec en outre la description sommaire de l'opération, des photos et des perspectives.

– Ils devront présenter une note de présentation de l'équipe, abordant les moyens de chacun des membres ainsi que le niveau de qualification des personnes employées (moyens globaux du candidat et moyens qui seront affectés à l'opération). Les C.V. des principales personnes intervenant directement dans le projet seront annexés.

– Ils devront présenter une note méthodologique contenant la description de la méthodologie de travail du groupement en interne et avec le maître d'ouvrage, ainsi que la répartition des missions entre les membres du groupement, et la description du mode de représentation et d'intervention locales pour l'ensemble des composantes du groupement, et ceci au cours des phases de conception et d'exécution.

2) Jugement des offres

Le pouvoir adjudicateur choisira l'offre économiquement la plus avantageuse à l'issue d'un classement selon les critères pondérés suivants :

– **Critère n° 1** : évaluation des projets, pondéré à 60 %.

– **Critère n° 2** : Prix des prestations, pondéré à 40 %.

La méthode de notation est la suivante :

Critère n° 1 : évaluation des projets, pondéré à 60 %

La note obtenue est la somme des notes pondérées obtenues pour chacun des critères

d'évaluation des projets. La somme sur 10 points sera affectée du coefficient de pondération de 0,60.

a. Sous-critère n° 1.1 : le respect du programme tant sur ses aspects fonctionnels que sur ses aspects techniques.

Le sous-critère n° 1.1 donnera lieu à l'attribution d'une note sur 10 points qui sera affectée d'un coefficient de sous-pondération de 0,40.

b. Sous-critère n° 1.2 : le respect de l'enveloppe financière ainsi que l'engagement sur son respect dans la durée du contrat.

Le sous-critère n° 1.2 donnera lieu à l'attribution d'une note sur 10 points qui sera affectée d'un coefficient de sous-pondération de 0,30.

c. Sous-critère n° 1.3 : l'insertion urbaine et le fonctionnement dans le quartier.

Le sous-critère n° 1.3 donnera lieu à l'attribution d'une note sur 10 points qui sera affectée d'un coefficient de sous-pondération de 0,30.

La note obtenue pour le critère n° 1 est la somme des notes pondérées obtenues pour chaque sous-critère. Le résultat est affecté du coefficient de pondération de 0,60.

Critère n° 2 : Prix des prestations, pondéré à 40 %

Le prix global et forfaitaire proposé sera pris en considération.

Une note sur 10 points sera obtenue par application de la formule suivante :

$$\text{Note (sur 10)} = 5 \times [1 - A/(1 + |A|)]$$

Avec :

$$A = 10 (P_o - P_m)/P_m$$

P_o : prix de l'offre

P_m : prix moyen des offres

|A| valeur absolue de A

La note sur 10 points sera affectée d'un coefficient de 0,40.

La note globale du candidat est obtenue en additionnant les notes pondérées obtenues pour chacun des deux critères d'attribution.

3) Modalités d'organisation de l'anonymat des projets

En ce qui concerne l'offre initiale, les prestations contenues dans le pli adressé au pouvoir adjudicateur seront rendues anonymes par les candidats.

Le respect de l'anonymat des prestations est assuré dans les conditions suivantes : lors de l'ouverture des plis contenant le projet, le gestionnaire de l'anonymat est chargé de vérifier le respect de l'anonymat.

Si le gestionnaire de l'anonymat constate que l'anonymat n'est pas respecté totalement, il prend toute mesure appropriée pour le rendre effectif jusqu'à l'avis de classement des projets du jury.

Pour préserver l'anonymat, le gestionnaire de l'anonymat conserve l'enveloppe comportant l'offre de prix.

Les deux enveloppes constitutives de l'offre doivent être achetées et porter les mentions suivantes :

Enveloppe n° 1 : Enveloppe n° 1 – projet anonyme
Enveloppe n° 2 : Enveloppe n° 2 – offre de prix

4) Indemnisation des candidats

Chaque groupement admis à soumissionner et ayant remis une offre conforme recevra une prime de 40 000 € HT.

5) Projet paysager

Les espaces publics du projet et les cœurs d'îlots plantés seront supports de mise en œuvre des continuités biologiques et de régulation hydraulique. Ils sont de plusieurs types et mettent également en scène des éléments du paysage existants. Ils participent au modelage du nouveau paysage du quartier et s'inscrivent dans la continuité de l'environnement :

- Les zones réservoirs.
- Les corridors écologiques.
- Les corridors paysagers.
- Les pas japonais.

À cette trame verte, vient s'ajouter la trame bleue présente sous différentes formes. En effet on trouve : le cours d'eau, les bassins de rétentions, les noues et les pièges à eau. Étant donné les caractéristiques des événements pluvieux de la région (importante quantité d'eau qui s'écoule en très peu de temps) ces ouvrages seront le plus souvent secs. Ces surfaces vertes sont aussi des supports pour la biodiversité et notamment pour la faune et flore des milieux ponctuellement humides.

La biodiversité se retranscrit également dans la variété des palettes végétales à toutes les échelles du quartier. Celles-ci ont été élaborées en fonction de leur situation géographique, leur exposition solaire, leur usage, ainsi que par rapport à la trame végétale existante. Différentes palettes correspondent à différentes ambiances du quartier. Les palettes seront composées de plantes locales.

3. Conception-réalisation pour la réhabilitation et la rénovation énergétique de 490 logements répartis sur trois sites en dialogue compétitif

Nombre d'opérateurs envisagé : 3.

Procédure de Dialogue compétitif.

Critères objectifs de limitation du nombre de candidats :

1. garanties et capacités techniques et financières ;
2. capacités professionnelles ;
3. adéquation des moyens au projet.

1) Critères d'attribution

Offres économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères énoncés ci-dessous.

1. prix - Pondération : 40.
2. valeur technique du dossier technique se décomposant en sous critère :- Pondération : 45.
3. valeur technique du dossier technique se décomposant en sous critère :

– sous critère 1 : projet architectural et technique proposé (qualité du dossier, exhaustivité des solutions, réponse aux objectifs de performance énergétique et aux besoins énoncés) – Pondération : 25.

4. valeur technique du dossier technique se décomposant en sous critère :

– sous critère 2 : valeur organisationnelle de la mission (méthodologie de gestion des nuisances, des travaux en site occupés, maintien des locataires dans leur logement au cours des travaux, prise en charge de la problématique amiante – Pondération : 15.

5. valeur technique du dossier technique se décomposant en sous critère :

– sous critère 3 : la méthodologie de vérification des résultats sur lesquels l'entreprise s'est engagée et les actions correctives envisagées en cas de non-respect des exigences – Pondération : 5.

6. logique de planification et délais détaillés par phase (conception, travaux, suivi) – Pondération : 10.

7. le coût global d'utilisation (rentabilité, durabilité des solutions, temps de retour sur investissement, etc.) – Pondération : 5.

Une prime sera versée aux candidats, son montant est fixé à 105 000 EUR (HT).

4. Marché de Conception-Réalisation pour la construction labellisé H&E d'environ 47 logements et la réhabilitation d'un ensemble immobilier de 100 logements en appel d'offres restreint avec intervention d'un jury

Montant total : 8 800 000 € HT (Construction neuve : 5 200 000 € HT – Réhabilitation : 3 600 000 € HT).

Appel d'offres restreint avec intervention d'un jury.

Ce marché est un marché ponctuel décomposé en 1 tranche ferme et 1 tranche conditionnelle.

Tranche ferme : Construction de l'ordre de 47 logements et réhabilitation de 100 logements comprenant la conception et la réalisation.

Tranche conditionnelle : amélioration du cadre de vie des occupants des bâtiments réhabilités par tous moyens dont la création d'ascenseurs ou l'ajout de surfaces complémentaires comprenant la conception et la réalisation.

Le marché comporte deux options :

– option 1 : Mise en œuvre d'un espace de jeux ;

– option 2 : Comptage individuel des logements réhabilités.

Les variantes ne sont pas autorisées.

Un mémoire environnemental, synthétisant et justifiant de façon descriptive, explicative et justificative les choix de conception.

Certification H&E demandée.

– Note décrivant les moyens mis en œuvre pour obtenir la certification H&E conformément au référentiel Cerqual. (Le candidat décrira notamment des moyens organisationnels, les revues documentaires et tout élément permettant d'atteindre la certification).

– Cadre de réponse « Profil H&E ».

– Une note spécifique chantier propre et un focus sur les aspects démolition au regard du référentiel de certification.

Un mémoire relatif à l'organisation de l'équipe et au mode de réalisation des travaux est demandé :

– Organisation de l'équipe de conception affectée au projet (le rôle et les prérogatives de l'architecte et de la composante de maîtrise d'œuvre y seront notamment détaillés).

– Titres d'étude et expérience professionnelle des personnes dédiées à l'opération.

– Organisation de l'équipe de réalisation affectée au projet.

– Articulation entre tous les acteurs pendant tout le déroulement de l'opération.

– Répartition des tâches et responsabilités de chaque membre du groupement.

Travaux de déconstruction

– Le mode de réalisation des travaux de déconstruction avec intégration des exigences liées au traitement des déchets et de leur valorisation, (quantitative et qualitative), la description des moyens mis en œuvre en vue de limiter les nuisances et prévenir des pollutions, la prise en compte des riverains sont demandés.

Un mémoire détaillant les dispositions prises pour assurer la réalisation des déconstructions et de la réhabilitation et notamment :

- la qualité de réalisation des prestations,
- l'information et la prise en compte des nuisances aux riverains,
- l'information et la prise en compte des nuisances aux locataires,
- la livraison des ouvrages (objectif zéro réserves),
- le mode de réalisation des travaux de réhabilitation en site occupé.

Pour les travaux de construction neuve, un mémoire détaillant les dispositions prises pour assurer la réalisation de construction neuve est demandé :

- mode de réalisation des travaux de construction neuve avec la description des moyens mis en œuvre en vue de limiter les nuisances et prévenir des pollutions, la prise en compte des riverains,
- les dispositions prises pour assurer la qualité de réalisation des prestations,
- les prestations mises en œuvre pour assurer la propreté des chantiers,
- les dispositions prises pour assurer la livraison des ouvrages (objectif zéro réserves).

Plan chantier vert

Reprenant notamment :

- La phase déconstruction, et notamment le mode de valorisation des déchets.
- Les Plans d'installation de chantier avec la ou les base(s) vie : documents produits par phase (terrassement, Gros œuvre, corps d'états secondaires) et le levage.
- Les moyens mis en œuvre pour un chantier à faible nuisance.

Ordonnancement des travaux et calendrier d'exécution

- Calendrier de l'opération détaillant les enchaînements des phases (études et travaux) distinguant les phases d'intervention.
- Enchaînement des tâches élémentaires pour les travaux de réhabilitation en site occupé.

Gestion de la relation locataire

Un mémoire définissant la gestion de la relation locataire est demandé :

- Définissant les procédures mises en œuvre pour assurer la gestion harmonieuse des travaux de réhabilitation. Sera détaillé le processus mis en œuvre pour accompagner le locataire pendant les travaux.
- Communication.

Dispositions relatives à l'animation du site et à la communication. Reprenant notamment :

- Prestations mises en œuvre pour les réunions publiques.
- Prestations mises en œuvre pour les premières pierres.

Critères d'attribution

Le marché sera attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères avec leur pondération, définis comme suit :

Qualité architecturale et paysagère : 300 points

Construction neuve : 200 points

Réhabilitation : 100 points

Qualité de l'organisation de production : 150 points

Qualité et prérogatives de la composante de maîtrise d'œuvre : 30 points

Organisation et planning de réalisation construction neuve : 20 points

Gestion de la relation locataire : 50 points

Planning et séquençage des travaux de réhabilitation 50 points

Qualité technique : 150 points

Prestations mises en œuvre en construction neuve : 100 points	Prix de la surface habitable construction neuve : 100 points
Prestations mises en œuvre en réhabilitation : 50 points	Montant des travaux de réhabilitation : 100 points
Qualité environnementale : 100 points	Plan de financement neuf et réhabilitation (dont CEE et TFPB) : 100 points
Qualité de la démarche environnementale proposée : 20 points	TOTAL 1 000 points
Performance énergétique : 80 points	Une prime d'un montant maximal de 40 000 euros HT sera versée à chaque candidat ayant remis une offre.
Qualité financière : 300 points	

Autres exemples de cahiers des charges :

www.egfbtp.com/reglementation-et-contrats-types/base-documentaire-conception-realisation

Le marché global de performance

PRÉSENTATION

Le marché public global de performance (MGP) associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations dans le but 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. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables. Le MGP remplace les anciens CREM et REM (conception-réalisation entretien maintenance et

réalisation entretien maintenance) en reprenant les mêmes structures. Toutefois, les MGP présentent une différence importante par rapport aux CREM : ils permettent la séparation des fonctions de maître d'œuvre et d'entrepreneur, même en l'absence de motifs techniques ou d'amélioration de la performance énergétique. Créés par l'article 73 du Code des marchés publics, les anciens CREM et REM comprenaient une globalisation des prestations, c'est-à-dire l'association de plusieurs missions dans le même contrat, mais cette globalisation était subordonnée à des engagements de performances énergétiques mesurables.



Exemple de MGP – le lycée Léon Blum du Creusot

© C3B – « TRIA Architectes »

 **NOTA : les prestations d'un MGP ne supposent pas nécessairement des travaux. Elles peuvent avoir pour objet aussi bien un ouvrage immobilier qu'un système informatique ou des moyens de transport.**

Le marché global de performance peut déroger à la loi MOP pour la réalisation d'ouvrages publics, même en l'absence de motifs d'ordre techniques ou d'amélioration de l'efficacité énergétique, dès lors que la présence d'engagements de performance mesurables est satisfaite (cf. DAJ Fiche technique « Allotissement et contrats globaux », p. 8).

Il n'est désormais donc plus nécessaire de démontrer que cette association est rendue obligatoire compte tenu de motifs d'ordre technique - dont on sait qu'ils sont rarement retenus par le juge administratif - ou de la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, comme dans le cas plus restreint d'un contrat de performance énergétique (CPE). **Ainsi, il suffit de démontrer des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service ou d'incidence écologique chiffrés pour pouvoir recourir à un tel marché** alors qu'auparavant le code des marchés publics ne visait que des « engagements de performance énergétique ». En somme, la référence aux « performances mesurables » offre à l'acheteur public des possibilités bien plus larges pour recourir à un tel marché puisque ces objectifs chiffrés de performance peuvent renvoyer à la qualité de service ou encore à l'incidence écologique du projet.

“La maintenance, on la gagne ou on la perd la première année d'exploitation. La gestion de cette interface est primordiale”

(Christophe Ribal, Directeur Activité Bâtiments chez Eiffage Concessions)

Dans le cadre des nouveaux marchés globaux de performance, l'entrepreneur peut ainsi, de manière plus souple, être associé à la conception pour la réalisation de travaux qui relèvent de la loi MOP, dès lors uniquement que des objectifs chiffrés de performance lui sont imposés, lorsqu'il s'agit d'un marché de conception-réalisation entretien et maintenance.

Cette liberté de choix est importante dans la mesure où elle fait du marché de performance une alternative au marché de partenariat, dans des cas où les conditions du recours à ce dernier ne sont pas réunies, ou si le donneur d'ordre ne veut pas de transfert de maîtrise d'ouvrage.

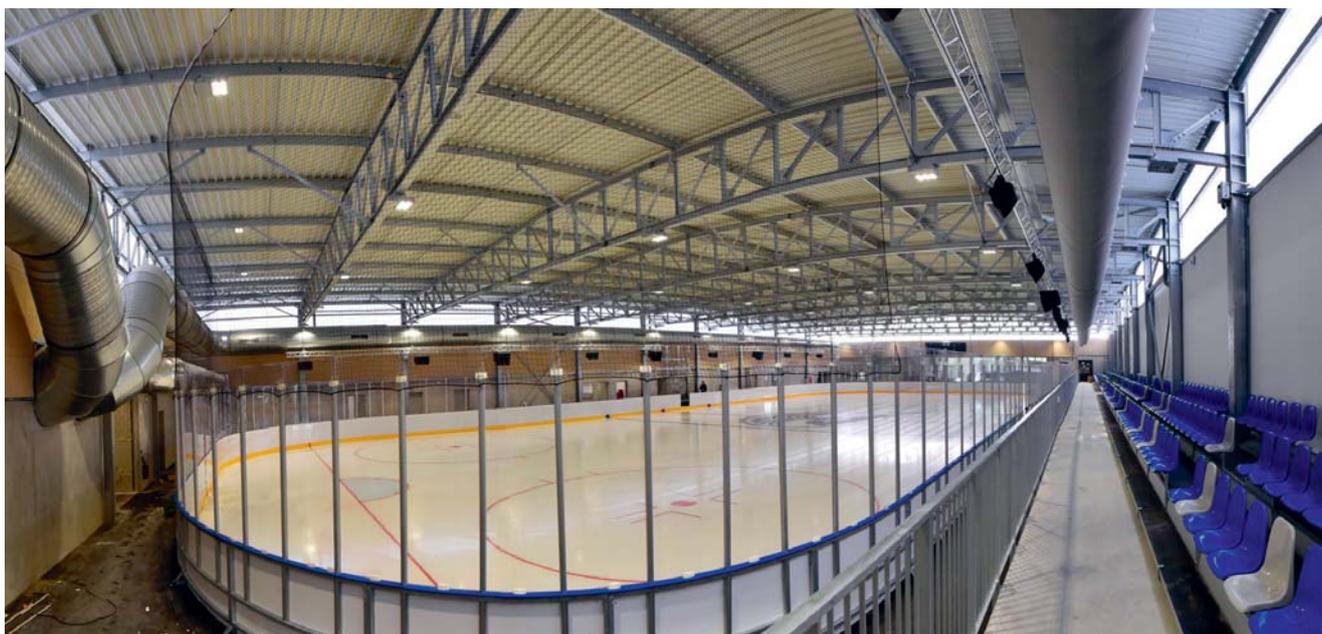
Les performances sont, aux termes de l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique (ex

article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015), des objectifs chiffrés « définis notamment en

termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique ». Le terme utilisé « notamment » laisse une très grande liberté de choix de la performance au maître d'ouvrage.

 Attention ! Ils doivent faire l'objet d'une formulation permettant de les chiffrer afin d'objectiver la mesure des services attendus. Ces objectifs doivent reposer sur des valeurs pertinentes et durables.

 **NOTA : La rencontre de la globalité et de la performance traduit concrètement une évolution importante dans les relations entre l'acheteur public et son prestataire. La relation se fait plus partenariale avec une coopération qui s'organise au sujet de la définition du projet.**



Autre exemple de MGP – la patinoire de Nîmes

© Marie-Caroline Lucat – Architectes : BVL Arnaud Bouet mandataire C+D Nicolas Cregut



TEXTES EN VIGUEUR

Le marché global de performance est défini à l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique (ex article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

L'article R. 2171-2 du Code de la commande publique indique 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. Les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée dans le marché.

L'article R. 2171-3 du Code de la commande publique dispose que l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché pour attribuer le marché global de performance.

CONDITIONS DE RECOURS

Aucune motivation n'est requise pour justifier le choix de recourir à un MGP. Il s'agit là d'une évolution considérable par rapport au marché unique et à la conception-réalisation (hors bailleurs sociaux et CROUS jusqu'en 2021), deux modes qui nécessitent des motivations précises en amont.

Le MGP peut être utilisé dans tous les secteurs d'activité de la commande publique. Dans le bâtiment, comme dans les travaux publics, aucune exigence n'est demandée en ce qui concerne la nature du bâtiment ou de l'ouvrage, son importance ou son éventuelle complexité. À ce titre, le MGP se distingue fortement des anciens contrats de performance énergétique (CPE) qui, pour leur

part, étaient limités à la seule performance énergétique (pour les CPE, cf. chapitre 7).

La personne publique doit néanmoins rédiger contractuellement des objectifs chiffrés de performance, imposés à l'entrepreneur, dans son cahier des charges pour pouvoir recourir au MGP. Le contrat doit donc prévoir des objectifs de performances ainsi qu'une clause prévoyant un mécanisme de pénalisation lorsque ceux-ci ne sont pas atteints. Comme mentionné en introduction, l'opérateur est tenu de remplir des engagements de performance mesurables définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique, d'incidence écologique, etc.



NOTA : la définition des objectifs de performance doit faire l'objet d'une formulation permettant de les chiffrer afin d'objectiver la mesure des services attendus. Ces objectifs doivent reposer sur des valeurs pertinentes et mesurables.

Ces « engagements de performances mesurables » peuvent dès lors consister à :

- Déterminer la performance à atteindre (10, 20, 30 % d'économies au regard d'une situation de référence).
- Arrêter les investissements à réaliser pour parvenir à un tel résultat.
- Stipuler que cette performance devra être garantie par le cocontractant sous peine de sanctions/bonus si la performance constatée est inférieure/supérieure à celle contractualisée.



RECONSTRUCTION DES ECOLES T. CRAPET ET R. SALENGRO - HAUBOURDIN

VUE SUR LA COUR DE RECREATION MATERNELLE

Autre exemple de MGP : la reconstruction des écoles Crapet et Salengro à Haubourdin – Vue générale (trophée de la commande publique 2018 catégorie achats durables)

© Relief architecture

À cet égard, il est notable que par un décret du 9 mai 2017 dit « décret tertiaire »⁽¹⁾, des objectifs précis de réduction de consommation d'énergie ont été imposés pour environ la moitié du parc tertiaire public et privé français d'ici à 2020.

• On assiste ainsi avec l'entrée en vigueur de la loi ÉLAN et du CCP à une extension du champ d'application du marché global de performance.

PASSATION

1) MAPA

Le MGP peut être passé en procédure adaptée (MAPA) et donc librement négociée sous le seuil européen de passation des procédures

(1) Décret n° 2017-918 du 9 mai 2017 relatif aux obligations d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments existants à usage tertiaire.

formalisées fixé jusqu'au 31 décembre 2019 à 5 548 000 euros HT pour les marchés de travaux.

2) Procédures formalisées

- ▶ Appel d'offres ouvert ou restreint (présélection des candidats)
- ▶ Procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices
- ▶ Dialogue compétitif

Les différentes procédures formalisées existantes sont en théorie applicables, au-dessus des seuils européens. Mais il est évident que le marché global de performance n'est adapté qu'aux procédures qui intègrent une étape de négociation. Le marché global s'accommode en effet difficilement de la rigidité de la procédure d'appel

OFFRE FINALE



RECONSTRUCTION DES ÉCOLES T. CRAPET ET R. SALENGRO - HAUBOURDIN

COUPE DIDACTIQUE

Reconstruction des écoles Crapet et Salengro en MGP à Haubourdin – Coupe didactique

© Relief architecture

d'offres, car la relation partenariale doit s'amorcer, dès l'avant-contrat, par une négociation et il n'est donc adapté que si l'on se trouve dans un des cas où la négociation n'est pas autorisée.

Il est conseillé que le cahier des charges définisse au départ un tableau de bord de l'existant, un programme fonctionnel pluriannuel et des niveaux de performance en laissant aux entreprises une partie de la conception, c'est-à-dire la définition des modalités techniques et la détermination des priorités dans le temps.

Des indicateurs de performance précis peuvent être définis ainsi que les modalités de contrôle du respect des engagements de performance. Ce qui n'exclut en aucune façon le rôle que jouerait une assistance à maîtrise d'ouvrage classique aux côtés du don-

neur d'ordre ou celui d'une maîtrise d'œuvre de suivi et de

contrôle des niveaux de performances, si le donneur d'ordre en décide ainsi.

“*Nous avons la même réponse architecturale en marché global qu'en MOP*”

(Patrick Lafon, DGA de la direction des collèges du département de la Gironde)

 **NOTA : Attention à ne pas multiplier les étapes de négociation de la procédure ! Deux tours de négociation semblent tout à fait raisonnables et pertinents et pour la personne publique et pour l'opérateur économique. Au-delà, la personne publique s'expose au risque de ne pas être en mesure de comparer les offres entre elles et à la tentation de relancer le marché sous forme d'appel d'offres, ce qui serait contre-productif. Un trop grand nombre de tours de négociation expose l'opérateur à un coût déraisonnable de frais de procédure.**

3) L'assistance à maîtrise d'ouvrage

Le recours au MGP nécessite de remplir des obligations juridiques dont certaines relèvent d'une nature assez technique. Il en est ainsi notamment de la définition des objectifs chiffrés de performance à atteindre et de la méthode pour pouvoir les mesurer valablement tout au long de

l'exécution du contrat. Le maître d'ouvrage peut se faire aider par un AMO pour les mener à bien. L'AMO pourra notamment intervenir en amont d'un projet pour définir les objectifs de performance, la méthode d'évaluation, l'intégration de la conception dans le MGP ou toute autre étude concourant à accompagner le maître d'ouvrage public.

Si le maître d'ouvrage choisit un MGP sans conception, il devra choisir un maître d'œuvre.

EXÉCUTION

Au stade de l'exécution, la globalité du contrat implique plus d'initiative et plus de responsabilité de la part du cocontractant. En effet, la globalisation permet

de confier à l'entrepreneur l'entretien, la gestion d'un

ouvrage ou même du service auquel l'ouvrage est affecté, ce qui constitue une incitation forte à réaliser des travaux de qualité sans qu'il soit besoin de multiplier les prescriptions détaillées et les pénalités. Le contrat est autoporteur de la sanction de sa mauvaise exécution.

L'exécution du marché obéit aux règles classiques de la vie du contrat.

1) Réexamen du contrat initial suite à des modifications de son exécution

Des clauses de réexamen peuvent être prévues dans les pièces du marché initial. Ces clauses de réexamen, citées à l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique, visent à adapter le contrat (et la rémunération) aux évolutions de l'infrastructure vis-à-vis de son état initial.

2) Gestion du suivi et contrôle du marché

Le maître d'ouvrage devra porter une attention toute particulière sur la transition des contrats actuels à un marché public global de performance, notamment dans la mise à disposition des



**Metz Congrès – Robert Schuman : premier centre des congrès en France réalisé
conception réalisation entretien et maintenance – Vue de l'entrée**

Architecte : Wilmotte & Associés © Luc Boegly – Bibliothèque EIFFAGE

outils et informations permettant au groupement d'entreprise la pleine réalisation de ces missions. De plus, il conviendra de s'assurer que la réalisation de ces missions ne confie pas au groupement d'entreprise des avantages propres à fausser la libre concurrence lors de la fin du marché. Elles s'appliquent notamment dans le cas de l'évolution du trafic et donc de sollicitations sur la voirie, qui pourra conduire à un besoin d'investissement plus fort pour le maintien du niveau de service, voire des travaux de réhabilitations pour adapter l'infrastructure au trafic. C'est d'autant plus vrai dans le cas de zones d'activités où l'accroissement de l'activité peut conduire à un accroissement du trafic poids lourds, et donc de la dégradation de l'infrastructure.

3) Suivi régulier de la mise en œuvre du marché

Le contrat doit prévoir la manière dont le programme fonctionnel est mis en œuvre sous la responsabilité du titulaire du marché. Il impose le principe de visites périodiques par l'entreprise. La périodicité est proposée par celle-ci et validée par le maître d'ouvrage. Elle est revue annuellement.

Il peut être décidé d'un rapport d'avancement mensuel ou trimestriel avec décompte, et de la mise en place d'un comité annuel d'évaluation. Le décompte annuel est contradictoire.

4) Contrôle final du marché et réception

Le contrôle final du marché doit permettre de vérifier que le groupement d'entreprises ou le titulaire a pleinement respecté :

- l'atteinte des objectifs de performance et de travaux qui lui ont été confiés ;
- le respect des niveaux de services définis dans le contrat ;
- l'état de l'infrastructure à la remise de l'ouvrage en conformité avec ce qui avait été précisé dans le contrat.

5) Vigilance particulière :

- sur la modification en cours d'exécution ;
- sur le contrôle de la bonne réalisation des performances ;
- sur la clause relative à la rémunération.

DURÉE DU CONTRAT

Aucune durée de contrat n'est précisée dans les textes. Elle reste au choix du maître d'ouvrage. Toutefois, dans une logique de révision régulière des objectifs, il peut être recommandé de choisir une durée de marché située de quatre à cinq ans. Pourquoi ? Cette durée médiane apparaît suffisamment longue pour attirer les mainteneurs (trop courte, la durée du contrat de maintenance ne les intéressera pas, ce qui restreindra la

concurrence. Trop longue, c'est le mainteneur qui impose les termes du contrat).

QUELQUES JURISPRUDENCES

Sur le recours au marché global et la justification de l'absence d'allotissement

Par un arrêt en date du 26 juin 2015, le Conseil d'État a souligné qu'il **appartient au juge de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont**, eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients mentionnés à l'article 10 du code des marchés publics (repris quasiment *in extenso* par l'article L. 2113-11 du CCP), **entachées d'appréciations erronées.**

Conseil d'État, 7^e – 2^e chambres réunies, 8 avril 2019, req. n° 426096

Le Conseil d'État a éclairci, lors de ce contentieux, le régime du marché global de performance. Les sages du Palais Royal ont tranché à cette occasion les questions sur l'allotissement, l'étendue de l'engagement de performance et le recours



Les avantages du MGP

- **Un confort** : dans ce type de contrat, les engagements de performance doivent être mesurés. La mesure garantit l'atteinte des résultats. L'article R. 2171-2 du Code de la commande publique précise, en outre, que la rémunération des prestations d'exploitation et de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performance, mesurables au moyen d'indicateurs. Ceci est très confortable pour le maître d'ouvrage. La prise en compte du coût global, qui se rattache à la notion de cycle de vie, est un critère obligé, ce qui permet au maître d'ouvrage d'avoir une vision du moyen et long termes.
- **Sécurisation juridique** : aujourd'hui, le MGP ne présente aucun risque juridique de requalification pour le maître d'ouvrage public (à condition que ce dernier veille à la présence de performances mesurables dans le contrat). En effet, aucune motivation n'est à apporter pour recourir au MGP et ceci supprime, de fait, les risques d'annulation tenant au recours à cette forme de marché.
- **Dérogation à la loi MOP et au principe d'allotissement** : le maître d'ouvrage public peut faire le choix du MGP sans motivation particulière.
- **Une approche en offre globale**
- **Gains de productivité** : dus à ce que l'entreprise sera à même de répartir plus rationnellement ses interventions et pourra faire le choix de n'atteindre qu'un niveau minimum de performance sur une section pour renforcer une intervention de plus grande nécessité ailleurs.

au concours dans le cadre de ce marché. Ainsi, **les dispositions de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relatives à l'obligation d'allotissement ne sont pas applicables aux marchés globaux de performance.** Dans le cas d'espèce, le Conseil d'État a considéré que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif

de La Réunion avait commis une erreur de droit en jugeant que les marchés publics globaux de performance étaient soumis à une obligation d'allotissement et en annulant, pour ce motif, la procédure de passation du marché litigieux faute pour celui-ci d'avoir été alloti.



MGP : points clés à retenir

- Articles L. 2171-3, R. 2171-1, article R. 2171-3 du Code de la commande publique.
- Dérogation au principe de l'allotissement.
- Un contrat associant l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.
- Liberté de recours au MGP sans justification à la condition que le contrat comporte des engagements de performance mesurables.
- Objectifs chiffrés définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.
- Une alternative au marché de partenariat.
- Financement public.
- Respect de l'interdiction du paiement différé.
- Propriété des équipements construits maintenue dans le giron public.
- Absence d'obligation de recourir à une évaluation préalable.

Parole d'experts...

Patrick Lafon, DGA de la direction des collèges du Département de la Gironde



Le conseil départemental de la Gironde a lancé un programme exceptionnel « collège 2024 » qui prévoit la construction de 12 collèges neufs et la réhabilitation de 10 autres collèges, pour un montant d'environ 500 M€ en recourant à la loi MOP, à la conception-réalisation et au marché global de performance.

Quels sont les avantages du marché global d'après votre expérience ?

Nous avons un seul interlocuteur et nous avons pu, au travers du dialogue compétitif, mieux se faire comprendre et préciser le programme fonctionnel des opérations. Nous avons pu retravailler l'offre architecturale, financière, technique et administrative. Nous avons pu adosser au

marché global de performance l'engagement E + C- que l'on ne peut pas avoir en marché classique loi MOP.

La qualité architecturale a-t-elle été respectée en marché global ?

Oui. Nous avons un critère architectural spécifique en marché global de performance. Nous avons affecté un critère particulier à l'analyse de l'aspect architectural et fonctionnel des bâtiments. Nous maintenons le lien avec l'ordre des architectes pour avoir une architecture innovante, respectueuse de l'environnement et permettant l'intégration de l'objet collège dans son environnement immédiat.

Pierre Bu Haa Tai, responsable du service achats et marchés publics à la ville d'Haubourdin (15 000 habitants), chargé d'enseignement en droit public à l'université de Lille II



La ville a fait le choix du marché global de performance pour la reconstruction de 2 écoles des années 60, réparties sur 3 bâtiments, en un seul bâtiment de 13 classes avec une labellisation « passif + » et l'utilisation de matériaux biosourcés (bois d'essence régional) pour répondre aux besoins de la transition.

Pourquoi avoir choisi de lancer votre opération en marché global de performances ?

Les exigences environnementales élevées de l'opération (passif+, ce qui en ferait l'école la plus performante du pays) imposaient un montage contractuel complexe pour garantir l'atteinte des performances énergétiques, tout en gardant la

maîtrise financière, sur la base de fonds publics, ce que permet le MGP.

Quels avantages a, selon vous, le MGP ?

Il place, dès le début de la réflexion, le concepteur, le réalisateur et l'exploitant/mainteneur autour de la table afin de proposer une solution utile et performante. Les fonds restent publics.

Le MGP prévoyait-il de faire travailler des PME ?

Les contrats globaux peuvent favoriser d'une certaine manière les grandes entreprises, néanmoins les PME ont toujours accès à ce genre de contrat par d'autres moyens (cotraitance, sous-traitance). Le conseil régional de l'ordre des architectes

a été averti dès le début de la procédure de mise en concurrence afin de favoriser l'accès des cabinets d'architectes modestes ou récents à ce genre de marché, en partenariat avec EGF.BTP d'ailleurs.

Le MGP s'avère-t-il une formule contractuelle adaptée pour les opérations de rénovation énergétique des bâtiments et les constructions neuves ?

Le MGP s'avère être un formidable outil dès lors qu'il est bien monté, bien utilisé, et surtout correctement (pour ne pas dire quotidiennement) suivi. Sinon, il peut vite se transformer en usine à gaz. Certains projets semblent plutôt adaptés aux

MGP (rénovation de salles de sport), d'autres aux marchés de partenariat (éclairage public).

Quels conseils donneriez-vous à une personne publique avant de se lancer dans une opération en MGP ?

Le MGP doit être utilisé à bon escient et sur des projets d'envergure. Toute collectivité ne peut se lancer dans ce genre de montage, il faut les moyens humains en interne, suffisamment compétents et en nombre et seules certaines, les plus importantes, peuvent se passer d'aide extérieure (AMO). La réussite du MGP dépend donc également du choix de l'AMO. »

Mode d'emploi de la consultation en marché global de performance

1. Définir clairement la répartition des prestations des soumissionnaires

L'acheteur doit définir avec précision dans l'avis de marché le périmètre des prestations demandées aux soumissionnaires concernant la phase post réception d'exploitation maintenance. Les prestations relevant des travaux propres au bâtiment et celles relatives aux installations techniques ou équipements doivent en effet apparaître clairement afin que les opérateurs économiques répondant conjointement puissent présenter une offre faisant l'objet d'une répartition bien identifiée et donc cohérente.

Cette répartition des prestations bien identifiée au moment de l'offre permettra au marché de se dérouler dans de bonnes conditions, chacune des parties connaissant sans ambiguïté son périmètre d'intervention.

Les prix concernant les périmètres de réalisation ou de conception réalisation et de maintenance ou d'exploitation doivent d'autre part être clairement distingués dans la passation du marché.

2. Définir clairement des objectifs de performance et mettre au point des indicateurs de mesure

Les performances requises ne se limitent pas à l'efficacité énergétique. D'autres performances peuvent être indiquées dans le cahier des charges telles que par exemple la performance acoustique ou celle concernant l'étanchéité du bâtiment.

Ces performances doivent être mesurables, ce qui suppose la mise en place d'indicateurs.

À titre d'exemples les engagements de performance et indicateurs de mesure suivants peuvent être mentionnés.

Objectifs de performance et indicateurs

a) Niveau d'activité

Exemple de clause :

Les candidats garantissent au maître d'ouvrage un nombre d'heures de panne maximum de x heures par an concernant : (à titre d'exemple les ascenseurs, la VMC, l'éclairage des parties communes, le chauffage, les visiophones...).

Indicateurs : suivi du nombre d'heures de panne

Outil à définir : fichier SAV, GMAO...

b) Qualité de service

Exemple de clause :

Les candidats garantissent au maître d'ouvrage pour toute panne ou écart au regard des conditions contractuelles d'exploitation maintenance (température de chauffe, débit ECS, débits de ventilation...) détecté et notifié pendant la période contractuelle post réception :

– une intervention de son SAV ou de son équipe de maintenance sous... heures à compter de la notification qui lui est délivrée ;

– une remise en état de fonctionnement, éventuellement en marche dégradée, sous... heures ;

– une mise en œuvre des mesures correctives adéquates et de retour à la normale sous... heures.

Indicateurs : suivi des délais d'intervention contractuels

Outil à définir : fichier SAV, GMAO...

c) Efficacité énergétique

Exemples de clauses :

Les candidats garantissent au maître d'ouvrage un objectif de consommation maximum de x kwh/m²/an pendant la période contractuelle post réception, (consommation énergétique sur périmètre conventionnel en réduction par rapport à : situation de référence si intervention sur l'existant, valeurs liées aux cibles RT 2012 en neuf, consommation de x kwh/m³ d'ECS à 55 °C).

Les candidats garantissent au maître d'ouvrage un pourcentage d'au moins x % de production

électrique/chauffage à partir d'ENR (panneaux solaires, éoliennes, biogaz...) pendant la période contractuelle post réception.

Clause d'ajustement : scénario d'usage, météo (DJU, ensoleillement), taux d'occupation.

Indicateurs : consommations réelles mesurées au moyen de compteurs.

Si rénovation énergétique : estimation de la situation de référence et description des modalités d'ajustement de la situation de référence.

Dans tous les cas (neuf et rénovation) : clause d'ajustement suivant scénario d'usage décrit dans le marché et météo.

d) Incidence écologique

Exemples de clauses :

Les candidats garantissent au maître d'ouvrage un niveau d'affaiblissement acoustique minimum de x Db(A) (bruits extérieurs aux pièces occupées : rue, local, chaufferie...) et/ou un niveau d'émissions maximum de x décibels (prise en compte des équipements concernés par le bruit : ascenseur, MC... pendant la période contractuelle post réception.

Les candidats garantissent au maître d'ouvrage la conformité de l'ouvrage aux exigences du label biodiversité (citer le nom du label) pendant la période contractuelle post réception.

Les candidats garantissent au maître d'ouvrage un pourcentage minimum de récupération d'eaux pluviales de x m³ dans la consommation globale annuelle d'eau de l'ouvrage pendant la période contractuelle post réception.

Clause d'ajustement à prévoir : météo (pluviométrie, évaporation...).

Indicateurs consommations d'eau : consommations d'eau et pourcentages de récupération d'eaux pluviales mesurés en m³ au moyen de compteurs (destination : arrosage, entretien, eaux sanitaires).

Indicateurs biodiversité : articles du label applicables à l'exploitation et au maintien des éléments mis en place (espèces végétales

indigènes favorisées, imperméabilisation de la surface limitée, maintenance des équipements écologiques...)

e) Autres performances

Citer de manière précise la performance requise.

Exemple : en matière d'hygiène et santé publique pour les piscines, taux de chloramines inférieur à la norme nationale.

Pour rappel, une exigence de réalisation conforme à une norme ne constitue pas un élément de performance.

Indicateurs à mettre en place en conformité avec l'objet de la performance.

3. Indiquer clairement la durée de la garantie de performance

La durée de la garantie de performance démarre à compter de la réception de l'ouvrage. L'acheteur est libre de requérir la durée d'exploitation maintenance post réception qu'il souhaite. Une durée de 24 à 48 mois après la réception permet à l'acheteur de pouvoir bénéficier d'une garantie suffisamment étalée dans le temps lui laissant le choix soit d'un renouvellement de la prestation offerte par le soumissionnaire soit du recours à une gestion directe.

Cette durée de garantie de performance mesurée se décompose d'une période probatoire de

douze mois après la réception pendant laquelle des ajustements et mises au point sont mis en œuvre pour l'atteinte de la performance garantie. Cette période probatoire de douze mois est suivie d'une période complémentaire qui peut être de douze à vingt-quatre mois pendant laquelle les opérateurs économiques pilotent l'exploitation et/ou la maintenance de l'ouvrage avec contrôle de la performance et mise en œuvre d'éventuelles autres mesures d'ajustement et de mise au point permettant la continuité de la performance garantie.

4. Insérer une clause de sur et de sous performance

Il est opportun de décrire le mode de calcul du bonus en cas de surperformance en indiquant son plafond. De même l'acheteur décrit le mode de calcul des pénalités en mentionnant un plafond.

Inclure ou pas la fourniture d'énergie

La fourniture d'énergie peut être ou non concomitante à l'exécution du marché. L'acheteur est juge de son inclusion dans le cahier des charges du marché. La fourniture d'énergie est cependant un service dissocié de la réalisation de l'ouvrage et de son exploitation maintenance.

Effectuer différents diagnostics avant le lancement de la consultation

Les différents diagnostics préalables aux marchés de travaux doivent d'autant plus être effectués que le marché conclu requiert de la performance mesurable tout au long de son exécution. Ceux-ci, joints au programme de consultation,

insuffisamment informatif, concernent notamment pour un ouvrage neuf l'état du sol qui doit donner lieu à une étude approfondie ainsi que l'état de sa pollution, et notamment l'amiante et le plomb lorsque l'on se trouve dans le cadre d'une rénovation.

Lorsque le marché de performance exige une performance énergétique, une situation de référence constatant le volume des consommations énergétiques avant le commencement de la consultation doit être impérativement établie.

Appliquer nécessairement dans la consultation le critère du coût global

Ce critère doit figurer parmi une pluralité de critères dont ceux relatifs aux objectifs de performance. L'analyse en coût global vise à anticiper les contraintes de fonctionnement, d'exploitation, de maintenance et de déconstruction lors de la construction ou la rénovation d'un ouvrage.

Afin d'utiliser à bon escient le critère du coût global, l'on peut se référer à la norme ISO 15686-5 « calcul en coût global » ou à l'ouvrage de la MIQCP intitulé « coût global : mener un projet de construction ou d'aménagement en coût global » (dernière édition : novembre 2018).

Autoriser les variantes

Autoriser les variantes dans un marché de performance permet aux entreprises qui répondent à la consultation d'ajuster éventuellement leurs engagements à la hausse concernant les dites performances en se basant sur le montant du budget alloué au projet. L'acheteur bénéficie ainsi d'offres potentiellement optimisées.

Prévoir des primes et leur montant pour les soumissionnaires lorsque le marché prévoit des prestations de conception

Les documents de la consultation doivent indiquer le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression de celles-ci pour les soumissionnaires ayant fait des offres irrégulières. Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Préciser qui doit être mandataire du groupement concepteur réalisateur exploitant mainteneur dans le cadre du marché

Le marché se décompose en prestations de travaux et de services post réception (exploitation, maintenance). Pour la phase travaux prévoir dans le cahier des charges de la consultation que le mandataire est l'entreprise générale de travaux.

L'entreprise générale de travaux garde son rôle de mandataire pendant une durée maximum d'un an suivant la réception correspondant à la garantie de parfait achèvement, lui permettant d'effectuer les mises au point nécessaires à l'atteinte de la ou des performances. Suite à cette période de deux ans, le mandataire devient logiquement l'exploitant ou le mainteneur directement concernés par les prestations post réception.

Prévoir systématiquement une couverture d'assurance dommages ouvrage

Cette couverture permet à l'acheteur en cas de sinistre de faire préfinancer les travaux de réparation avec la possibilité de confier directement ceux-ci au sous-traitant concerné. L'acheteur bénéficie ainsi d'une prise en charge et d'une réalisation accélérée.

Exemples de marchés globaux de performance

1. Marché public global de performance pour la conception, réalisation, exploitation et maintenance d'une opération de restructuration du collège en procédure de dialogue compétitif

1. Publicité

La sélection préalable des candidats admis à participer au dialogue compétitif a été opérée, après appel à candidatures, par le maître de l'ouvrage.

L'avis de marché (avis d'appel public à la concurrence), tenant lieu d'appel à candidatures, a été publié aux journaux suivants :

- *Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE)*.
- *Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP)*.
- *Le Moniteur*.

2. Objectifs

Remise à niveau de l'établissement, tant en termes de surface que d'organisation fonctionnelle, dans l'objectif de répondre aux besoins d'un collège pour l'Enseignement Général, 2 champs professionnels pour 64 élèves et 1 division ULIS et la création d'une salle de gymnastique.

Amélioration significative des performances de l'établissement. Ces performances devant s'exprimer notamment dans les domaines du chauffage et de la ventilation, de l'électricité, du process de la demi-pension, et des émissions de gaz à effet de serre, de la qualité de l'air, de la consommation d'eau...

Intégrer une possibilité d'évolution de la capacité d'accueil du collège pour permettre de répondre rapidement à des besoins complémentaires.

3. Montant

Part de l'enveloppe financière affectée aux travaux de restructuration : 12 433 300 € HT.

Ledit montant comprend toutes les sujétions liées à l'exécution des travaux, et notamment, sans préjudice des dispositions du CCAP :

– toutes les investigations complémentaires nécessaires à la réalisation du projet (diagnostics

complémentaires, études géotechniques, relevés 3D compatibles IFC, diagnostics déchets, amiante, plomb et autres avant démolition, etc.) ;

– la démolition totale ou partielle et le désamiantage des bâtiments et structures existants ainsi que des infrastructures (réseaux, chaussée, parking...), y compris frais de mise en décharge, y compris dépose et évacuation des équipements de cuisine existants, déménagement des équipements dont mobilier destinés à être réemployés en phase transitoire dans d'éventuels locaux provisoires (logements compris) ;

– la restructuration/extension des locaux et surfaces conformément aux programmes ;

– la planification, l'organisation et la mise en œuvre des relogements nécessaires pour permettre au collège de fonctionner dans sa globalité pendant les travaux ;

– la mise en œuvre des signalétiques nécessaires, lors des travaux, au bon fonctionnement du collège (consignes sécurité, orientation, accueil...) ;

– la réalisation des VRD nécessaires et inhérents au fonctionnement du projet ;

– l'intégralité des équipements de la cuisine restructurée ;

– les frais de dépose, mise en stock, remise en état éventuelle et repose de l'œuvre d'art issu du 1 % de la construction d'origine du collège compris démarches pour accord de l'artiste ;

– les frais de démolition, démantèlement, évacuation et traitement des matériels et déchets du poste HT actuel ;

– les frais de déplacement du poste détente Gaz ;

– les frais de déplacement des équipements de Défense Incendie Communale situés dans l'enceinte du collège ;

– les frais de raccordement aux réseaux concessionnaires (Régies) et dévoiements le cas échéant ;

- toutes les installations de chantier et frais d'accès au site, y compris frais de voiries ;
- toutes les sujétions pour la stabilité des avoisinants ;
- toutes les sujétions liées aux prescriptions connues ou non issues du permis de construire, du PGC, du RICT, etc.

Ledit montant de l'enveloppe prévisionnelle travaux ne comprend pas les postes suivants qui doivent être pris en charge par le groupement et inclus forfaitairement dans son offre :

- les études de diagnostic, au sens de la loi MOP, et de conception ainsi que l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier; la coordination SSI à la charge du groupement ;
- la mise en œuvre événementielle de locaux provisoires compris viabilisation pour assurer la continuité de l'enseignement et du service de restauration scolaire à la charge du groupement ;
- la fourniture des énergies, l'exploitation et la maintenance à la charge du groupement ;
- la fourniture des fluides tels l'eau et l'électricité pour la réalisation du chantier ;
- la fourniture des fluides eaux, gaz et électricité pour la continuité du fonctionnement de la demi-pension provisoire, pendant la réalisation du chantier ;
- la fourniture des énergies pour le chauffage et l'eau chaude sanitaire pendant la phase de chantier.

4. Dialogue compétitif

Le dialogue s'ouvre, avec les candidats admis à y participer, sur la base d'un programme technique détaillé ainsi que d'un programme performanciel qui définissent les besoins et les exigences du maître de l'ouvrage.

Conduite du dialogue

Au cours du dialogue, chaque candidat sera entendu dans des conditions d'égalité.

Le maître de l'ouvrage ne pourra donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne pourra révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord exprès de celui-ci.

Le maître de l'ouvrage, les AMO juridique, technique et programmeur, ou toute personne morale ou physique participant, en tout ou partie, aux discussions et/ou aux échanges ont, jusqu'à la notification du marché, l'obligation de réserve sur toute information qui leur serait commu-

niquée par les candidats, afin de respecter la confidentialité et l'égalité des concurrents, d'une part, et la propriété

intellectuelle des solutions techniques et/ou organisationnelles, d'autre part.

L'ensemble des acteurs de la procédure, tant du côté de la maîtrise d'ouvrage (personnes susceptibles d'avoir des informations sur les offres des candidats) que du côté des candidats (mandataire et ensemble des co-traitants), aura l'obligation de signer une clause de confidentialité jointe en annexe.

Le maître de l'ouvrage se réserve le droit d'éliminer, au cours de la phase de dialogue, tout candidat ayant remis un dossier non conforme au présent règlement de la consultation, à une lettre de convocation (non présentation à une séance individuelle de dialogue) ou à une lettre d'invitation à remettre l'offre initiale ou une offre intermédiaire (non remise dans les délais).

Déroulement de la phase de dialogue

La durée prévisionnelle de la phase de dialogue est d'environ onze (11) mois entre la date de remise du dossier de consultation et la date limite de réception des offres finales.

Au cours de la phase de dialogue, chaque candidat sera entendu en séance de dialogue au

“Le MGP s'avère être un formidable outil dès lors qu'il est bien monté, bien utilisé, et surtout correctement (pour ne pas dire quotidiennement) suivi”

(Pierre Bu Haa Tai, responsable du service achats et marchés publics à la ville d'Haubourdin)

moins deux (02) fois par le maître de l'ouvrage. À cet effet, chaque candidat désignera, parmi les participants au dialogue de son groupement, un rapporteur, personne physique ayant le pouvoir de l'engager, qui sera l'interlocuteur du maître de l'ouvrage. Ledit rapporteur sera désigné au plus tard lors de la première séance de dialogue individuelle. Il pourra être désigné un suppléant, personne physique ayant le même pouvoir que le rapporteur et appelée à le suppléer en cas d'empêchement.

Si dans le déroulement du dialogue et de l'élaboration du projet un processus innovant est découvert, le groupement pourra proposer d'enrichir sa composition. Cette opportunité reste subordonnée à l'accord express du Maître d'Ouvrage et devra intervenir avant l'invitation à remettre l'offre finale.

Le maître de l'ouvrage se réserve la possibilité de réduire ou d'augmenter le nombre de séance de dialogue jusqu'à ce qu'il estime que les discussions soient arrivées à leur terme.

La phase de dialogue se déroulera comme suit :

– Questions/réponses avant remise de la solution initiale.

– Avant la remise de la solution initiale, le candidat pourra adresser toute question qu'il juge utile au maître de l'ouvrage.

– Le maître d'ouvrage communiquera ses réponses, par deux envois, à l'ensemble des candidats, dans le respect du principe de confidentialité et de l'égalité de traitement des candidats.

Dispositions communes aux séances de dialogue individuelles

– Ordre de passation

L'ordre de passage candidats correspondra à l'ordre d'arrivée des offres.

– Participants

Pour le maître d'ouvrage, seront présents ou représentés :

Un élu de la collectivité ;

Le Pôle Maîtrise d'Ouvrage Collèges (Direction des Collèges) ;

Le Service de la Commande Publique ;

Le Service d'Administration & de Moyens (Direction des Collèges) ;

Les Assistants Maîtrise d'Ouvrage Juridique, Techniques, Environnemental et Programmiste (AMO) ;

Le Contrôleur Technique (CT) de l'opération ;

Tout expert que le maître de l'ouvrage jugera utile de convier, pour le bon déroulement et l'efficacité des échanges.

Pour le candidat, seront présents :

Au moins un représentant du mandataire du groupement ;

Le cas échéant, un représentant de chacun des autres membres du groupement dont la présence est nécessaire pour être à même de répondre à toutes les questions relatives à l'offre, initiale ou intermédiaire, dans son ensemble.

IMPORTANT : Pour le bon déroulement et l'efficacité des séances individuelles, le nombre des représentants du groupement est limité à sept personnes simultanément, représentant du mandataire du groupement compris.

Poursuite du dialogue

Le dialogue se poursuivra jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins du maître de l'ouvrage, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées.

Offres intermédiaires supplémentaires

Le maître de l'ouvrage se réserve le droit de demander à chaque candidat, la remise d'une ou plusieurs offres intermédiaires supplémentaires.

Séances de dialogue individuelles supplémentaires

De plus, le maître de l'ouvrage se réserve le droit d'organiser, pour chaque candidat, une ou plusieurs séances de dialogue individuelles supplémentaires dans un respect de stricte égalité.

Chaque candidat sera convoqué à ladite séance de dialogue individuelle supplémentaire par courrier électronique, dont le candidat devra accuser réception, ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La convocation précisera au moins :

- L'objet de ladite séance supplémentaire individuelle.
- Son lieu, sa date et son heure de début.
- Sa durée maximale, qui sera identique pour chaque candidat.

Un compte rendu de ladite séance de dialogue individuelle sera notifié au candidat concerné par courrier électronique, dans ledit candidat devra accuser réception, ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Ledit candidat pourra notifier ses éventuelles observations au maître de l'ouvrage, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans un délai de cinq (05) jours à compter de la date de réception du compte rendu. Après expiration dudit délai, le candidat concerné sera réputé avoir accepté, sans réserve aucune, l'intégralité du compte rendu.

Le compte rendu rappellera les thèmes abordés, la nature des échanges et les propositions/engagements faits le cas échéant.

Notamment, une dernière séance avant remise d'offre finale dite de mise au point des ajustements techniques, performances et prix pourra être organisée de manière à effectuer une vérification finale d'adéquation avec le programme (pré-closing).

Invitation à remettre les offres finales

Lorsqu'il estimera que la discussion est arrivée à son terme, le maître de l'ouvrage clôturera le dialogue et en informera les candidats.

Il les invitera à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils auront présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai qui ne pourra être inférieur à quinze (15) jours *via* la plateforme.

Niveau de rendu des offres finales

Les offres finales devront notamment comprendre :

- La version optimisée des études de conception d'un niveau au moins équivalent à celui des études d'avant-projet pour une opération d'extension et de réhabilitation ou de réutilisation d'ouvrages de bâtiments existants.
- La version optimisée de la définition des performances techniques des ouvrages.

– La définition d'engagements de performances mesurables en réponse à des objectifs chiffrés de performance.

– Tous les éléments requis et nécessaires pour l'exécution du marché.

5. Engagements de performance

Les offres finales devront notamment comprendre des engagements de performances mesurables en réponse à des objectifs chiffrés de performance définis, notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces performances attendues seront définies dans le programme technique détaillé et performanciel remis au lancement de la phase de dialogue.

Ces engagements seront le fruit du travail de dialogue compétitif mené à partir des propositions d'engagement remises par les candidats dans le cadre de l'offre initiale, puis des éventuelles offres intermédiaires.

6. Rémunération de la phase d'exploitation et de maintenance du marché

La rémunération de la phase d'exploitation et de maintenance sera liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution.

La rémunération de la phase d'exploitation et de maintenance ne pourra en aucun cas contribuer au paiement des phases de conception et de la réalisation. À cet effet, l'acte d'engagement fera ressortir, de manière séparée, les rémunérations respectives pour les phases de conception et de réalisation, d'une part, et pour la phase d'exploitation et de maintenance, d'autre part.

7. Sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse

L'offre finale économiquement la plus avantageuse sera sélectionnée, parmi les offres finales conformes au dossier de demande d'une offre finale, en fonction des critères énoncés ci-après, avec leur pondération suivante :

Coût global de l'offre. Ledit critère est décomposé comme suit :				
1	1.1	Prix du marché phase conception et réalisation des ouvrages	80 points	20,00 %
	1.2	Prix du marché phase exploitation maintenance des ouvrages	20 points	
Qualité architecturale, fonctionnelle et technique du projet. Ledit critère est décomposé comme suit :				
2	2.1	Qualité architecturale	20 points	16,00 %
	2.2	Qualité fonctionnelle appréciée au travers de : – Du respect des surfaces du programme – Du respect des liens fonctionnels entre locaux (40 %) – De l'habitabilité des espaces (40 %)	40 points	
	2.3	Qualité technique et confort d'usage	50 points	
Qualité de la conduite des installations en phase d'exploitation et de maintenance : Ledit critère est décomposé comme suit :				
3	3.1	Moyens techniques et personnels appréciés au travers de : – Détails des volumes horaires (50 %) – Engagement sur les détails et la disponibilité (50 %)	50 points	16,00 %
	3.2	Simplicité de conduite et maintenance apprécié au travers de la complexité, accessibilité et fréquence des : – Prestations liées au clos ouvert (50 %) – Prestations liées aux fluides (50 %)	50 points	
Objectifs de performance contractuels : Niveau et étendue des engagements de performances : dont sous critères :				
4	4.1	Performance énergétique appréciée au travers de : – Consommation Chauffage par rapport à l'existant (25 %) – Auxiliaire de ventilation (10 %) – Énergie consommée par repas (55 %) – Éclairage (10 %)	40 points	16,00 %
	4.2	Consommation d'eau appréciée au travers de : – Quantité d'eau pour un repas (80 %) – Quantité d'eau pour les équipements sanitaires élèves (20 %)	20 points	
	4.3	Qualité de l'air appréciée au travers de : – Moyens mis en œuvre pour respecter les objectifs (50 %)	20 points	

8. Modalités d'indemnisation des candidats admis à participer au dialogue

Une prime ayant pour objet d'indemniser les candidats admis à participer à la procédure sera attribuée en fonction d'une part, des phases

successives du dialogue correspondant à des niveaux de rendu croissants des offres (initiale, intermédiaire et finale) et d'autre part, de la conformité de celles-ci avec les documents de la consultation.

Le montant de la prime est ferme et non actualisable. La rémunération de l'attributaire à l'issue de la procédure tient compte de la prime qu'il aura reçue pour sa participation audit dialogue :

- Trente mille euros TTC [30 000,00 € TTC] pour toute proposition initiale conforme aux documents de la consultation avec une invitation à poursuivre le dialogue (1^{er} tour de dialogue effectif).

- Quarante-cinq mille euros TTC [45 000,00 € TTC] pour toute proposition intermédiaire conforme aux documents de la consultation avec une invitation à remettre une offre finale (2^e tour de dialogue effectif).
- Soixante mille euros TTC [60 000,00 € TTC] pour toute offre finale conforme et régulièrement classée par la commission d'appel d'offres.

2. Marché global de performance pour la conception, construction exploitation d'une patinoire

Missions : conception, réalisation et exploitation technique dans le but d'atteindre des performances spécifiques, telles la qualité de la glace, l'énergie, l'hygrométrie, les conditions acoustiques.

Procédure concurrentielle avec négociation

La collectivité recherche une solution optimisée en coûts et délais, sans négliger pour autant la qualité tant architecturale que technique ou relative au confort.

Durée globale : 39 mois

Coût d'investissement : ne pourra dépasser 3,5 M d'euros HT

Délais : 7 mois pour la phase chantier et 2,5 ans pour la phase exploitation technique.

La patinoire comprendra, notamment, une piste de 56 x 26m, des vestiaires, des locaux pour arbitres et antidopage, des espaces de location et d'entretien des patins et des bureaux pour la gestion. Le site retenu est à l'emplacement de l'ancienne patinoire.

Les intervenants : Maîtrise d'œuvre Ordonnancement, Pilotage et Coordination du chantier assurée par le titulaire

Rémunération des offres

Chaque candidat admis à concourir ayant à produire une étude recevra une prime de 40 000 euros TTC attribuée sur décision du pouvoir adjudicateur.

Aucune variante n'est autorisée.

Critères	Pondération
Engagement sur les performances proposées : Niveau de performance proposé sur chaque type de performance – Fiabilité des engagements proposés (niveau de pénalités acceptées) – Pertinence de la méthode de vérification des engagements	35 %
Qualité de la construction : qualité esthétique (identification à un équipement sportif) – optimisation de la maintenance (durabilité, pérennité, maintenabilité des matériaux et systèmes) – qualité environnementale du projet) – qualité fonctionnelle (facilité d'utilisation, organisation des espaces)	20 %
Méthodologie de réalisation : coordination des phases de conception, construction, exploitation technique – fiabilité du planning proposé	10 %
Coût global (prix conception, travaux, exploitation pour la durée du marché)	35 %

Ces critères seront analysés comme suit

Engagement sur les performances proposées

	Niveau de performance	Fiabilité de l'engagement	Pertinence de la méthode de vérification	Pondération
Disponibilité de la patinoire	Noté sur 10 pondéré à 60 %	Noté sur 10 pondéré à 10 %	Noté sur 10 pondéré à 30 %	10 %
Consommation en gaz	Noté sur 10 pondéré à 60 %	Noté sur 10 pondéré à 10 %	Noté sur 10 pondéré à 30 %	10 %
Consommation électrique	Noté sur 10 pondéré à 60 %	Noté sur 10 pondéré à 10 %	Noté sur 10 pondéré à 30 %	15 %

Les sous critères niveau de performance et fiabilité de l'engagement (c'est-à-dire montant de pénalité proposé au-delà de la base fixée dans le CCAP) seront analysés de façon mathématique, l'offre la meilleure obtenant la note de 10.

Le sous critère pertinence de la méthode de vérification sera analysé selon la grille suivante :
Note de 2 : méthode peu détaillée et très peu pertinente

Note de 4 : méthode peu pertinente

Note de 6 : méthode peu détaillée, mais adaptée

Note de 8 : méthode pertinente mais manquant de précision

Note de 10 : méthode très pertinente et très précise

Qualité de la construction (20 %)

Qualité esthétique notée sur 10, pondérée à 30 %

Qualité de la maintenance notée sur 10 pondérée à 25 %

Qualité environnementale notée sur 10 pondérée à 15 %

Qualité fonctionnelle notée sur 10 pondérée à 30 %

Chacun des sous critères sera analysée avec la grille suivante :

Note de 2 : qualité peu détaillée et très peu adaptée

Note de 4 : qualité peu adaptée

Note de 6 : qualité adaptée mais peu détaillée

Note de 8 : qualité intéressante, mais manquant de détail

Note de 10 : qualité très intéressante et très détaillée

Méthodologie de réalisation (10 %)

Coordination des phases notée sur 10 pondérée à 40 %

Fiabilité du planning noté sur 10 pondérée à 60 %

Avec la grille suivante d'appréciation :

Note de 2 : méthodologie peu détaillée et peu adaptée

Note de 4 : méthodologie peu adaptée

Note de 6 : méthodologie adaptée mais peu détaillée

Note de 8 : méthodologie intéressante, mais manque de détail

Note de 10 : méthodologie très intéressante et très détaillée

Le critère du coût global est analysé suivant une règle de 3, la meilleure offre obtenant 10. Il est noté sur 10 et pondéré à 35 %

Après négociation, la seconde offre ne pourra être régularisée.

Autres exemples de cahiers des charges :

www.egfbtp.com/reglementation-et-contrats-types/base-documentaire-mgp

Les marchés globaux sectoriels

PRÉSENTATION ET RECOURS

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.

Contrairement aux marchés publics de conception-réalisation ainsi qu'aux marchés publics globaux de performance, le recours aux marchés globaux sectoriels n'est pas conditionné par la présence de motifs d'ordre techniques ou d'objectifs de performance tels que prévus aux articles L. 2171-4 et L. 2171-5 du Code de la commande publique (ex articles 33 et 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015), en cas d'application de la loi MOP.

Les marchés globaux sectoriels concernent les domaines suivants :

- les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ;
- les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ;
- les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;
- les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;
- les établissements pénitentiaires ;
- les centres de rétention et les zones d'attente ;
- les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions de l'établissement public de santé, d'organismes de droit privé définis à l'article L. 124-4 du Code de la Sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique.



TEXTES EN VIGUEUR

L'article L. 2171-4 du Code de la commande publique dispose que : « L'État peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur :

1° 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, à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ou affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;

2° 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 ;

3° 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 ;

4° 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.

L'article L. 2171-5 indique que : « Les établissements publics de santé, les organismes mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la Sécurité sociale gérant des établissements de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de leurs missions ».

L'article L. 2171-6 concerne la Société du Grand Paris. Celle-ci peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur 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 lui est confiée.

PASSATION ET EXÉCUTION

Les marchés publics sectoriels ont le même mode de passation et d'exécution que les marchés globaux de performance (cf. chapitre 4).

Ils peuvent être passés en procédure adaptée (MAPA) et donc librement négociés sous le seuil européen de passation des procédures formalisées fixé à 5 548 000 euros HT pour les marchés de travaux jusqu'au 31 décembre 2019.

En procédure formalisée, ils peuvent être passés sous forme :

– d'appel d'offres ouvert ou restreint (présélection des candidats) ;

– de procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ;

– de dialogue compétitif.

Les différentes procédures formalisées existantes sont en théorie applicables, au-dessus des seuils européens. Mais il est évident que le marché public sectoriel est plus adapté aux procédures qui intègrent une étape de négociation.



Points clés à retenir

- Les contrats globaux sectoriels permettent d'acheter une mission globale ayant notamment pour objet la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et/ou la maintenance des ouvrages construits.
- Le recours aux marchés globaux sectoriels n'est pas conditionné par la présence de motifs d'ordre techniques ou d'objectifs de performance.
- Les marchés globaux sectoriels concernent : la police nationale et la gendarmerie nationale, le ministère de la Défense, le ministère de l'Intérieur, la brigade des sapeurs-pompiers de Paris, les établissements pénitentiaires, les centres de rétention et les zones d'attente, les établissements publics de santé.

Exemples de marchés globaux sectoriels

I. Marché public global sectoriel pour la conception, la réalisation et l'aménagement de l'extension d'une Maison d'Arrêt en procédure restreinte

Maison d'arrêt comprenant la construction d'un quartier « hommes » de 120 places et d'un quartier « femmes » de 30 places, avec les cours de promenades et terrains de sports correspondants. Les surfaces utiles du programme représentent environ 3 000 m² pour les quartiers d'hébergement neufs et 4 000 m² pour les aires extérieures.

Valeur totale estimée : hors TVA :

16 470 000 euros

Durée en mois : 53

Procédure restreinte

Nombre de candidats invités à participer :

Nombre maximal : 5

Dans l'hypothèse où le nombre de candidatures recevables est supérieur au nombre maximal indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence (5), il sera opéré dans un second temps à la sélection de 5 candidats parmi les candidats recevables.

Utilisation des critères suivants :

- qualité des références du ou des architectes en charge de la conception au vu de la gestion d'un programme fonctionnel et technique complexe similaire à celui de l'objet du marché ;
- qualité des références du ou des architectes en charge de la conception en termes de conception architecturale, de qualité des espaces intérieurs et paysagers ;
- qualité des références des autres membres du groupement (qu'il soit mandataire/cotraitant/ autre opérateur au sein du groupement) au vu de l'objet du marché.

Jugement des offres

Le groupement candidat choisi comme attributaire du marché sera celui ayant soumis l'offre économiquement la plus avantageuse, appréciée en fonction des critères pondérés suivants :

Les candidats seront donc notés et classés au regard de ces trois critères.

Les candidats admis à présenter une offre devront produire un rendu de niveau avant-projet sommaire. Une prime égale à 83 000 euros (HT) sera allouée à chacun des candidats ayant remis une offre complète et conforme.

Le projet sera réalisé en BIM

Les prestations comportent 11 missions :

M1. APS – Mise au point de l'Avant-Projet Sommaire remis lors de la consultation

M2. ADM – Demandes d'autorisations administratives

M3. APD – Avant-Projet Définitif

M4. PRO – Études de Projet

M5. EXE – Études d'exécution et cellule de synthèse

M6. VISA-DET – Visa des plans d'exécution et direction de l'exécution du contrat de travaux

M7. TRVX – Réalisation des travaux

M8. AOR – Assistance aux opérations de réception et suivi de la GPA

M9. MOB – Mobilier

M10. SIGN – Signalétique

Le pouvoir adjudicateur impose une durée maximum de :

– 11 mois pour l'exécution des missions M1 à M4 (études de conception) y compris délais de validation par le maître d'ouvrage ;

– 24 mois pour l'exécution des missions M5 à M7 (période de préparation et réalisation des travaux).

Le pouvoir adjudicateur déclarera irrégulière toute offre ne respectant pas ces délais maximums.

1. la valeur prix (40 %) appréciée au regard du montant du prix global et forfaitaire mentionné dans l'acte d'engagement ;

2. la valeur fonctionnelle (20 %) appréciée au regard :

- de la pertinence du plan masse par rapport aux exigences de flux, de non-covisibilité et de non-communicabilité entre quartiers et vis-à-vis de l'extérieur de l'enceinte (5 %) ;

- de la qualité de la réponse en termes de sûreté passive (organisation des espaces intérieurs et extérieurs compte tenu des exigences de surveillance) (5 %) ;

- de la qualité et de la pertinence de la réponse aux autres exigences du programme fonctionnel (10 %).

3. la valeur architecturale (15 %) appréciée au regard :

- des réponses architecturales apportées pour apaiser la vie en détention et donner de la qualité aux espaces de vie (5 %) ;

- de la réponse aux contraintes de site et de l'insertion du projet dans l'environnement (5 %) ;

- de l'étendue de la mission confiée à la maîtrise d'œuvre technique et architecturale et de

l'organisation des moyens mis en œuvre pour garantir la qualité de réalisation (5 %).

4. la valeur technique (10 %) appréciée au regard :

- de la qualité de la proposition au vu des enjeux de maintenabilité, de durabilité, et de coût d'exploitation. Cela porte en particulier sur le choix des matériaux, équipements et dispositifs constructifs (5 %) ;

- de la pertinence de la proposition au vu des autres performances du programme technique (5 %).

5. le délai et l'organisation du chantier (15 %), appréciés notamment au regard :

- du délai global d'exécution qui s'entend comme la somme des délais fixés par le candidat dans son offre pour la phase conception et la phase réalisation (10 %) ;

- de la qualité de la réponse en termes d'organisation du chantier au regard des contraintes de phasage et compte tenu de la proximité du centre pénitentiaire en fonctionnement (5 %).

Auditions

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'inviter les candidats ayant remis une offre finale à venir présenter oralement leur projet.

Cotraitant assurant la conception : dans les pièces administratives relatives au présent marché, il est fait référence à l'entité assurant la conception sous l'appellation « le maître d'œuvre ».

Conformément au décret n° 2017-842 du 5 mai 2017, ce dernier assure le rôle de maître d'œuvre avec toutes les obligations définies par le CCAG-Travaux, à l'exception des dérogations mentionnées explicitement dans le présent CCAP. À ce titre, le maître d'œuvre devra a minima

assurer les missions mentionnées à l'article 2 de Décret 2017-842 du mai 2017, c'est-à-dire :

- Les études d'avant-projet sommaire
- Les études d'avant-projet définitif
- Les études de projets
- Les études d'exécution
- Le suivi d'exécution et leur direction le cas échéant
- La participation aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement

Ainsi que :

- Mission mobilier
- Mission Signalétique

2. Conception, réalisation et aménagement d'une Structure d'accompagnement à la Sortie (SAS) en appel d'offres restreint

Enveloppe financière prévisionnelle : 15 M€ HT en mois de valeur juillet 2018

Durée :

- 12 mois maximum pour l'exécution des missions d'études de conception, y compris les délais de validation par la maîtrise d'ouvrage.

– 22 mois maximum pour l'exécution des missions de réalisation des travaux.

Le pouvoir adjudicateur déclarera irrégulière toute offre ne respectant pas ces délais maximums.

– 2 mois fermes pour l'exécution de la partie de la mission relative aux Opérations Préalables à la Réception (OPR).

Le pouvoir adjudicateur déclarera irrégulière toute offre ne respectant pas ces délais fermes.

Le présent marché est passé selon une procédure d'appel d'offres restreint

Jugement des offres

Le groupement candidat choisi comme attributaire du marché sera celui ayant soumis l'offre économiquement la plus avantageuse, appréciée en fonction des critères pondérés suivants :

1. la valeur prix (40 %) appréciée au regard du montant du prix global et forfaitaire mentionné dans l'acte d'engagement.

2. la valeur fonctionnelle (20 %) appréciée au regard :

– de la qualité de la réponse aux exigences de sûreté passive, de limitation des projections et de relation au voisinage (10 %) ;

– de la qualité et de la pertinence de la réponse aux autres exigences fonctionnelles (10 %).

3. la valeur architecturale (20 %) appréciée au regard :

– des réponses architecturales apportées pour apaiser la vie en détention (5 %) ;

– de la réponse aux contraintes de site et de l'insertion du projet dans l'environnement (10 %).

Primes

Une prime égale à 90 000 € HT sera allouée à chacun des candidats ayant remis une offre complète et conforme. Cette prime sera prise

De l'étendue de la mission confiée à la maîtrise d'œuvre technique et architecturale et de l'organisation des moyens mis en œuvre pour garantir la qualité de réalisation (5 %).

4. la valeur technique (10 %) appréciée notamment au regard :

– de la qualité de la proposition au vu des enjeux de maintenabilité, de durabilité, et de coût d'exploitation. Cela porte en particulier sur le choix des matériaux, équipements et dispositifs constructifs (5 %) ;

– de la pertinence de la proposition au vu des autres performances du programme technique (5 %).

5. le délai (10 %) apprécié notamment au regard :

Du délai global d'exécution qui s'entend comme la somme des délais fixés par le candidat dans son offre pour la phase conception et la phase réalisation.

Variantes

Variantes imposées par le pouvoir adjudicateur : NON

Variantes à l'initiative des soumissionnaires : OUI

Seules les variantes concernant les points suivants pourront être proposées :

– propositions de fenêtres de cellules innovantes permettant d'améliorer le confort thermique d'été ;

– propositions de solutions ou dispositifs faisant ressortir des économies en coût global ;

– propositions de solutions ou dispositifs permettant de réduire l'empreinte énergétique et carbone des bâtiments.

en compte dans la rémunération de l'attributaire du marché.

Autres exemples de cahiers des charges :

www.egfbtp.com/reglementation-et-contrats-types/base-documentaire-marche-global-sectoriel

PRÉSENTATION

Le marché de partenariat est le successeur du « contrat de partenariat ». Il est défini aux articles L 1112-1 et L. 2200-1 et suivants du décret du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique (ex articles 66 et suivants de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics).

Le marché de partenariat a pour particularité d'englober et d'unifier sous un même contrat l'ensemble des montages contractuels complexes qui associent les partenaires publics et les partenaires privés (notamment les instruments d'occupation domaniale tels que les BEA⁽¹⁾ et les AOT⁽²⁾). Les montages aller-retour tels que le BEH (bail emphytéotique hospitalier), les lois LOPPSI (loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure) et LOPJ (loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice), etc. ont de ce fait disparu pour laisser la place au marché de partenariat. En application des articles L. 2212-1 à L. 2212-4 du Code de la commande publique, le marché de partenariat constitue un marché public qui

permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général.

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments.

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

(1) BEA : bail emphytéotique administratif.

(2) AOT : autorisation d'occupation temporaire.

Qu'est-ce que cela implique pour le maître d'ouvrage ?

Le maître d'ouvrage peut se concentrer sur son métier et sur les performances à atteindre, il peut raisonner en coût global, c'est-à-dire en prenant en compte le coût d'investissement et celui de fonctionnement.

Le marché de partenariat est un contrat public certes global, mais dont le paiement public est différé, contrairement aux autres marchés publics globaux du Code de la commande publique : le paiement de ce marché est lissé dans le temps au moyen d'un « loyer financier » qui prend en compte divers paramètres financiers (coût du financement, coût de la conception et de la construction, exploitation-maintenance, rémunération de l'opérateur) : ce lissage permet d'absorber le financement privé du marché grâce à un paiement public différé.

CONDITIONS DE RECOURS

Le recours aux marchés de partenariat, par opposition aux marchés publics « classiques », est soumis à une double condition.

Tout d'abord, l'acheteur doit démontrer que le recours à ce marché de partenariat est plus favorable, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé, que les autres modes de réalisation.

En vertu de l'article L. 2211-6 du Code de la commande publique : « *La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* ».

Il doit le faire dans cadre de l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet, ainsi que dans le cadre de l'étude de soutenabilité budgétaire.

Les critères de l'urgence et de la complexité du projet, qui étaient autrefois admis pour les

contrats de partenariat, ont disparu au seul profit de celui du bilan favorable.

À cet égard, l'attention des acheteurs est attirée sur le fait que la possibilité de bénéficier d'un paiement différé ne saurait, à elle seule, constituer un avantage. Les analyses du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire seront respectivement soumises pour avis à un organisme expert et au service de l'État compétent (article L. 2212-2 du Code de la commande publique, ex article 76 de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent recourir à ce type de marché que si la valeur de celui-ci est supérieure à un seuil défini par voie réglementaire. Ce seuil conduit à réserver le recours à des contrats de partenariat à des projets d'une particulière importance.

La valeur du marché de partenariat devra comprendre la rémunération du titulaire versée par l'acheteur, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine ainsi que, le cas échéant, les éventuels concours publics. La valeur à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi à la publication de l'avis d'appel à la concurrence.

Ainsi, à la seule condition de remplir ces critères de recours particulièrement contraignants, l'acheteur peut recourir au marché de partenariat et déroger, par suite, au principe de l'allotissement.



NOTA : Un récent jugement du tribunal administratif de Marseille a annulé le recours au marché de partenariat pour une vaste opération de démolition et reconstruction de 34 lycées à Marseille d'un montant de 670 millions d'euros, au motif que l'évaluation préalable n'a pas permis de démontrer le bilan économique plus favorable de ce type de contrat par rapport aux autres formes de marchés, notamment les marchés passés en loi MOP classique (TA Marseille 12 février 2019, req. n° 1709848). Cette décision montre que le recours au marché de partenariat apparaît difficilement justifiable aux yeux du juge administratif, et ce, même si le marché de partenariat présente d'autres avantages non économiques (délai raccourci, forte complexité de l'opération ne permettant pas à la collectivité de gérer la maîtrise d'ouvrage du projet, etc.), si la personne publique ne démontre pas l'intérêt financier de ce contrat dérogatoire.

1) Acheteurs autorisés à lancer un marché de partenariat

Tous les acheteurs ne sont pas autorisés à passer un marché de partenariat. En vertu de l'article L. 2211-1 du Code de la commande publique, les acheteurs non autorisés sont les organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie par l'arrêté mentionné au 1 de l'article 12 de la loi du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014, ainsi que les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Toutefois, l'État peut conclure un marché de partenariat pour le compte d'un acheteur non autorisé sous certaines conditions, en vertu de l'article L. 2211-3 du CCP.

2) Évaluation du mode de réalisation du projet

En application des articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du CCP, l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet, avant de lancer un marché de partenariat.

L'article L. 2212-1 prévoit ainsi que : « Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. »

L'article L. 2212-2 indique que « L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire. »

Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire.

L'acheteur doit aussi réaliser une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits (art. L. 2212-3 et L. 2212-4 du CCP).

« Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur réalise une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits. » (CCP, art. L. 2212-3).

« L'étude de soutenabilité budgétaire est soumise pour avis au service de l'État compétent. » (CCP, art. L. 2212-4).



Exemple de marché de partenariat : Ilôt Perrée – Vue de la façade d’entrée

© MrViloBach et PCA Stream

NOTA : la spécificité du marché de partenariat se retrouve dans l’obligation pour l’acheteur public de procéder à une évaluation préalable du projet envisagé et de sa soutenabilité budgétaire, ce qui n’est absolument pas exigé pour recourir aux autres marchés globaux précités aux chapitres précédents. En outre, l’acheteur public devra démontrer, au moyen d’un bilan, que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet.

PASSATION ET MISE EN ŒUVRE

1) Caractère ajustable des modalités de financement

L’acheteur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l’offre finale présentent un caractère ajustable (article L. 2222-1 du CCP).

Ces ajustements ne peuvent cependant avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l’acheteur de l’obligation de respecter le principe du choix de l’offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au titulaire pressenti de bouleverser l’économie de son offre.

L’ajustement de l’offre ne porte que sur la composante financière du coût global du contrat et est seulement fondé sur la variation des modalités de financement à l’exclusion de tout autre élément.

Le soumissionnaire auquel il est envisagé d’attribuer le marché de partenariat présente le financement définitif dans un délai fixé par l’acheteur (article L. 2222-2 du CCP). À défaut, le marché de partenariat ne peut lui être attribué et le soumissionnaire dont l’offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même.

2) Contenu de l'offre en cas de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels

Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural (article L. 2222-3 du CCP).

3) Autorisation de l'organe décisionnel

Le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire (article L2221-1 et s. du CCP). Pour l'État et ses établissements publics, ce sont les autorités administratives compétentes. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant. Pour les autres acheteurs, ils sont présentés à l'organe décisionnel.

“Le PPP ne coûte pas plus cher qu'un contrat de maîtrise d'ouvrage publique grâce aux économies issues de l'approche globale. C'est la durée et la vitesse des travaux qui font la différence.”

Emmanuelle Champigny, directrice générale des services du conseil départemental de la Moselle (10 ans de PPP dans la commande publique, Éditions Le Moniteur, novembre 2014)

4) Quelle procédure choisir ?

Pour recourir au marché de partenariat, la **procédure idéale est**, par nature, le **dialogue compétitif**, puisque l'acheteur public n'a pas, au départ du projet, défini précisément son besoin : à charge pour le secteur privé de fournir des propositions de solutions innovantes afin d'obtenir un coût global amélioré, optimisé.

La caractéristique majeure de cette procédure est que l'acheteur public discute avec les opérateurs économiques candidats des solutions techniques destinées à répondre à ses besoins et c'est sur la base des solutions techniques proposées par

chaque opérateur économique et acceptées par l'acheteur public que les opérateurs allant jusqu'au bout de la procédure vont faire une offre.

Le pouvoir adjudicateur exprime donc un besoin de façon générale afin que les opérateurs économiques préalablement sélectionnés sur la base de l'expression de ce besoin fassent une offre de solution technique permettant d'enclencher un dialogue purement technique : la procédure est lancée à partir d'un simple programme fonctionnel très large dont les aspects techniques sont négociés.

Pour autant, le recours au marché de partenariat est fortement conditionné par le respect de prescriptions visant à s'assurer que le recours à un tel contrat n'a pas uniquement pour objectif de déroger aux règles fondatrices de la commande publique (égalité devant la commande publique, protection des propriétés publiques, bon usage des deniers publics).

EXÉCUTION

Lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation.

Lorsque l'acheteur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception de l'ouvrage, il peut lui-même, par dérogation à l'obligation prévue à l'article L. 2431-3 du CCP, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume.

1) Acquisition des biens et cession de contrats

Sur décision de l'acheteur, le titulaire du marché de partenariat peut être chargé d'acquérir les

biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation. Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par l'acheteur pouvant concourir à l'exécution de sa mission (article L. 2231-1 du CCP).

2) Autorisation d'occupation du domaine public

Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public (article L. 2213-10 du CCP).

3) Mise à disposition de l'acheteur des ouvrages, équipements ou biens immatériels

Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition de l'acheteur. Il garantit notamment le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont l'acheteur est chargé et le respect des exigences du service public (article L. 2213-11 du CCP).

4) Acquisition des installations édifiées dans le cadre du contrat

Le marché de partenariat peut prévoir la possibilité pour l'acheteur d'exercer une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations édifiées dans le cadre du contrat (article L. 2213-12 du CCP).

5) Propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels en fin de contrat

Le marché de partenariat prévoit les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels (article L. 2213-13 du CCP).

6) Part d'exécution du contrat réservée aux PME

Le marché de partenariat prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions fixées par voie réglementaire (article L. 2213-14 du CCP).

7) Durée du marché de partenariat

La durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues (article L. 2213-2 du CCP).

8) Rémunération du titulaire

En vertu des articles L. 2213-8 et L. 2213-9 du CCP, la rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur à compter de l'achèvement des missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de l'article L. 1112-1 et pendant toute la durée du contrat. Cette rémunération est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat.

Le contrat détermine les conditions dans lesquelles les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur.

9) Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat

Le titulaire du marché de partenariat établit un rapport annuel permettant d'en suivre l'exécution. Ce rapport est adressé, chaque année, à

l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat (article L. 2234-1 du CCP).

L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du marché de partenariat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu (article L. 2234-2 du CCP).

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel établi par le titulaire mentionné à l'article L. 2234-1 et les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur mentionnés à l'article L. 2234-2 sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant et font l'objet d'un débat (article L. 2234-3 du CCP).

10) Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat

En cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur (article L. 2235-1 du Code de la commande publique).

EN PRATIQUE

Tableau de bord des marchés de partenariat (source Fininfra, 20 février 2019)

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/fininfra/TdB/tdbjan19.pdf



Les avantages du marché de partenariat

- Optimisation de l'opération en termes financiers et la réduction des coûts et des aléas, grâce à l'approche de coût global : porter un projet de sa conception à sa réalisation, en incluant son exploitation future, permet de générer des économies substantielles sur son coût.
- Partenaires poussés à exprimer leurs capacités d'innovation.
- Un opérateur responsable de ses choix dans la durée.
- Optimisation de la qualité du service car l'opérateur privé gère les équipements.
- Facteur de sécurité et de progrès pour le maître d'ouvrage.



Les points clés à retenir

- Contrat global de longue durée répondant à un besoin de service complet pour la personne publique, comprenant le financement, la conception, la construction et l'entretien de l'ouvrage.
- Réalisation clé en main d'un équipement public associé à un service complet de financement et de gestion de service étalée dans le temps.
- Paiement différé.
- Obligation pour l'acheteur public de procéder à une évaluation préalable du projet envisagé et de sa soutenabilité budgétaire.

 **Parole d'experts...**


**Entretien avec Gaële Chamming's,
avocat associé du cabinet CHAMMING'S AVOCATS,
docteur en droit public et chargée d'enseignement des Universités**

Depuis 2012, le cabinet CHAMMING'S AVOCATS a assuré l'AMO juridique de 13 marchés publics globaux de performance (ex CREM et CPE) et 12 contrats de partenariat (dont 2 marchés de partenariat), 18 concessions de service, une conception-réalisation.

Quelle différence entre le marché de partenariat et le contrat de partenariat ?

Le régime juridique du contrat de partenariat devenu le marché de partenariat a été modifié dans son périmètre et ses modalités de mise en œuvre. La possibilité d'un périmètre « à tiroir » où l'entretien, l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage ne constituent plus une base obligatoire, voire l'intégration de la gestion du service public sans risque d'exploitation, sans préjudice de l'ensemble des conditions d'éligibilité ont modifié la perception de l'outil, déjà fort décrié, alors même que la complexité et l'urgence ont disparu ! Un

investissement public reste toujours un enjeu pour la bonne gestion des deniers publics quel que soit l'outil et l'exercice comparatif des modèles contractuels aurait dû pouvoir se généraliser à l'ensemble de la commande publique. Cela dit, même, sans texte, nombre de collectivités font l'exercice bien qu'il ne s'agisse pas de parfaire à la réalisation d'une évaluation préalable telle qu'exigée par les textes pour le seul marché de partenariat. Il n'en demeure pas moins que depuis 2016, le marché de partenariat a perdu de son attrait. Il suffit de regarder les statistiques de FIN INFRA pour s'en convaincre.

Pour quels types d'opérations le marché de partenariat est-il adapté et quels sont ses avantages ?

Au titre de ses avantages dont il est le seul à pouvoir se targuer, le marché de partenariat permet la valorisation patrimoniale dans un seul

Tableau comparatif entre le marché de partenariat et le marché global de performance

Marché global de performance	Marché de partenariat
Pas de seuil de recours	Seuil de recours selon l'objet du marché
Soumis à la loi MOP mais dérogation à la règle de non cumul des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur	Non soumis à la loi MOP
Interdiction du paiement différé pour certains acheteurs	Paiement différé
Interdiction de contribuer au paiement de la construction par la rémunération des prestations d'exploitation et de maintenance	Le co-contractant privé peut préfinancer toute ou partie des investissements
La maîtrise de l'ouvrage est publique	La maîtrise de l'ouvrage est privée
Aucune obligation d'allotissement	Aucune obligation d'allotissement

et même contrat et affiche clairement la possibilité de recettes dites annexes. Sans préjudice du principe de paiement différé sur la durée longue du contrat et à compter de la mise à disposition des ouvrages, il conserve la vertu d'une maîtrise des délais et du partage de risques significatifs au contraire de la maîtrise d'ouvrage publique. Le marché de partenariat reste étudié pour des ouvrages de type bâtiment d'enseignement ou administratif, éclairage public, EHPAD, avec la conception et la maintenance dans le périmètre mais sans la gestion du service public.

Quels points de vigilance côté public faut-il avoir ?

La vigilance fondamentale à observer pour la personne publique est, à mon sens, de procéder aux études préalables en toute neutralité avec des indicateurs fiables et réels. Le schéma de référence privilégié est dorénavant souvent le MGP et l'écart en VAN⁽³⁾ est souvent sensible. Il est donc un outil singulier du pilotage de l'action publique devant être utilisé à bon escient.

(3) Valeur actualisée nette

Exemples de marchés de partenariat

I. Marché de partenariat relatif à la restructuration et la réhabilitation d'un immeuble en dialogue compétitif

Missions : mission globale portant sur la conception, le financement, la réhabilitation et la restructuration d'un immeuble administratif relevant des monuments historiques (sans entretien maintenance).

Procédure de dialogue compétitif ;

Montant : 4,399 M€ TTC

Durée : 10 ans

Maintenance extérieure au marché de partenariat

La responsabilité de la garantie décennale déléguée à l'opérateur extérieur. Avec rétrocession des droits réels à la personne publique.

Le marché de réception ne fait pas l'objet d'une réception. Il n'y a pas de transfert de la responsabilité décennale à la maîtrise d'ouvrage publique.

Critères utilisés : complexité constructive de la réhabilitation

1) Phase de dialogue compétitif

Le dialogue est organisé de manière séparée entre les candidats et en phases successives dont le nombre est, *a priori* limité de manière prévisionnelle à un, avant la remise des offres finales, comme suit :

- phase « offres initiales » ;
- phase « offres finales ».

Lors des phases de dialogue, les candidats remettent, dans le cadre de leur offre, une proposition apportant une réponse technique, juridique et financière au besoin exprimé.

La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du Marché, de leurs propositions et de leurs offres. Le cas échéant, elle pourra poser des questions écrites aux candidats, avant la réunion de dialogue.

Les réponses des candidats devront intervenir avant ladite réunion, dans un délai spécifié. Les réponses auront un caractère contractuel et engageront le candidat.

Au cours du dialogue, la personne publique pourra mener toute discussion utile avec les candidats selon tous moyens (réunions, courriers, courriels...) dans le respect des principes énoncés par le présent Règlement de Consultation.

Pour la seule phase de dialogue prévue à ce stade, l'ordre de passage des candidats à l'audition est déterminé en fonction de l'ordre d'arrivée des dossiers de candidatures. Pour l'éventuelle phase de dialogue supplémentaire (ou les phases de dialogue supplémentaires), la Personne publique déterminera l'ordre de passage des candidats à la séance de dialogue.

Les candidats seront avertis par courriel s'ils sont ou non admis à la phase suivante.

Réduction du nombre de candidats autorisés à poursuivre le dialogue

La Personne publique se réserve la possibilité, au gré de l'évolution de la consultation et en fonction de ses besoins ou pour toute autre raison, de modifier, à la hausse ou à la baisse, le nombre de phases de dialogue.

La Personne publique pourra, le cas échéant, poursuivre le dialogue avec les candidats et ouvrir une nouvelle phase jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins.

Au terme de chaque phase de dialogue, seuls les candidats dont les propositions répondent le mieux aux besoins de la Personne publique, appréciées au regard des critères de sélection des offres fixés dans le présent Règlement de la Consultation, seront retenus et admis à participer à la phase suivante « offre finale » à ce stade et sous réserve de la faculté, pour la Personne publique, de modifier le nombre de phases de dialogue.

La Personne publique pourra ainsi éliminer certains candidats en cours de procédure et, notamment, pourra décider de n'admettre aux

différentes phases de la procédure que certains candidats voire un seul candidat.

Les candidats seront avertis par courriel s'ils sont admis ou non à participer à la phase de dialogue suivante (le cas échéant) et, après la clôture du dialogue, à la phase « offres finales ».

2) Clôture du dialogue et phase

La clôture du dialogue interviendra lorsque la Personne publique estimera que la discussion est arrivée à son terme et qu'elle aura identifié la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins.

La Personne publique invitera alors les candidats ayant formulé les propositions les plus à même de répondre à ses besoins à remettre une offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées.

La Personne publique adressera aux candidats qui ne sont pas admis un courriel leur notifiant le rejet de leur proposition et leur éviction du dialogue.

Après réception des offres finales, la Personne publique pourra adresser aux candidats ayant déposé une offre finale des demandes de précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments de celle-ci.

Ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation, lorsque les modifications apportées sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

Les réponses apportées par les candidats aux demandes ainsi formulées auront un caractère contractuel et engageront les candidats.

3) Critères de sélection

Au stade des premières offres, chaque candidat aura deux notes (offre de base et variante imposée), chaque note étant établie au regard des critères indiqués ci-après.

Il est précisé que le critère I sera adapté pour l'appréciation des deux offres.

A. Coût global de l'offre/pondération : 35 points

Pour l'application de ce critère, la Personne publique prendra en compte les éléments suivants :

Afin de tenir compte de l'étalement dans le temps du paiement des redevances, chaque redevance trimestrielle sera actualisée à la date estimative de signature du Marché au taux annuel de 3,5 %.

Il est précisé que la somme ainsi actualisée sera calculée à partir des redevances présentées dans l'offre des candidats.

Il est précisé que la somme des redevances sera calculée à partir des éléments indiqués par les candidats dans leur offre notamment la part fixe intégrée à la formule d'indexation ainsi que l'échéancier de loyers.

Il est également précisé :

- qu'il ne sera pas non plus tenu compte des estimations des candidats relatives aux taxes refacturées à l'euro (CVAE, Organic etc.) en phase d'exploitation ;

- qu'afin de tenir compte de l'étalement dans le temps du paiement trimestriel des redevances et des propositions contractuelles d'indexation des redevances par les candidats, il sera appliqué à chaque fraction de redevance une indexation trimestrielle sur la base d'un taux d'indexation annuel de 1,5 % à partir de la date contractuelle de mise à disposition de l'ouvrage.

Le calcul d'indexation trimestrielle pour chacun des candidats reprendra la part fixe proposée dans la formule d'indexation pour chaque partie du loyer et pour chacun des candidats ;

- les fractions R2 de la redevance ainsi indexées seront ensuite actualisées à la date estimative de signature du marché de partenariat au taux annuel de 3,50 % ;

- les calculs d'indexation et d'actualisation seront effectués en reprenant les formules courantes de

calcul financier pour le calcul de l'indexation ou de l'actualisation des flux financiers.

Il réalisé une notation de ce critère pour l'Offre de base et l'Offre Variante selon les mêmes modalités décrites ci-dessus.

B. Qualité globale des ouvrages/
pondération : 45 points

Pour l'application de ce critère, la Personne publique prendra en compte les aspects suivants :

• **Aspects architecturaux et fonctionnels (25 points)**, ce sous-critère sera apprécié au regard des éléments suivants :

– **Qualité de la définition architecturale et spatiale du projet, noté sur 10 points**

– **Qualité de la rénovation et des éléments patrimoniaux conservés noté sur 5 points**

– **Qualité de l'organisation fonctionnelle du projet (contraintes de gestion de flux, contraintes de sûreté, aménagement et ergonomie des locaux, mobilier...) noté sur 10 points**

• **Le niveau des objectifs de performance technique et garanties d'atteinte des performances (20 points)**, ce sous-critère sera apprécié au regard des éléments suivants :

– **Qualité des équipements, installations, produits, et matériaux proposés et leurs finitions, notamment en termes de niveau de la performance, de la durabilité et de pérennité, d'usage et de confort, noté sur 15 points.**

– **Dispositions prévues pour l'entretien et la maintenance du bâtiment qui sera assurée par la Personne publique, noté sur 5 points.**

C. Part du marché confiée aux PME/
pondération : 5 points

Ce critère sera apprécié au regard des éléments suivants :

• **Part du marché confiée aux PME pendant la durée du marché (2,5 points).**

• **Pénalités proposées en cas de non-respect de l'engagement de la part du marché confiée aux PME (2,5 points).**

D. Qualité et justification de la robustesse du montage juridique/pondération : 15 points

Pour l'application de ce critère, la Personne publique prendra en compte :

• **Les propositions du candidat et leurs justifications concernant le transfert des risques pendant la durée du Contrat (sous pondération : 12 points).**

Ce sous-critère sera apprécié sur la base du projet de marché remis par le candidat avec ses propositions de modification, au regard des éléments suivants :

– du degré d'acceptation par le candidat des clauses du contrat concernant la prise en compte du risque amiante et plomb ;

– du degré d'acceptation par le candidat des clauses du contrat concernant les possibilités de refus de la Mise à Disposition par la Personne publique ;

– du montant unitaire de la pénalité journalière de retard dans la Mise à Disposition de l'Ouvrage ;

– du plafond de pénalités au titre du retard dans la Mise à Disposition de l'Ouvrage ;

– du degré d'acceptation par le candidat des clauses du Marché prévoyant une diminution de la Rémunération dans le cas où l'Ouvrage deviendrait indisponible ;

– propositions du candidat quant aux propositions du candidat quant aux causes exonératoires de sa responsabilité.

• **Les propositions du candidat concernant les clauses de résiliation du Marché (8 points).**

Le candidat ayant obtenu le plus de points, selon l'appréciation du Pouvoir Adjudicateur, au regard des critères énoncés ci-dessus sera l'attributaire du Marché.

Il est rappelé que chaque candidat aura deux notes, une au titre de l'offre de base et une autre de l'offre variante (sachant que ces offres, offre de base et offre variante, sont seulement différenciées au regard du critère I et seront donc appréciées de la même manière pour les autres critères).

Les critères indiqués ci-dessus seront également utilisés par la Personne publique pour, le cas échéant, éliminer certains candidats au fur et à mesure de l'avancement de la procédure d'attribution, par exemple entre la phase « première offre » et la phase « offre finale », sachant que la Personne publique pourra ajouter une phase de dialogue si elle le souhaite.

Il est précisé aux candidats que la Personne publique pourra abandonner la variante en cours de dialogue compétitif et avant la remise des offres finales.

4) Primes pour les candidats non retenus

Une prime sera attribuée à tous les candidats admis au dialogue.

Elle sera d'un montant maximal de trois cent mille euros hors taxes (300 000 € HT) par candidat.

La Personne publique se réserve le droit de réduire ou de supprimer le montant de cette prime en cas de remise d'une offre ou d'une proposition qui ne répondrait pas à ses attentes ou serait insuffisante ou bien compte tenu de l'éventuelle élimination d'un candidat en cours de dialogue.

5) Détail de l'investissement et du coût d'investissement à l'issue de la phase de construction

Les candidats à la procédure d'attribution fourniront le détail des dépenses d'investissement en indiquant :

- Le calendrier prévisionnel de paiement des dépenses durant la phase de conception/réalisation.
- Les conditions de préfinancement proposées détaillant l'indice de référence retenu pour le calcul du taux de préfinancement et sa valeur constaté 10 jours ouvrés avant la date de remise de leur proposition, la marge appliquée, le cas échéant, le délai contractuel de récupération de la TVA, les modalités de rémunération des éventuels fonds propres apportés, les modalités d'actualisation-révision des décaissements

mensuels, les modalités de calcul des commissions bancaires éventuelles et leur montant estimatif à la date d'établissement de l'offre complète ou de l'offre finale.

Le calcul du coût d'investissement intègre le calcul d'une provision pour indexation des coûts en phase de construction. Les candidats devront préciser la formule d'indexation des coûts en période de construction. Cette formule d'indexation est appliquée aux cadres avec une hypothèse de hausse annuelle de 2 % de l'indice pris en compte dans cette formule ; la formule sera appliquée sur la base d'un indice évoluant de 2 % par an mais tiendra compte de la part fixe proposée par les candidats. Les candidats peuvent *a contrario* soit proposer des formules de plafonnement de l'indexation du coût d'investissement soit proposer un prix global et forfaitaire sans provision pour indexation.

- Pour le dimensionnement de l'engagement bancaire, il est demandé aux candidats de prendre les hypothèses suivantes :
 - Indice annuel d'évolution des coûts en phase de Conception-Construction égal à 2 %.
 - Indice de référence retenu pour le calcul du taux de préfinancement égal à 0 %.

6) Détail des instruments de financement en phase d'exploitation de l'ouvrage

Pour chacun des instruments de financement (fonds propres, quasi fonds propres, dette subordonnée d'actionnaires, ensemble des prêts bancaires, etc.) les candidats admis à la déposer une offre détailleront les points :

- L'indice de référence retenu pour le calcul du taux de financement.

Afin de déterminer le taux de référence permettant de calculer les intérêts financiers sur les instruments de financement en phase de construction et d'entretien maintenance, les candidats doivent impérativement utiliser les taux de marché constaté 10 jours ouvrés avant la date de remise de leur proposition et joindre une impression des écrans de cotation utilisés (EURIBOR, ICAPEURO par exemple) qui devra

préciser la base de calcul des taux swap et des taux monétaires. Il est précisé ici que les candidats doivent calculer le taux du swap amortissable qui correspond aux annuités de remboursement des instruments de financement (hypothèse d'un départ spot).

- La marge appliquée en distinguant une éventuelle marge sur le contrat d'échange de taux.
- La chronique de remboursement de chacun des instruments de financement sur toute la durée du contrat.
- Les modalités de rémunération des éventuels fonds propres apportés exprimés en TRI avant impôt en distinguant les différentes catégories de fonds propres proposées par les candidats.
- Les modalités de partage d'éventuels gains de refinancement entre la Personne publique de Police et le titulaire.
- La structuration de financement de l'opération : Les candidats admis à participer au dialogue présenteront la structuration de financement de l'opération et notamment :
 - l'organigramme juridico-financier du (des) montage(s) financier(s) envisagé(s).
- En cas de recours à une société de projet, nous demandons aux candidats de justifier très précisément le montant des fonds propres au regard de la taille de la société de projet et sur la durée du contrat. Le montant de ces fonds propres doit être justifié a minima au regard de la garantie du transfert de risques, c'est-à-dire principalement le paiement de l'indemnité de résiliation pour faute.
- Les demandes de rédaction concernant une éventuelle cession de créance à titre irrévocable.
- le dispositif permettant de fixer la valeur définitive du Coût d'Investissement, du taux de financement (modalités de modification des indices de référence), de la Rémunération financière et la date à laquelle cette cristallisation est envisagée.

7) Rémunération

Les candidats admis à la Procédure de dialogue compétitif détailleront :

- les modalités de calcul de la Rémunération financière (périodicité du versement de la Rémunération, terme échu ou à échoir, type de taux retenu...);
- les formules d'indexation proposées pour les termes révisables de la Rémunération (Gestion et administration du projet) ;

8) Risques et garanties financiers

Les candidats admis à la Procédure d'Attribution rédigeront :

- une note précisant les principales clauses des assurances fournies pendant la phase de construction ;
- une note détaillée précisant le traitement fiscal de l'opération et les montants relatifs aux impôts et taxes supportés pendant le projet et au cours des différentes phases ;
- une note détaillée précisant les hypothèses comptables retenues tout au long du projet ;
- une note présentant quatre simulations de résiliation. Ces simulations présenteront les modalités de calcul et le montant d'indemnité dû par la Personne publique de Police dans les cas de figure suivants :
 - résiliation pour cause légitime de l'ouvrage 4 ans après la Date de Mise à Disposition de l'ouvrage ;
 - résiliation pour cause légitime de l'ouvrage 8 ans après la Date de Mise à Disposition de l'ouvrage ;
 - résiliation pour faute du Partenaire de l'ouvrage 4 ans après la Date de Mise à Disposition de l'ouvrage ;
 - résiliation pour faute du Partenaire de l'ouvrage 8 ans après la Date de Mise à Disposition de l'ouvrage.

Dans les cas d'une résiliation pour faute, le niveau de fonds propres présents dans la société de projet au moment de la résiliation devra être explicité et argumenté dans la pièce FIN4.4. La Personne publique de Police précise que les simulations demandées ci-dessus pourront être présentées sous forme d'un onglet dédié attaché

au modèle financier transmis par le candidat pour chacune des offres ;

- une note présentant de manière synthétique les réponses du candidat concernant les critères/sous-critères en matière de qualité du montage juridico-financier.

Les candidats devront établir cette note en fonction des articles identifiés dans le Contrat relatifs à des pénalités et leur demandant des propositions sur ce point. Notamment, cette note présentera une synthèse du montant des pénalités proposées :

- pénalités proposées en phase de construction et de retard de mise en service ;
- pénalités proposées en phase d'exploitation en cas de défaillance, d'insuffisance ou de retard en phase d'exploitation.

L'attention des candidats est attirée sur le fait que cette note devra également présenter les pénalités dues pendant la phase d'exploitation et qui doivent déjà apparaître dans le projet de...

2. Marché de partenariat portant sur la conception, le financement, la construction, le gros entretien et le renouvellement ainsi que la maintenance d'un Ehpad

Procédure ouverte

Missions : la conception, le financement, la construction, le gros entretien/renouvellement et la maintenance d'un bâtiment hébergeant un EPHAD de 141 lits et des équipements qui y sont attachés.

Coût de 12,4 M€.

Durée : 528 mois maximum - Durée du contrat : 40 ans

Projet : 141 places : 95 places pour personnes âgées dépendantes, 28 places Alzheimer, 18 places pour personnes handicapées vieillissantes et 6 places en accueil de jour.

Critères d'attribution

Critère de qualité

Modèle des éventuels actes de cession de créances (ou autre documentation bancaire à mettre en place)

Les candidats présenteront les modèles qu'ils souhaitent utiliser à la signature du contrat :

- d'Acte de Cession de Créances ;
- d'Acte de Notification de la Cession de Créances ;
- d'Acte d'Acceptation de la Cession de Créances.

Programme d'assurance

Les candidats produiront une note sur le programme d'assurances envisagé précisant, notamment, les principales assurances (ou projets d'assurances) souscrites par les candidats dans le cadre de l'exécution du Marché et les caractéristiques desdites assurances (type, niveau de couverture, éventuelles exclusions, éventuelles franchises, coûts...).

Dans cette note, les candidats devront expliquer pourquoi ils considèrent que le niveau de couverture assurance qu'ils proposent est nécessaire et suffisant pour assurer une couverture optimum des risques pour la Personne publique.

1) Coût global de l'offre (la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction, l'entretien des biens)/ Pondération : 45

2) Coût : 1. Qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels/Pondération : 38 2. Garanties financières et contractuelles et niveau de prise en charge des risques/Pondération : 14

3) Part d'exécution du contrat confié à des petites et moyennes entreprises et à des artisans/Pondération : 3

Début des travaux avant juin 2019 et remise des clés prévue vers mars 2021.

Montage permettant un conventionnement APL qui permettra d'amoindrir l'impact du coût de la construction sur le tarif payé par les résidents en fonction de leurs revenus.

3. Marché de partenariat pour la création d'un bâtiment à usage culturel, touristique, associatif et technique

Missions : le financement, la conception, la construction, l'entretien-maintenance et le gros entretien pour le renouvellement d'un ouvrage à usage culturel, touristique, associatif et technique devant comprendre une Maison des Associations ; une médiathèque/ludothèque/archives, une salle de conférence ; un office de tourisme ; une maison de quartier ; un cantonnement pour le service propreté ; des sanitaires publics automatiques accessibles de l'extérieur ; des locaux techniques ; le bunker existant et sa liaison avec le reste du bâtiment.

Durée : 20 ans à compter de la date effective de mise à disposition de l'ouvrage laquelle est prévue 22 mois et une semaine après la date d'entrée en vigueur du Marché de Partenariat.

Valeur : 20 776 334 euros

Dialogue compétitif

Critères d'attribution

Coût :

I. coût global de l'offre/Pondération : 30 %

Information sur les options : non

Offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction de :

– Coût global de l'Offre : 30 %

– Qualité architecturale et fonctionnelle du projet : 30 %

– Objectifs de performances contractuelles : 20 %

– Partage des risques : 10 %

– Part d'exécution du contrat que le Candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans : 10 %

Nombre d'offres reçues : 3

L'entrepreneur s'engage à confier directement ou indirectement à des PME et à des artisans 35 % des coûts de Conception-Construction et 15 % des dépenses au titre du GER cumulés sur la durée du marché.

4. Marché de partenariat pour la conception, la construction et le financement du nouveau centre administratif

Marché de partenariat qui ne porte pas sur la maintenance et l'exploitation du bâtiment.

Un bâtiment remis à la commune sans frais en fin de contrat.

Montant : 24 701 334 € HT moyen annuel
1 122 788 € HT actualisé à la date de cristallisation des taux d'intérêt, après la signature du contrat.

Procédure d'appel d'offres ouvert

Engagement en termes de performance environnementale correspondant à une certification HQE niveau excellent – Label Effinergie + Cep

max – 40 % et Bbiomax – 40 % engagement concernant l'emploi des PME : prestations à hauteur de 30 % du coût des travaux.

Engagement concernant l'insertion sociale : 5 % des heures travaillées soit 7 490 heures au titre de la clause d'insertion.

Durée contractuelle de 25 ans, dont 22 ans de loyers à compter de la mise à disposition de l'ouvrage.

Coûts du contrat 24 701 334 € HT. Moyen annuel
1 122 788 € HT. Actualisé à la date de cristallisation des taux d'intérêt, après la signature du contrat.

Autres exemples de cahiers des charges :

www.egfbtp.com/reglementation-et-contrats-types/base-documentaire-marche-partenariat

Le cas particulier du contrat de performance énergétique (CPE)

PRÉSENTATION

Le contrat de performance énergétique est une forme d'organisation de contrat global. Il a pour objet d'améliorer l'efficacité énergétique d'un ouvrage, c'est-à-dire de le rendre plus sobre énergétiquement, afin d'économiser sur son exploitation. Le degré d'amélioration ou de performance énergétique requis par le donneur d'ordre figure au contrat et en constitue l'obligation essentielle.

LE CADRE JURIDIQUE

L'origine du contrat de performance énergétique (CPE) est européenne. Le CPE ne comporte pas de définition en droit français.

La directive européenne 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique le définit comme un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique d'un ouvrage. Des investissements sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique, qui est contractuellement défini, ou un autre critère de performance énergétique convenu, tel que des économies financières.

L'investissement consenti pour atteindre cet objectif peut être :

– matériel et consister en des travaux et/ou de la remise à niveau d'équipements techniques ;

– ou immatériel et consister, par exemple, en des actions de maintenance ou de formation ou de sensibilisation comportementale.

L'article 5 de la loi Grenelle 1 du 5 août 2009 mentionne le CPE et précise qu'il sera mis en œuvre de manière préférentielle dans le domaine de la commande publique, sous la forme d'un marché global regroupant des prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance.

L'article 7 de la loi Grenelle 2 du 13 juillet 2010 mentionne également le CPE comme un outil contractuel, mis à la disposition des copropriétaires privés d'un immeuble, pour engager une action d'amélioration de l'efficacité énergétique suite à l'établissement d'un diagnostic de performance énergétique ou d'un audit énergétique.

Le CPE peut entrer dans deux moules juridiques différents :

– le marché de conception réalisation dont le champ d'application est défini à l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique (anciennement art. 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

– le marché public global de performance dont le champ d'application est précisé à l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique (anciennement art. 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

MODALITÉS DE RECOURS

À l'heure actuelle, le CPE s'applique au MGP. Il peut donc se mettre en œuvre discrétionnairement sous forme d'un marché global dans le cadre de ces deux articles.



NOTA : le marché de partenariat est également un outil contractuel utilisable pour atteindre des objectifs de performance énergétique. L'article 5 de la loi Grenelle I du 5 août 2009 prévoit d'ailleurs qu'il est un outil contractuel adapté pour réaliser des travaux de rénovation en matière d'économie d'énergie portant sur les bâtiments de l'État et de ses principaux établissements publics.

Le pouvoir adjudicateur qui a recours à un CPE a la faculté d'utiliser la compétence d'un assistant maître d'ouvrage (AMO), afin de mieux maîtriser les aspects techniques et contractuels.

Selon qu'il entre dans le cadre d'un marché de conception réalisation, d'un marché public global de performance ou d'un marché de partenariat, l'acheteur public utilise les procédures de consultation propres à chacun de ces marchés.

1) L'audit complet : une étape essentielle

L'étape essentielle consiste à faire réaliser un audit complet et fiable de l'ouvrage à rénover énergétiquement, s'il s'agit d'intervenir sur l'existant. Cet audit renseigne l'acheteur public sur le potentiel d'économie d'énergie de son bâtiment ou de son parc de bâtiments.

Cet audit doit permettre aux candidats de présenter des offres cohérentes et adaptées :

– il doit décrire l'ouvrage sur le plan de son enveloppe, de ses équipements techniques et de son mode de fonctionnement ;

– il quantifie les consommations énergétiques en récapitulant les données historiques du ou des bâtiments. Ces données historiques, outre les consommations énergétiques répertoriées sur la période antérieure au lancement du CPE, font état du niveau de service constaté (température intérieure par exemple), des variables

exogènes physiques de la période passée (température extérieure notamment), de la superficie et des conditions d'utilisation pendant cette même période, ainsi que des conditions d'usage en cours. La situation historique décrite sert à établir la situation de référence qui est la situation contractuelle qui va servir de base de mesure au calcul de la performance énergétique.

Les cocontractants se réfèrent à cette situation de référence pour chaque mesure périodique de l'efficacité énergétique. Elle est ajustée à chaque échéance de vérification en fonction de différents paramètres : changement dans le niveau de service, changement des conditions de fonctionnement, comportement des usagers, etc.

Elle peut aussi être établie en se servant d'un protocole de mesure et de vérification tel que l'IPMVP Protocole de Mesure et de Vérification, géré par l'association EVO (efficiency valuation organisation). Le protocole IPMVP est le protocole de mesure le plus connu. La méthode consiste à mesurer l'énergie consommée pendant une période de référence, analyser les variables, et déterminer l'équation d'ajustement.

2) La garantie de performance énergétique

La performance énergétique est l'objet du CPE. Elle vise à obtenir du titulaire du marché un engagement de niveau de performance par des moyens qu'il lui appartient de définir en accord avec le bénéficiaire. Le non-respect est sanctionné par des pénalités.

La durée de la garantie est librement négociée. Concernant l'existant, l'amélioration objective de l'efficacité énergétique est mesurée par l'écart de consommation entre la situation de référence ajustée et la situation mesurée périodiquement pendant la période de garantie.

Le contrat doit prévoir l'indemnisation par le titulaire de la « sous-performance » et l'attribution d'une prime à la « sur-performance ». Le montant en valeur de l'écart de consommation, par rapport à l'engagement, est calculé selon une formule contractuellement définie.

En cas de sous-performance le montant de la pénalité s'impute dans un marché classique sur le paiement des prestations d'exploitation et de maintenance. Dans le cas d'un marché de partenariat, il s'impute sur le loyer versé par la personne publique au titulaire.

EXEMPLE TYPE DE CPE EN RÉHABILITATION DE LOGEMENTS

Caractéristiques du marché : marché global associant la conception, la réalisation et la maintenance en appel d'offres restreint.

Prestation de conception : dépôt et gestion du dossier de permis de construire, réalisation des études préalables nécessaires (audits complémentaires, sondages, relevés topographiques, correction et finalisation du descriptif technique fourni pendant la phase d'offre).

Prestations de réalisation : plans d'exécution, études détaillées, notes de calcul et diagnostics, réalisation des travaux, reporting des données énergétiques.

Prestations de maintenance : sensibilisation des locataires et du personnel du maître d'ouvrage, maintenance des installations techniques de chauffage et de production d'eau chaude.

Prestations de performance énergétique : actions portant sur l'amélioration du bâti, amélioration de

l'efficacité énergétique des équipements et des systèmes de production, distribution et régulation du chauffage, maintenance préventive et corrective des installations techniques.

Garantie de performance énergétique : amélioration de la performance énergétique de l'ensemble des logements par rapport à la situation de référence telle que définie dans le programme de travaux et engagement d'assumer les conséquences d'un défaut de performance pendant une phase de 36 mois à compter de la fin de la période probatoire de 12 mois dont l'objet est de vérifier les engagements performantiels du titulaire.

Détail technique de la garantie de performance (périmètre, situation de référence, objectif de consommation garanti, hypothèses d'usage des logements) décrit dans le cahier de garantie de performance.

Contrôle des résultats : mesure des consommations d'énergie chaque année selon modalités prévues dans le cahier de garantie.

Pénalités : coût de la fourniture d'énergie excédant les objectifs de consommation et calculé à partir d'un prix unitaire fixé : consommation réelle moins consommation garantie corrigée X prix unitaire précisé dans le cahier de garantie.

Rappeler qu'un MOP en CPE il doit avoir un cahier des charges précis pour ne pas être abusé dans l'atteinte de la performance.



LE CPE : points clés à retenir

- Le contrat de performance énergétique est une forme d'organisation de contrat global.
- Il a pour objet d'améliorer l'efficacité énergétique d'un ouvrage, c'est-à-dire de le rendre plus sobre énergétiquement.
- Le CPE ne comporte pas de définition en droit français.
- Le CPE peut entrer dans deux moules juridiques différents :
 - le marché de conception réalisation ;
 - le marché public global de performance ;
 - le niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique est contractuellement défini.

Les contrats de concession

PRÉSENTATION

Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes publiques, nommées autorités concédantes, confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service en question, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Le véritable critère de distinction entre le marché et la concession est le transfert du risque d'exploitation.

Le concessionnaire assume en effet le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. La part de risque transférée au concessionnaire implique donc une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable.

(Source : article L. 1121-1 du Code de la commande publique, antérieurement ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016).

Par ailleurs, l'objet de la concession est soit de réaliser des travaux (il s'agira de concession de travaux), soit de gérer un service (concession

de service) et, le cas échéant, les deux. Dans ce dernier cas, c'est au regard de l'objet principal que sera déterminée la nature de travaux ou de service de la concession.

Par exemple, une concession d'autoroute a pour objet principal la réalisation d'une autoroute, et non la prestation du service public dont elle est le support. C'est donc une concession de travaux. À l'inverse, on peut considérer raisonnablement qu'une concession ayant pour objet l'évacuation et le retraitement des eaux usées sans investissements lourds est une concession de services, l'objet principal du contrat étant le service d'épuration des eaux usées.

1) Contrats de concession de travaux

Les contrats de concession de travaux ont pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

2) Contrats de concession de services

Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le

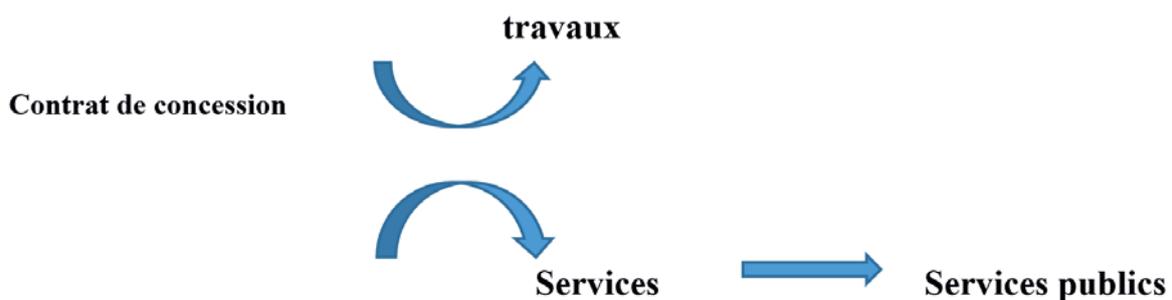
concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service. L'exploitant prend en charge les frais d'établissement et doit financer les installations. L'exploitation du service est réalisée aux risques et périls du concessionnaire.

Le versement des redevances par les usagers du service au concessionnaire est un élément majeur du contrat de concession des services publics. Mais il peut bénéficier d'autres revenus. Ainsi, le concessionnaire peut recevoir des subventions ou percevoir des recettes liées à l'exploitation du service. En outre, le concessionnaire prend à son compte l'ensemble de la gestion du service avec ses bénéfices et ses pertes (ce

principe connaît des exceptions du fait des garanties financières accordées au concessionnaire par les banquiers ou le concédant pour couvrir les risques d'exploitation).

Le concessionnaire ne peut pas se soustraire à l'application des règles de service public. Les usagers doivent être placés sur un pied d'égalité pour l'accès du service concédé. Par ailleurs, en vertu du principe de mutabilité, le concessionnaire doit adapter les services publics et répondre aux besoins des usagers.

Ce type de partenariat est très actif de la part du concédant. Une telle implication paraît indispensable si des investissements lourds sont réalisés.



Ne sont pas des contrats de concession

Au sens du Code de la commande publique :

- 1° Les délégations ou les transferts de compétences ou de responsabilités organisés entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles (article L. 1100-1 du Code de la commande publique, antérieurement art. 7 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016) ;
- 2° Les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (article L. 1100-1 du Code de la commande publique, antérieurement art. 7 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016).

3) Personnes concernées

Les personnes morales de droit public (collectivités locales, établissements publics, établissements de santé) et les personnes morales de droit privé telles que les sociétés publiques locales peuvent passer un contrat de concession.

4) Et la délégation de service public dans tout ça ?

La délégation de service public est une sous-catégorie du contrat de concession, dont l'expression demeure dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT). Le mécanisme de ce contrat n'est pas fondamentalement remis en cause. Il est soumis, comme toute concession, au Code de la commande publique avec des adaptations prévues par les articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales pour tenir compte du caractère spécifique de son objet (gestion d'un service public).



TEXTES EN VIGUEUR

Les règles relatives aux contrats de concession sont mentionnées aux articles suivants dans le Code de la commande publique :

- article L. 1121-2 relatif au contrat de concession de travaux ;
- article L. 1121-3 relatif au contrat de concession de services ;
- article L. 1121-4 relatif au contrat de concession portant sur des travaux et des services.

Pour les concessions avec une délégation de service public, les textes suivants sont appliqués :

- code de la commande publique ;
- article L. 1410-1 à L. 1410-3 du CGCT ;
- article L. 1411-1 à L. 1411-19 du CGCT ;
- article R. 1411-1 à R. 1411-8 du CGCT.

Concession, affermage, régie et marché public : qu'est-ce qui les différencie ?

La technique de concession est différente des autres notions proches comme le contrat d'affermage, la régie intéressée ou les marchés publics.

Le concédant, personne publique, transfère son activité au concessionnaire, entité publique ou privée. Cela signifie que le concessionnaire gère le service en son nom et pour son compte, mais le concédant ne perd pas tout contrôle sur l'activité. La nature même du service public oblige le concédant à garder le contrôle de l'activité.

Dans un contrat d'affermage, les ouvrages utiles à l'exploitation du service ne sont pas réalisés par l'exploitant mais par l'administration. De surcroît, le « fermier » ne conserve pas la totalité des rémunérations qu'il perçoit des usagers. Il verse à l'administration une somme forfaitaire en contrepartie du droit d'exploiter l'ouvrage.

En régie, l'exploitant intervient pour le compte de l'administration sans percevoir de rémunération des usagers. Il est rémunéré sur le budget de la collectivité qui a financé elle-même l'établissement du service. Alors que le concessionnaire jouit d'une entière autonomie, le régisseur agit pour le compte de l'administration qui demeure chargée de la direction de l'exploitation.

En marché public, l'entreprise attributaire ne noue aucune relation avec les usagers desquels elle ne perçoit pas de redevance.

PROCÉDURE DE PASSATION

Il n'y a pas de distinction selon l'objet du contrat de concession concernant la passation de ces contrats.

Toutes les concessions sont soumises au même régime, avec des obligations renforcées lorsque leur montant est supérieur au seuil européen.

Concession \leq 5 548 000 € HT	Concession \geq 5 548 000 € HT
Concession dans un secteur exclu quel que soit le montant	
Procédure allégée	Procédure ordinaire

1) Procédure allégée

Concession dont le montant est $\leq 5\,548\,000$ € HT ou dont l'objet porte sur certains secteurs exclus (eau, transport de voyageurs, services sociaux, communication électronique).

Publication préalable d'un avis de concession dans le *BOAMP* ou un journal d'annonces légales.

Publicité facultative au *JOUE*.

Envoi de l'invitation à présenter une offre.

Communication des renseignements ou des documents supplémentaires demandés par les candidats.

Réception des candidatures et des offres.

Ouverture des plis et examen des candidatures et/ou des offres en commission.

Rédaction d'un rapport avec analyse des propositions des candidats.

Une négociation peut être organisée avec un ou plusieurs soumissionnaires à ce stade.

Sélection de l'offre la mieux classée au regard des critères de sélection définis et la meilleure au regard de l'avantage économique global.

Saisine de l'assemblée délibérante pour les collectivités territoriales.

Notification.

Et signature de contrat de concession.

2) Procédure ordinaire d'attribution

Concession dont le montant est $\geq 5\,548\,000$ € HT et hors secteurs exclus (eau, transport de voyageurs, services sociaux, communication électronique).

La traçabilité de l'ensemble des étapes de la passation doit être conservée.

Publication préalable d'un avis de concession dans le *BOAMP* ou le *JOUE* et un journal d'annonces légales ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Envoi de l'invitation à présenter une offre.

Communication des renseignements ou des documents supplémentaires demandés par les candidats.

Réception des candidatures et des offres.

Ouverture des plis et examen des candidatures et/ou des offres (uniquement pour les collectivités territoriales) : une commission classe les candidats admis à présenter une offre par ordre décroissant.

Sélection des soumissionnaires et choix de l'offre. Saisine de l'assemblée délibérante pour les collectivités territoriales.

Notification.

Et signature de contrat de concession.

Publication d'un avis d'attribution au *JOUE*.

Dans les autres supports de publication utilisés pour le lancement de la procédure, dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du contrat de concession.

EXÉCUTION

■ Deux éléments sont à relever :

L'opérateur économique concessionnaire a une obligation d'information vis-à-vis de l'autorité concédante qui prend la forme d'un rapport annuel, à rendre avant le 1^{er} juin.

Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, le contenu du rapport est complété par quatre types de données comptables précises et une annexe comprenant un compte rendu technique et financier afin de permettre à l'autorité concédante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

■ L'autorité concédante a l'obligation de soumettre tout projet d'avenant à un vote de l'assemblée délibérante.

L'autorité concédante peut imposer au concessionnaire qu'il confie une part minimale de la concession à des PME. Cette part doit correspondre à au moins 10 % de la valeur globale du contrat (disposition non applicable pour les concessions de service public de transports de voyageurs). Le recours aux avenants est encadré.

Le contrat peut être modifié par avenant sans remise en concurrence à la condition cumulative que les modifications ne changent pas la nature globale du contrat et que l'un des hypothèses suivantes soient remplies :

- lorsque la modification est prévue par une clause dans le contrat initial au travers d'une option claire, précise et sans équivoque quel que soit le montant ;
- lorsque la modification est inférieure 5 548 000 € HT et à 10 % du montant du contrat initial ;

- dans la limite pour chaque modification de 50 % du montant du contrat initial quand le concédant est un pouvoir adjudicateur :
 - en cas de circonstances imprévues ;
 - en cas de travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires, si le changement de concessionnaire s'avère impossible (pour des raisons économiques ou techniques, qu'il présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour elle une augmentation substantielle des coûts).
- en cas de changement de concessionnaire, soit en application d'une clause prévue initialement, soit en cas de cession du contrat consécutive à une opération de restructuration du concessionnaire initial ;
- en cas de modifications non substantielles quel qu'en soit le montant si cette modification n'entraîne pas de modification de la nature globale du contrat, n'introduise pas des conditions qui auraient pu exercer une influence sur la procédure de mise en concurrence initiale, ne modifie pas l'équilibre économique du contrat.



Les avantages des contrats de concession

Pour le concédant :

- Enrichissement du patrimoine local : le concessionnaire étant rémunéré par les redevances versées par les usagers du service, le patrimoine local s'enrichit sans augmenter les prélèvements fiscaux.
- Retour des biens concédés dans le patrimoine du concédant en fin de concession. Cet enrichissement n'est pas négligeable, puisque l'administration récupère les infrastructures qu'elle n'a pas financées.
- Obligation de remettre les biens en bon état de fonctionnement par le concessionnaire.
- Concurrence accrue grâce à la possibilité de confier à plusieurs des concessionnaires la gestion d'un même service public, mais répartie en des secteurs géographiques différents. Cette concurrence peut se révéler être un gage de qualité pour le service exploité.
- Très bon test de viabilité de l'opération : une entreprise n'entreprendra pas un projet s'il n'a pas de rationalité économique, et s'il n'offre pas un retour sur investissement correct au regard des risques encourus.
- Pas de risque financier pour l'administration. Cette responsabilité est transférée aux investisseurs privés qui doivent alors assumer toute défaillance du concessionnaire.

Pour le concessionnaire :

- L'assurance d'une juste rémunération.
- Organisation du service concédé pour permettre une exploitation rémunératrice qui assure la couverture de ses coûts réels.

Si l'administration rompt unilatéralement cet équilibre, elle doit pourvoir à le rétablir dans l'intérêt du service, et dans celui de son cocontractant.

- Les pertes sont envisageables mais restent faibles.
- Relation de confiance entre les parties pour la gestion du service en raison d'une durée de contrat longue.
- Liberté de gestion : tant que l'objectif est atteint, l'administration n'a pas à se prononcer sur les procédés retenus à cette fin sauf encadrement contractuel.
- Garantie de solvabilité du partenaire avec lequel l'entité concessionnaire contracte. Consciente des difficultés de gestion et de rentabilité de certaines activités, l'administration a la possibilité d'intervenir pour soutenir financièrement son partenaire par des prêts à long terme, par la prise des risques de refinancement, et parfois par une contribution au capital sous forme d'avance.
- Monopole d'exploitation pour le concessionnaire.



Les contrats de concession : points clés à retenir

- Les concessions sont des contrats confiés à des opérateurs économiques en contrepartie du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service concédé.
- Deux catégories de concessions : les concessions de travaux et les concessions de service.
- L'exploitation de l'ouvrage ou du service doit s'accompagner d'un transfert de risques.
- Le droit d'exploiter l'ouvrage peut s'accompagner d'un prix versé par le concédant quand l'équilibre économique ne peut être atteint.
- Distinction entre concessions de travaux et concessions de service par l'objet principal du contrat.
- Le versement des redevances par les usagers est un élément majeur du contrat de concession de services publics.
- La délégation de service public est une sous-catégorie de contrats de concession de services.

Exemples de contrats de concession

Concession de service public pour le réaménagement et l'extension d'un pôle aqualudique

Valeur totale estimée de la concession : 42 000 000 € hors taxes.

Durée : période contractuelle maximum de 25 ans.

Il est demandé à chaque candidat d'élaborer une offre pour chaque hypothèse de durée (20 et 25 ans). En fonction de la négociation, il sera retenu la durée la plus appropriée au projet d'investissement présenté par le candidat et aux contraintes budgétaires et financières de la commune.

1) Critères d'analyse des offres

L'analyse des offres sera menée en fonction des critères hiérarchisés suivants :

Qualité de l'offre financière :

- Équilibre économique du contrat, apprécié notamment au regard des relations financières entre la commune et le concessionnaire sur la durée du contrat.
- Cohérence des projets proposés en termes d'investissement et de projet d'exploitation (hypothèses de tarification, de recettes et de charges).
- Robustesse du modèle juridico-financier proposé, apprécié notamment au regard des caractéristiques de la société dédiée, des modalités de financement proposées, des garanties financières et bancaires apportées par le candidat et de l'efficacité du transfert de risques au concessionnaire.

Qualité de l'offre technique et fonctionnelle :

- Conformité aux exigences de base du programme imposé.
- Qualité du projet architectural et son intégration dans le site.
- Organisation fonctionnelle des espaces.
- Innovation et intérêt du concept d'équipement proposé.

– Prise en compte et valorisation des objectifs de « développement durable » et d'optimisation énergétique.

- Qualité des équipements proposés.
- Délais de réalisation des études et des travaux.

Qualité du service rendu aux usagers :

- Nature et diversité des activités proposées.
- Niveau de réponse et adaptabilité aux contraintes de service public.
- Adéquation des moyens humains et techniques affectés au regard du projet d'exploitation envisagé.
- Qualité du plan d'entretien et de maintenance et plan prévisionnel de renouvellement des biens sur la durée de la Concession.

2) Séances de négociation

L'autorité habilitée à signer la Concession engage librement les négociations avec les candidats admis à présenter une offre. Préalablement à l'engagement de la phase de négociation, la commune se réserve le droit de demander aux candidats tout complément d'information nécessaire à la compréhension de leur offre.

Modalités de déroulement des négociations

L'autorité habilitée à signer pourra associer aux réunions de négociation :

- un ou plusieurs élus municipaux ;
- des représentants des services de la commune ;
- les assistants de la commune.

La collectivité limite la participation du candidat ou groupement-candidat à 5 personnes.

La commune prévoit deux phases de négociations. Toutefois, la commune se réserve la possibilité de faire évoluer cette organisation autant que nécessaire.

En tout état de cause, à l'issue de chacune des phases de négociations, les candidats sont informés de la décision de la commune de maintenir

ou non les solutions proposées et spécifiées au cours des négociations.

Lorsqu'elle estime que les phases de négociations avec les candidats lui ont permis d'identifier la ou les offres répondant à ses objectifs, la commune met un terme aux négociations.

Dès lors, elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base des éléments négociés.

Le contrat de Concession sera attribué au candidat ayant présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour la commune sur la base des critères de sélection.

Le Concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux qu'il s'engage à effectuer au titre de la présente Concession.

Il assume à cet égard toutes les charges et prérogatives liées à sa qualité de maître d'ouvrage. Les éléments de conception sont établis sous son entière responsabilité. Il prend à sa charge les travaux nécessaires à la réalisation du projet.

Il est seul responsable de la déconstruction de tout ou partie des ouvrages existants sur le Site, du tri, de l'évacuation et du recyclage des déchets par catégorie, de la conception et de la réalisation de l'Ouvrage conformément au projet et spécifications techniques et, plus généralement, conformément aux règles de l'art et aux normes et obligations prévues par la réglementation en vigueur.

Le financement des travaux est assuré et amorti pendant la durée de la Concession, de telle sorte que celui-ci ne puisse prétendre à aucune indemnité en fin de Concession sauf en cas d'expiration anticipée de la Concession.

3) Exécution

Afin de garantir une conception, une réalisation et une exploitation rationalisée et pérenne du centre aquatique, le Concédant demande que soit intégrée la modélisation numérique de l'Ouvrage dans une démarche BIM (Building Information Model), pour l'ensemble des phases du projet : conception, réalisation, et également exploitation.

La démarche BIM sera a minima de niveau 2 et comprendra :

- Un modèle graphique (maquette numérique 3D) créé avec un logiciel BIM.
- Des données non graphiques incluant notamment les informations nécessaires à l'utilisation et la maintenance de l'Ouvrage.
- De la documentation (rapports ou dessins 2D par exemple).
- Une structuration des données.
- La définition des processus.
- La définition et le contrôle des échanges.
- Un environnement de données commun.

4) Communication des documents de la concession

Le Concessionnaire communique au Concédant, dès leur élaboration, les documents suivants (papier et support informatique aux formats PDF et source) :

- Le résultat des diagnostics réalisés.
 - L'avant-projet sommaire (APS).
 - L'avant-projet définitif (APD).
 - Les études de projet (PRO).
 - L'ensemble des documents préliminaires nécessaires comprenant la liste des plans, le calendrier général des travaux, les plans architectes, et plus généralement l'ensemble des dossiers nécessaires à la réalisation de ses obligations.
 - Une note sur la qualité environnementale du projet.
 - Les rapports du contrôleur technique.
- Sauf cause légitime, le Concessionnaire supporte toutes les conséquences financières du non-respect de la date contractuelle de mise en service.

• En outre, le Concédant peut appliquer au Concessionnaire par voie de notification, sans mise en demeure préalable, une pénalité dont le montant est fixé à dix mille euros hors taxes (10 000 € HT) par jour de retard.

5) Missions concédées

- D'obtenir des autorités compétentes l'ensemble des autorisations, homologations, déclarations nécessaires à la pratique et à l'organisation des

activités et des manifestations devant être organisées au sein du Site.

– D'assurer l'exploitation du service, la formation du personnel, la gestion administrative, technique, commerciale et financière de l'Ouvrage, l'entretien, les contrôles et le nettoyage de l'Ouvrage, bassins, locaux, espaces verts, espaces extérieurs minéralisés, ainsi que la maintenance de l'ensemble des Ouvrages réalisés dans les conditions définies par la Concession.

– D'accueillir les usagers, garantir leur sécurité, organiser et coordonner les activités éducatives, sportives, ludiques et de loisirs, et assurer la surveillance dans les conditions réglementaires en vigueur.

– D'assurer la promotion et l'animation des équipements, la communication vers le public, l'organisation d'activités et d'événements dépassant le cadre du service courant offert aux usagers, et propices à la renommée de l'Ouvrage, en liaison avec le Concédant.

6) Accueil du public

À l'exception du ou des arrêt(s) technique(s) réglementaire(s) en vigueur (Arrêté du 7 septembre 2016 modifiant l'arrêté du 7 avril 1981 modifié fixant les dispositions techniques applicables aux piscines), le Concessionnaire s'engage à permettre l'accès des usagers à l'Équipement tous les jours de la semaine au cours des périodes de vacances scolaires ainsi qu'au cours de l'ensemble des week-ends de l'année.

En complément, le Concédant impose au Concessionnaire les amplitudes d'ouverture minimales suivantes :

– Trente-cinq (35) heures hebdomadaires en période scolaire.

– Cinquante (50) heures hebdomadaires en période de petites vacances scolaires.

– Soixante (60) heures hebdomadaires en période de grandes vacances scolaires.

Dans le cadre de leur offre, les candidats compléteront le cadre-type financier n° 5 (grille tarifaire) en prenant en compte les principes tarifaires suivants :

- Prix unitaires en euros TTC :

- pour les adultes carcassonnais (à partir de 16 ans) : il sera compris dans une fourchette de 4,50 à 5,50 € ;

- pour les enfants carcassonnais (de 3 à 15 ans) : il sera compris dans une fourchette de 3,00 à 4,00 €.

- Prix des abonnements correspondant à une carte de 10 entrées, en euros TTC :

- pour les adultes carcassonnais (à partir de 16 ans) : il sera compris dans une fourchette de 40,50 à 49,50 € ;

- pour les enfants carcassonnais (de 3 à 15 ans) : il sera compris dans une fourchette de 27,00 à 36,00 €.

Les candidats proposeront dans leur offre les tarifs ci-dessus (entrées unitaires adulte et enfant et cartes 10 entrées adulte et enfant) pour les usagers non carcassonnais.

Cette différenciation tarifaire ne sera pas appliquée aux autres formules tarifaires proposées (abonnements et activités notamment).

Il est précisé aux candidats que, compte tenu de ses contraintes budgétaires, la Ville n'envisage pas de verser au futur concessionnaire une contribution annuelle supérieure à :

- 520 000 € net de taxes pour la contribution forfaitaire d'exploitation ;

- 447 000 € net de taxes pour la contribution forfaitaire d'investissement.

7) Rapport annuel et comptes rendus d'activités

Le Concessionnaire produit chaque année, avant le 1^{er} juin, un rapport comportant les documents mentionnés aux articles... de la présente Concession.

Par ailleurs, le Concessionnaire transmettra chaque année au Concédant, les données essentielles relatives à l'exécution de la concession. Il en adapte le format à la demande du Concédant.

La non-production de tout ou partie de ces comptes rendus restée sans effet pendant cinq (5) jours à compter d'une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception, constitue une faute contractuelle sanctionnée dans les conditions prévues à l'article...

La Vente en État de Futur Achèvement (VEFA)

PRÉSENTATION

La vente en état futur d'achèvement (VEFA), régie par les dispositions de l'article 1601-3 du Code civil, est un contrat par lequel l'acquéreur contracte avec le constructeur l'achat d'un immeuble dont il deviendra propriétaire au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

Ce même article précise par ailleurs que le vendeur conserve la maîtrise d'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.

Cette disposition a posé la question de savoir si les personnes publiques pouvaient signer un VEFA. De fait, en application de l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique (antérieurement art. 2 de la loi MOP), **les personnes publiques ont l'obligation d'être maître d'ouvrage des ouvrages qui sont construits pour leur compte.**

Le Conseil d'État a tranché cette question dans son principe en précisant qu'aucune disposition légale n'interdit à une personne publique de passer un contrat de VEFA.

Toutefois, le Conseil d'État a encadré précisément le recours à la VEFA pour les donneurs d'ordre publics.

Ainsi, les conditions sont réunies lorsque l'opération vise à la construction d'un immeuble pour le compte de la personne publique, répondant à ses

besoins spécifiques, et qui lui est entièrement destiné (CE 8 février 1991 Région Midi-Pyrénées, req. n° 57679 ; CE avis 31 janvier 1995, n° 356960).

Cette jurisprudence reste tout à fait d'actualité car le Conseil d'État avait déjà supprimé toute référence à la maîtrise d'ouvrage dans sa jurisprudence la plus récente : CE 14 mai 2008 Millau Grands Causses, req. n° 280370 : « *Considérant que si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers au moyen de contrats de vente en l'état futur d'achèvement, elles ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique* ».

En outre, l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique (antérieurement art. 5.1. 2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015) dispose que : « *Les marchés publics de travaux ont pour objet : soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* ».

Les bâtiments ne répondant pas à cette définition sortent en principe du périmètre des marchés publics de travaux et peuvent donc rentrer dans le cadre de la VEFA « classique », sinon cette formulation précise serait totalement dépourvue d'effet en droit positif.

Les contrats de vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) comportent quatre éléments constitutifs :

1. le transfert immédiat des droits réels sur le sol et les constructions existantes ;
2. le transfert des droits réels sur les constructions au fur et à mesure de leur réalisation ;
3. le paiement du prix « à mesure de l'avancement des travaux » ;
4. la conservation des « pouvoirs de maître de l'ouvrage » par le vendeur jusqu'à la réception des travaux.



NOTA : Ce dispositif emprunté au droit privé est un montage contractuel extrêmement complexe qui comporte nombre d'avantages pour les collectivités et bailleurs sociaux (faire face à la rareté du foncier, bénéficiaire de prix optimisés, acquisition d'un bien immobilier facilitée...).

CONDITIONS DE RECOURS

Le droit de la commande publique englobe les VEFA conclues par des pouvoirs adjudicateurs, dont les collectivités locales. Cet état du droit complexifie la réalisation des ensembles immobiliers imbriquant des équipements publics et des volumes privés : certaines VEFA doivent être qualifiées de marchés de travaux et en conséquence être soumises aux règles de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, l'usage de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence apparaît bien ouvrir la porte de la négociation de gré à gré à un certain nombre de VEFA portant sur des ouvrages imbriqués.

Il est donc important pour un maître d'ouvrage public de distinguer précisément :

1) Les ouvrages répondant aux exigences propres d'un maître d'ouvrage public et rentrant donc dans le champ du Code de la commande publique

Pour ce type d'ouvrages tels que piscine, théâtre, médiathèque, il faut constater aujourd'hui l'impossibilité d'échapper pour le maître d'ouvrage à la passation d'un marché public de travaux soumis à une mise en concurrence.

Il reste toutefois une possibilité de facilitation dans le cas où ce projet rentre dans le cadre précis du marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables en raison de : de l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique (antérieurement art. 30-1-3 du décret du 25 mars 2016).

« [...] travaux, fournitures ou services [qui] ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé pour l'une des raisons suivantes :

[...] b) Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire. »

Dans ce cas, ce n'est pas une VEFA conforme aux Code civil qui pourra être passée, mais un marché public de travaux négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Attention ! Les conditions à remplir sont précises pour entrer dans ce cas de figure :

- le bâtiment doit répondre aux besoins spécifiques du maître d'ouvrage public ;
- il doit représenter une partie minoritaire de l'immeuble à construire ;
- il ne peut pas être réalisé par un autre opérateur sans inconvénients majeur ;
- il doit être indissociable du reste de l'opération de construction dont un opérateur économique a eu l'initiative.

2) Les bâtiments ne rentrant pas dans la définition de l'article R. 2111-2 du CCP (relatif à la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché et aide à la définition du besoin, ex article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015)

Il s'agit de bâtiments qui ne correspondent pas par leur nature à l'expression de besoins spécifiques d'un maître d'ouvrage public qui aurait exercé une influence sur la nature ou la conception de l'ouvrage.

Ce cas de figure concerne des bâtiments standardisés correspondant typiquement à des immeubles de logements ou de bureaux.

Dans ce cadre, il semble clairement établi, en respectant bien les critères définis à la fois dans la jurisprudence du Conseil d'État et dans l'article 4 de la « loi Devedjian » du 17 février 2009 qu'un acheteur public peut acquérir des bâtiments de ce type ou des parties de ces bâtiments en VEFA, conformément à l'article 1601-3 du Code civil, sans que la réforme de la commande publique n'ait aucune conséquence en la matière.

Reste la question, qui n'est pas nouvelle, de la compatibilité du droit français en la matière avec les directives européennes.

De nombreux articles de doctrine ont abordé cette question, mais en termes pratiques les risques jurisprudentiels de requalification sur cette base juridique semblent extrêmement limités.

En effet, la jurisprudence de la Cour européenne limite l'application directe des directives marchés aux seuls marchés supérieurs au seuil européen, c'est-à-dire supérieurs à 5,48 millions d'euros. De plus, aucun contentieux n'a jamais été entamé sur ce fondement, qui, par ailleurs, ne subit aucune aggravation du fait des modifications de la réglementation française sur la commande publique.

Toutefois, les maîtres d'ouvrage publics devront prêter une attention particulière à la nécessité de rester extérieurs à la phase de conception du bâtiment.

Ainsi, si après l'obtention du permis de construire par l'entreprise privée qui construit le bâtiment, l'acheteur public, comme tout acheteur, peut souhaiter apporter des modifications au projet, il semble prudent d'éviter, dans toute la mesure du possible, d'avoir à solliciter un permis modificatif pour cette seule raison.

En conséquence, l'acheteur public désireux d'acquérir un ouvrage auprès d'une entreprise privée, sans publicité ni mise en concurrence, devra soigneusement définir la procédure choisie et, bien sûr, être capable de la motiver :

– **soit sous la forme d'un marché public négocié passé sans publicité ni mise en concurrence** si l'ouvrage est spécifiquement dédié à ses besoins préalablement définis et rentrant dans le cadre du Code de la commande publique ;

– **soit sous la forme d'une VEFA marché privé**, s'il s'agit de l'acquisition d'un ouvrage standardisé et réalisé sans implication manifeste du maître d'ouvrage public en amont du projet.



Les avantages de la VEFA

- Répondre à un besoin immobilier en dehors des marchés publics de travaux
- Possibilité de lancer une opération sans publicité ni mise en concurrence
- Faire face à la rareté du foncier
- Bénéficier de prix optimisés
- Acquérir un bien immobilier de façon facilitée
- Étalement automatique de la dépense



La VEFA : les points clés à retenir

- L'acheteur public peut acquérir un ouvrage auprès d'une entreprise privée sous la forme d'une VEFA, s'il s'agit de l'acquisition d'un ouvrage standardisé et réalisé sans implication du maître d'ouvrage public en amont du projet.
- L'acheteur public peut acquérir un ouvrage auprès d'une entreprise privée sous la forme d'un marché public négocié passé sans publicité ni mise en concurrence (art. R. 2221-1 à 2221-11 du CCP) si l'ouvrage :
 - représente une partie minoritaire de l'immeuble à construire ;
 - ne peut pas être réalisé par un autre opérateur sans inconvénients majeur ;
 - doit être indissociable du reste de l'opération de construction dont un opérateur économique a eu l'initiative.
- Dans tous les autres cas, l'acheteur doit passer un marché de travaux.

Exemple de VEFA

L'Ecoparc de Micheville à Audun le Tiche (57)

Construction de 183 logements répartis en quatre bâtiments en VEFA sur un territoire labellisé ECOSITE. Opération qui entre dans le cadre du programme d'investissement « Ville de demain ».

Montant : 12 417 000 € HT

Durée de construction : deux ans pour la totalité des quatre bâtiments

Projet qui rassemble deux maîtres d'ouvrage publics investisseurs, un MOA, un architecte, une entreprise générale de construction et ses sous-traitants locaux, deux partenaires financiers et un établissement public foncier local.

Construction de logements sociaux, de logements pour jeunes actifs, une résidence étudiante et un stationnement aérien.

Construction mixte en bois et béton avec un ilôt démonstrateur labellisé E2/C1 et E3/C1 et une filière lorraine pour des matériaux biosourcés.

Projet de haute qualité environnementale : HQE sur un bâtiment, Bepos sur un autre bâtiment et la RT 2012 – 20 % sur trois bâtiments.

Cogénération et panneaux solaires pour deux bâtiments, avec biodiversité et végétalisation des espaces verts.

Les contrats d'aménagement et la coproduction public-privé

LA CONCESSION D'AMÉNAGEMENT

1) Présentation

La concession d'aménagement est un moyen juridique pour réaliser des projets urbains. C'est le contrat par lequel l'État et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement, prévues par le Code de l'urbanisme, à un aménageur public ou privé.

Les concessions d'aménagement concernent des actions ou des opérations qui ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil d'activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

C'est un mode de délégation d'une opération d'aménagement pour les collectivités locales qui ne veulent pas réaliser celle-ci en régie.

Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et des équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution.

Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption.

Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

2) Textes en vigueur

► Articulation entre ordonnance/décret et Code de l'urbanisme

L'ordonnance n° 2016-65 et le décret n° 2016-86 relatifs aux contrats de concession ainsi que l'ordonnance n° 2015-899 et le décret n° 2016-360 relatifs aux marchés publics, repris dans le Code de la commande publique, constituent le socle des dispositions applicables aux contrats de concessions d'aménagement. Le Code de l'urbanisme ne comporte plus que des dispositions spécifiques supplémentaires applicables aux concessions d'aménagement (art. L. 300-4 à L. 300-5-1 et R. 300-1 à R. 300-13).

3) Mode de passation

Ces contrats demeurent divisés en deux grandes catégories : les concessions d'aménagement qui transfèrent un risque économique à l'aménageur et les concessions qui n'en transfèrent pas. De

cette distinction découle une mise en concurrence différente.

► **Concessions d'aménagement avec transfert de risques**

Cette catégorie de concessions d'aménagement relève des dispositions du Code de la commande publique (antérieurement de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession).

► **Concessions d'aménagement sans transfert de risques**

Cette catégorie de concession dépend du Code de la commande publique (antérieurement de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics).

► **Qu'est-ce que le risque encouru ?**

On considère que le risque est transféré à l'aménageur lorsque ce dernier n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts supportés liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, dans des conditions normales d'exploitation. La notion de risque signifie qu'il s'agit de facteurs extérieurs sur lesquels les parties n'ont pas de contrôle. Les risques concernés ont pour la plupart trait aux terrains à aménager et/ou au risque commercial du projet.

Avant de lancer son opération, la personne publique doit absolument définir ses besoins et la durée du contrat de concession. Cette durée, si elle dépasse cinq ans, doit se situer dans un temps raisonnable pour que le concessionnaire amortisse ses investissements.

Une fois les besoins définis, le concédant doit définir si le montant de l'opération dépasse ou non le seuil de passation des procédures formalisées fixé à 5 548 000 euros HT, calculé sur le chiffre d'affaires HT du concessionnaire pendant la durée de la concession.

► **Seuil supérieur ou égal à 5,548 M€ HT**

L'attribution des concessions d'aménagement est soumise à une procédure de publicité prévue par

le Code de l'urbanisme qui permet la présentation de plusieurs offres concurrentes.

Sont exonérés certains contrats de concession attribués par un pouvoir adjudicateur à une personne morale de droit public ou de droit privé sous certaines conditions. Pour autant, cette exonération ne concerne pas les obligations de mise en publicité et de mise en concurrence.

Dans le cas où l'exécution du contrat comporte un risque économique, la 3^e partie du Code de la commande publique relative aux contrats de concession s'applique. Plus précisément :

– si la valeur du contrat estimée est supérieure à 5 548 000 euros HT, la procédure de passation du contrat fait l'objet d'une procédure formalisée ;

– si la valeur du contrat est inférieure à ce seuil, la procédure de passation fait l'objet d'une procédure simplifiée.

Dans le cas où l'exécution du contrat ne comporte pas de risque économique :

– si le montant total des produits de l'opération d'aménagement est égal ou supérieur à 5 548 000 euros HT, l'ordonnance n° 2015-899 et le décret n° 2016-360 relatifs aux marchés publics repris dans le Code de la commande publique sont applicables aux contrats passés par l'État ou un de ces établissements publics. Pour les contrats passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les EPCI, les articles L. 1414-1 à L. 1414-4 du Code général des collectivités territoriales sont applicables ;

– si ce montant est inférieur à ce seuil, la concession fait l'objet d'une publicité ou d'une procédure adaptée dont les modalités sont fixées par le concédant en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances du lancement de la procédure (art. R. 300-11-3 du Code de l'urbanisme) ;

– 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 ;

– la procédure avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

– la procédure de dialogue compétitif dans laquelle 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.

4) Exemples

► Concession d'aménagement de la ZAC du Bois des Granges à Claye-Souilly (77)

La ville de Claye-Souilly (Seine et Marne) a signé avec un opérateur privé le 21 septembre 2018 la réalisation de l'éco-quartier du Bois des Granges. Ce projet d'aménagement s'étendra sur 25 hectares de terrain où sera créée une extension urbaine à vocation principalement résidentielle. L'objectif de la Ville de Claye-Souilly est de conjuguer préservation du cadre de vie et construction de logements et d'équipements, en privilégiant une urbanisation maîtrisée.

Le projet prévoit la création d'environ 528 logements sur une surface de plancher de 43 500 m², avec 50 % de logements collectifs, 20 % de logements intermédiaires et 30 % de lots à bâtir et maisons individuelles.

► Concession d'aménagement pour la réalisation de l'opération d'aménagement Mérignac Soleil (33)

Concession d'aménagement signée entre Bordeaux Métropole et la SPL⁽¹⁾ « La fabrique de Bordeaux Métropole » en 2018.

Le projet prévoit la construction, sur une surface d'environ 300 000 m², d'environ 2 800 logements, des commerces, bureaux et activités, ainsi qu'un programme d'équipements publics.

L'objectif est de faire muter un site stratégique d'entrée de ville entre l'aéroport et le cœur historique de Bordeaux, s'appuyant sur un enjeu d'image et de vitrine pour la métropole bordelaise ; de prolonger un transport en commun en site propre (TCSP) vers l'aéroport ; de créer les conditions nécessaires pour « habiter Mérignac-Soleil », ainsi que les bonnes conditions de cohabitation et de voisinage avec l'environnement commercial et le tissu pavillonnaire mitoyen ; de permettre aux futurs résidents d'accéder à des logements de qualité et accessibles économiquement.

La durée de la concession d'aménagement correspondant à la durée de réalisation de l'opération d'aménagement est fixée à quinze années à compter de sa date de prise d'effet.

Le concessionnaire s'engage, en fonction du montant des travaux, à insérer dans ses marchés de travaux qu'il attribue au titre de la présente concession d'aménagement des clauses d'insertion sociale.



Points clés à retenir

Textes de référence :

- Articles L. 300-4 et L. 300-5 du Code de l'urbanisme.
- Article L. 300-5-1 du même code relatif aux obligations du concessionnaire d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des contrats d'études, de maîtrise d'œuvre ou de travaux.
- Art. 161 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 (ALUR).
- Le Code de la commande publique (antérieurement l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatifs aux contrats de concession).

(1) SPL : société publique locale.

LA VENTE AVEC CHARGES, LES APPELS À PROJETS ET LES APPELS À MANIFESTATION D'INTÉRÊT

La concession d'aménagement n'est pas le seul moyen juridique pour réaliser des projets urbains. Dans la mesure où une collectivité est propriétaire du foncier d'assiette du projet urbain qu'elle entend mener, elle peut aussi procéder par la voie de la vente avec charge foncière sous la forme d'appels à projets ou d'appels à manifestation d'intérêt.

La vente avec charge est, au sens juridique, un contrat de vente d'immeuble par lequel la collectivité propriétaire d'un terrain d'assiette d'une opération d'aménagement le cède à un opérateur à la condition que celui-ci réalise les aménagements et les équipements, même privés, imposés par la collectivité.

L'opérateur auquel une collectivité cède ou concède un immeuble, acquis par voie d'expropriation, peut être une personne de droit privé ou de droit public (comme le prévoit l'article L. 411-1 du Code de l'expropriation). Celle-ci doit respecter le cahier des charges annexé à l'acte de cession ou de concession. Les cahiers des charges annexés aux actes de cession de terrains, acquis en application de l'article L. 411-1, comportent des clauses type relatives à l'opération qui fait l'objet de la cession : obligation de réaliser le projet prévu selon les prévisions fixées, obligation de réaliser les travaux d'équipement, délais de réalisation pour les travaux d'équipement et les constructions, etc.

LA SEMOP D'AMÉNAGEMENT

1) Présentation

Instituée par la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014, la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) est un outil à disposition des collectivités locales pour la gestion des services publics locaux.

La SEMOP peut s'appliquer à la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, à la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou des biens nécessaires au service, ou à toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales. Comme les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et les sociétés publiques locales (SPL), elle constitue une forme de sociétés à capitaux mixtes.

La loi du 7 août 2015 portant Nouvelle Organisation Territoriale de la République a introduit dans le Code de l'urbanisme un nouvel article L. 32-10-1 prévoyant que l'État ou l'un de ses établissements publics peut aussi créer une SEM à opération unique, avec une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupement de celles-ci, en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat dont l'objet unique sera la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement.

2) Conditions de recours

Ce dispositif implique la création d'une structure *ad hoc* au sein de laquelle la collectivité participe activement sur le long terme à la manière dont est exécutée la convention.

La SEMOP est créée par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales avec au moins un actionnaire opérateur économique qui est sélectionné après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article L. 1541-2 du même code.

L'une des principales originalités de cet outil est que la SEMOP n'a vocation à exécuter que le seul et unique objet et contrat attribué par la personne publique. L'existence de la SEMOP est donc liée à la durée du contrat. Aussi, la société ne pourra pas bénéficier de l'attribution d'autres contrats et sera dissoute dès la réalisation de son objet ou au terme de l'exécution du contrat attribué.

Pour constituer une SEMOP, la collectivité doit désigner un opérateur économique appelé à constituer avec elle une société. Ladite société signe ensuite un contrat qui peut être un marché public, une concession d'aménagement, une concession de travaux ou une concession de services.

3) Modes de passation

Pour constituer une SEMOP, une procédure de mise en concurrence permettant la sélection de l'opérateur économique partenaire est organisée. Cette procédure correspond au contrat qui sera conclu entre la société et la collectivité ou le groupement de collectivités. La SEMOP d'aménagement est liée à la collectivité par une concession d'aménagement.

Si la concession d'aménagement transfère un risque économique, la procédure relève du contrat de concession.

Si la concession d'aménagement ne transfère pas de risque, la procédure suivie relève des marchés publics.

Le document de consultation des entreprises doit être complété d'un document de préfiguration de la SEMOP qui détaille les principales caractéristiques de la future société et le coût prévisionnel de l'opération pour la collectivité.

L'actionnariat est composé d'une collectivité territoriale ou un groupement rassemblant entre 34 % et 85 % du capital et d'au moins un opérateur économique qui détient entre 15 et 66 % du capital. L'opérateur privé peut posséder la majorité du capital social.

Le contrat est conclu après mise en concurrence entre la collectivité ou le groupement et la SEMOP, et intègre les termes et conditions de l'offre du candidat retenu. Le droit commun des concessions s'applique. Il est possible de faire évoluer le contrat de concession dans les conditions prévues par le Code de la commande publique (antérieurement l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application du 1^{er} février 2016), à la condition que les modifications ne changent pas sa nature globale.

Le président de la SEMOP est obligatoirement un représentant de la collectivité.

4) Exécution

Un partenaire autre que l'opérateur économique peut être partie prenante dans l'opération en se limitant à un soutien financier. Le partenaire financier qui ne participe pas à l'exécution du contrat confié à la SEMOP n'est pas considéré comme un opérateur économique au sens de la loi du 1^{er} juillet 2014.

La participation à la SEMOP peut constituer l'opportunité d'organiser la prévention de charges foncières, l'opérateur économique pouvant être l'un des acquéreurs.

L'intérêt pour la collectivité est de limiter le risque de commercialisation en agrégeant à la SEMOP des acquéreurs identifiés comme pouvant acquérir les charges foncières et commercialiser ensuite l'opération de développement immobilier urbain. Le recours au financement bancaire s'en trouve ainsi plus limité.

5) Exemple

► La SEMOP d'aménagement Châtenay-Malabry Parc pour créer un futur éco-quartier

La ville de Châtenay-Malabry a créé une SEMOP pour une opération d'aménagement visant la création d'un futur éco-quartier sur le terrain de l'École Centrale de Paris, début février 2017. Première du genre dans le domaine de l'aménagement, cette SEMOP a désigné, après mise en concurrence, un aménageur pour la réalisation du futur éco-quartier mixte de 213 000 m². L'aménageur est l'actionnaire principal aux côtés de la ville de Châtenay-Malabry notamment. Le terrain, occupé par l'École Centrale Paris, a été rétrocédé par l'État à la Ville de Châtenay-Malabry qui a fait valoir son droit de priorité pour son projet. Celui-ci a été cédé dans la foulée à la SEMOP.

L'ARTICLE 22 DE LA LOI SUR LE GRAND PARIS

Deux nouveaux contrats ont été créés par la loi sur le Grand Paris du 3 juin 2010 :

- le contrat de développement territorial ;
- le contrat nommé de l'article 22.

Le contrat de développement territorial correspond à une planification contractuelle de l'aménagement. Il définit les priorités en matière d'urbanisme, de logement, de transports, de déplacements, de lutte contre l'étalement urbain et de développement économique, sportif et culturel et les modalités de mise en œuvre de ces objectifs. Il peut prévoir la création de ZAD⁽²⁾ et définir les bénéficiaires des droits de préemption institués dans ces zones. Il peut aussi valoir déclaration de projet d'actions ou d'opérations d'aménagement, permettant la mise en compatibilité des documents d'urbanisme concernés.

Le contrat de l'article 22 est un contrat de mise en œuvre des contrats de développement territorial. Pour cette mise en œuvre, les communes et les EPCI peuvent conclure avec une personne morale de droit public ou privé un contrat portant à la fois sur la conception du projet d'aménagement global, l'élaboration d'une proposition de révision ou de modification du document d'urbanisme et la maîtrise d'ouvrage des travaux d'équipement.

Les spécifications techniques formulées pour la définition des besoins comportent au moins le programme global de construction de l'opération d'aménagement avec une répartition indicative entre les programmes de logements, d'activité économique et la liste des équipements publics à réaliser.

Le contrat ne peut mettre à la charge du cocontractant que le coût des équipements publics à réaliser pour répondre aux besoins des futurs habitants ou usagers des constructions à édifier dans le périmètre fixé par la convention. L'opérateur choisi peut intervenir de la conception du projet jusqu'à sa réalisation. Les risques sont donc mieux anticipés et le calendrier mieux respecté.

(2) ZAD : zone d'aménagement différé.

LE PROJET URBAIN PARTENARIAL (PUP)

1) Présentation

Le projet urbain partenarial est une participation d'urbanisme destinée au financement des équipements publics. Il a été créé par la loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion et codifié aux articles L. 332-11-3 et L.332-11-4 du Code de l'urbanisme. Il prend la forme d'une convention consistant en un mécanisme de contractualisation préalable au financement de la réalisation d'équipements publics rendus nécessaires par une opération de construction ou d'aménagement.

2) Conditions de recours

La convention de PUP est conclue entre un ou des contributeurs (propriétaires, aménageurs, constructeurs) et une personne publique bénéficiaire, qui est en principe la commune ou l'EPCI compétent en matière d'aménagement.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi ALUR du 24 mars 2014, la conclusion d'un PUP peut ne plus être une simple faculté, mais être imposée aux constructeurs.

La conclusion d'un PUP entraîne une exonération de la taxe d'aménagement.

3) Mode de passation

La convention de PUP est le plus souvent contractuelle et librement négociée. L'initiative en revient au porteur de projet ou à la collectivité compétente en matière d'urbanisme. La loi ALUR est venue améliorer les modalités de financement dans le temps par le biais de PUP successifs, des équipements nécessaires à l'aménagement d'un secteur. La collectivité territoriale peut désormais définir un périmètre dans lequel tous les propriétaires, aménageurs ou constructeurs seront contraints de signer une convention de PUP préalablement à l'obtention d'un permis d'aménager ou d'un permis de construire.

La convention de PUP doit opportunément mentionner les points suivants : l'objet de la convention, les parties, le périmètre de la convention, la liste des équipements financés, le coût prévisionnel pour chaque équipement et le coût total, les modalités et les délais de réalisation des équipements publics, le montant et la forme de la participation à la charge du bénéficiaire du permis d'aménager ou de construire, les délais de paiement, la période d'exonération de la part communale de la taxe d'aménagement, les conditions suspensives à l'exécution de la convention, les garanties conventionnelles réciproques, les modalités d'établissement des avenants.

Les PUP sont annexés aux PLU en conformité avec l'article R. 151-52 du Code de l'urbanisme.

PPA, GOU ET ORT

La loi Élan du 23 novembre 2018 a institué de nouveaux outils pour l'aménagement que sont les projets partenariaux d'aménagement (PPA) et les grandes opérations d'urbanisme (GOU). Elle a en outre consacré les opérations de revitalisation des territoires (ORT) qui sont directement issues du programme national Action cœur de ville en faveur des villes moyennes.

Ces outils nouveaux d'aménagement ont pour objet de dynamiser l'émergence de projets

locaux notamment de construction et de renouveler les modalités d'accompagnement de ces projets par l'État.

Une récente circulaire du 4 février 2019 du ministère de la cohésion des territoires adressée aux préfets est venue en préciser le contenu et les modalités de mise en œuvre.

1) L'outil PPA

Le PPA met en œuvre une démarche partenariale à l'initiative des collectivités territoriales avec des partenaires locaux et l'appui de l'État qui devient un véritable partenaire opérationnel (mobilisation de foncier, de financements, aide à reconquête de friches urbaines etc.). Le projet de territoire peut être urbain ou rural.

Il peut se déployer dans le cadre d'une GOU. Celle-ci permet de mettre en place un régime juridique dérogatoire facilitant la sortie d'opérations à un niveau intercommunal, notamment de logements.

Le PPA est d'initiative intercommunale et associe les communes et l'État. Les régions et les départements peuvent, sur demande, s'y intégrer. Les collectivités peuvent proposer d'autres acteurs publics et privés.

Le PPA peut être conclu entre l'État et un EPCI à fiscalité propre, un EPT, la ville de Paris, ou la



Les avantages

- Les PUP permettent d'anticiper une stratégie de programmation et de financement. Ils permettent en outre de préfinancer les équipements publics en évitant aux collectivités locales de réaliser seules le portage financier des équipements. Ils encouragent à une confrontation entre la vision politique du projet et la réalité du marché.
- Le dispositif permet de débloquer vite un projet en contrepartie d'un financement d'une partie des équipements publics. Il entraîne une participation équitable entre les différents projets immobiliers successifs dans le cadre d'une zone de PUP.

Conseils

- Il appartient à la collectivité de bien identifier le programme des équipements publics, d'établir son coût prévisionnel, et de déterminer quelle fraction du coût de chaque équipement public pourra être répercutée entre les différents constructeurs ou aménageurs.
- Le candidat à la conclusion d'un PUP peut solliciter un débat au sein de l'assemblée délibérante sur le projet d'aménagement ou de construction qu'il envisage. Un dossier est alors constitué à l'appui de sa demande comportant la définition du projet, la définition de son périmètre et la liste des équipements publics dont la réalisation est rendue nécessaire.

métropole de Lyon. Un propriétaire privé d'un foncier compris dans le périmètre de l'opération d'aménagement peut être signataire.

2) L'outil GOU

Les grandes opérations d'urbanisme (GOU) constitue un outil pour mener à bien des opérations d'aménagement destinées à répondre à différents objectifs, en termes de production de logements et de développement durable des territoires urbanisés. Une opération d'aménagement prévue par un PPA a vocation à être menée dans le périmètre d'une GOU.

La GOU doit donc être prévue par le PPA. Elle permet de délimiter un périmètre au sein duquel l'exercice de certaines compétences dérogera au droit commun avec la mobilisation d'outils juridiques spécifiques.

Les outils juridiques pouvant être mobilisés sont le permis d'innover, la convention de projet urbain partenarial, la ZAD, la procédure intégrée pour la réalisation d'une grande opération d'urbanisme. Dans le cadre d'une GOU, le président de l'intercommunalité est l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire, aménager ou démolir, et pour se prononcer sur un projet faisant l'objet d'une déclaration préalable à l'intérieur d'une GOU. Les opérations d'aménagement sont d'intérêt communautaire ou métropolitain.

3) L'outil ORT

L'ORT permet de mettre en œuvre un projet global de revitalisation d'un centre-ville. Le projet a pour objectif de moderniser le parc de logements et de locaux commerciaux et artisanaux, ainsi que le tissu urbain.

La loi de finances 2019 a mis en place une aide à l'investissement locatif pour les logements rénovés. Les communes ayant signé une ORT sont automatiquement éligibles à ce dispositif.

Un PPA et une ORT peuvent être signés dans un même document contractuel pour combiner les effets des deux dispositifs.

La création des ORT concerne les 222 villes du programme national Action cœur de ville, mais aussi les 53 villes de l'AMI centre-bourgs et les villes relevant des programmes PNRQAD (programme de requalification des quartiers anciens dégradés) et NPRU (nouveau programme national de renouvellement urbain).

La priorité des ORT est de lutter contre la dévitalisation des centres villes à partir d'une approche intercommunale. L'ORT se matérialise par une convention signée entre l'EPCI, la ville principale de l'EPCI, tout ou partie de ses autres communes membres volontaires, l'État et ses établissements publics. Toute personne publique ou privée susceptible d'apporter son soutien ou de prendre part à des opérations prévues par le contrat peut être cosignataire.

L'ORT est un outil juridique qui permet de faciliter les procédures en renforçant le droit de préemption urbain et en permettant la mise en œuvre du droit de préemption sur les fonds et locaux artisanaux et commerciaux.

L'ORT permet aussi de faciliter la réhabilitation de l'habitat avec une mobilisation facilitée des fonds Anah à destination d'acteurs institutionnels de travaux de rénovation dans le cadre de la vente d'immeubles à rénover (VIR) et du dispositif d'intervention immobilière et foncière (DIIF).

Exemples de PPA à ce jour

Une dizaine de PPA sont en cours de maturation et certains devraient être signés prochainement. Deux sont adossés à des établissements publics d'aménagement (EPA Nice Eco vallée Plaine du Var et EPA Euro Méditerranée). Un PPA est en cours de préparation à Marseille pour requalifier l'habitat indigne du centre-ville. Le projet d'intérêt majeur de Toulouse (PIM) porté par la métropole et la SPLA Europolia devrait être transformé en PPA. Bordeaux, Strasbourg, Le Mans sont aussi concernés ainsi que le bassin minier pour lequel une délégation interministérielle se mobilise avec les élus.

Seuils communautaires applicables

Les seuils communautaires sont révisés tous les deux ans

Secteurs	Marchés et contrats concernés	Seuils du 1 ^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2019
Secteurs classiques	Travaux	5 548 000 euros
	Fournitures et services aux autorités publiques centrales	144 000 euros
	Fournitures et services aux autres pouvoirs adjudicateurs	221 000 euros
Secteurs spéciaux et défense et sécurité	Travaux	5 548 000 euros
	Fournitures et services	443 000 euros
Concessions	Travaux et services	5 548 000 euros

Seuils de publicité des marchés publics et contrats globaux

Type de marché	Acheteur	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité obligatoire au BOAMP ou dans un JAL	Publicité obligatoire au BOAMP ou au JOUE
Fournitures et services	État et ses établissements (autorités centrales)	En dessous de 25 000 €	De 25 000 à 90 000 €	De 90 000 à 144 000 €	À partir de 144 000 €
	Collectivités territoriales, leurs établissements, leurs groupements et autres acheteurs	En dessous de 25 000 €	De 25 000 à 90 000 €	De 90 000 à 221 000 €	À partir de 221 000 €
Travaux	Tout organisme	En dessous de 25 000 €	De 25 000 à 90 000 €	De 90 000 à 5 548 000 €	À partir de 5 548 000 €
Services sociaux spécifiques	État et ses établissements	En dessous de 25 000 €	De 25 000 à 90 000 €	non	À partir de 750 000 euros (uniquement au JOUE)
	Collectivités territoriales, leurs établissements, leurs groupements et autres acheteurs	En dessous de 25 000 €	De 25 000 à 90 000 €	non	À partir de 750 000 euros (uniquement au JOUE)

Synthèse des contrats globaux de la commande publique

	Marché unique	conception-construction	Marché global de performance	Marché sectoriel	Marché de partenariat
Articles de référence		Article 69 de la loi ÉLAN repris à l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique	Articles L. 2171-3 et R. 2171-2 et 3 du Code de la commande publique		
Objet du contrat	Construction d'un ouvrage en entreprise générale	missions portant sur l'établissement des études et exécution des travaux d'une opération	Missions de conception/réalisation et exploitation ou maintenance	Missions de conception/réalisation et exploitation ou maintenance	Mission globale pouvant porter sur conception d'ouvrages, équipements et biens immatériels, aménagement, entretien, maintenance, gestion et exploitation d'ouvrages, gestion d'une mission de service public ou concourant à la gestion d'une mission de service public
Soumission loi MOP	Oui	Non pour les bailleurs sociaux Non pour les CROUS jusqu'en 2021 Non pour tout acheteur public si la performance d'un bâtiment neuf dépasse la RT en vigueur Oui pour les acheteurs de l'État, des collectivités territoriales et hôpitaux Dans les autres cas	Oui, mais dérogation à la règle de cumul des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur	Oui, mais dérogation à la règle de cumul des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur	Non
Conditions de recours	Impossibilité d'identifier les prestations distinctes	Présence de motifs d'ordre technique ou d'objectifs de performance	Présence de motifs d'ordre technique ou d'objectifs de performance chiffrés contractuellement définis	Pas de motifs d'ordre technique ou d'objectifs de performance Concerner les besoins de la défense et de la sécurité civile, la gendarmerie, la police nationales, les prisons, la revitalisation commerciale et artisanales	Démontrer que le marché de partenariat est plus favorable que les autres contrats dans le cadre d'une évaluation préalable du mode de réalisation et d'une étude de soutenabilité budgétaire
Paiement	Direct	Direct	Direct	Direct	Différé
Obligation de performance	Non	Non ou oui	Oui	Oui	Oui
Durée	Courte	Courte à moyenne	Courte, moyenne ou longue	Courte, moyenne ou longue	Longue
Maintenance	Non	Non	Oui	Oui	Oui
Exploitation	Non	Non	Oui ou Non	Oui	Oui
Seuil de recours	Non	Non	Non	Non	Oui
Allotissement	Non après justification	Non	Non	Non	Non
Maîtrise d'ouvrage	Publique	Publique	Publique	Publique	Privée

Les procédures formalisées du Code de la commande publique

Lorsque la valeur estimée du marché est égale ou supérieure aux seuils européens, le marché est passé selon l'une des procédures formalisées suivantes :

L'appel d'offres

L'appel d'offres est la procédure 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. Il peut être ouvert ou restreint.

- ouvert lorsque tout fournisseur ou prestataire peut soumissionner ;
- restreint lorsque seuls les candidats pré-sélectionnés par l'acheteur peuvent déposer une offre.

La procédure avec négociation

Principe

La procédure avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

Interdiction de négocier les critères d'attribution.

Identification dans les documents de la consultation des « exigences minimales que doivent respecter les offres » et qui ne peuvent être négociées.

Conditions de recours

En vertu de l'article R. 2124-3 du CCP (ex art. 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016), le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants :

1. Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles
2. Lorsque le besoin consiste en une solution innovante.
3. Lorsque le marché public comporte des prestations de conception.
4. Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent.
5. Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique.
6. Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées.

Le dialogue compétitif

Principe

Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre (article L. 2124-4 du Code de la commande publique).

Condition de recours

Elle est utilisée lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et financier d'un projet.

Déroulé

Il revient au pouvoir adjudicateur d'établir un programme fonctionnel détaillé sur la base duquel va s'initier le dialogue.

Ce programme se substitue au cahier des charges (CCTP).

Le Programme Fonctionnel Détaillé (PFD) doit énoncer des performances à satisfaire et comporter des résultats vérifiables à atteindre.

Toutefois, il demeure interdit pour l'adjudicateur de divulguer les procédés et les prix proposés par les candidats au cours de la discussion.

Il appartient au candidat d'indiquer par écrit les informations qu'elle estime confidentielles et qu'elle ne souhaite pas voir divulguer. Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue.

Modalités de passation

Les acheteurs peuvent recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence :

– en cas d'urgence et dans des circonstances imprévisibles qui ne permettent pas de respecter les délais (dangers sanitaires, risque d'incendie par exemple) ;

– lorsqu'aucune candidature recevable n'a été proposée dans les délais ;

– lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par une seule entreprise : acquisition d'une œuvre d'art, livraison complémentaire ou prestations similaires par le fournisseur initial ;

– lorsque le besoin est estimé inférieur à 25 000 € HT ;

– pour la fourniture de livres non scolaires dont la valeur est estimée inférieure à 90 000 € HT ;

– lorsque la mise en concurrence est impossible ou inutile du fait du faible degré de concurrence dans le secteur considéré (si le besoin est inférieur aux seuils européens) ;

– lorsque l'achat concerne des produits fabriqués à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement.

Dans ce cas, il détermine librement les conditions de la procédure dans le respect des principes

de la législation en matière de marchés publics (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures).

S'il prévoit de négocier les offres, il doit le préciser dans les documents de la consultation.

Le seuil de 90 000 €

Au sein des marchés à procédure adaptée, il existe un seuil intermédiaire de 90 000 € HT qui n'influe que sur la publicité et pas sur la procédure.

En dessous de ce seuil, l'acheteur choisit librement les critères de publicité (exemple : profil d'acheteur, *BOAMP*, presse spécialisée, presse régionale, etc.).

Au-delà de ce seuil, la réglementation prévoit qu'un avis de marché doit être publié au *BOAMP* ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (*JAL*).

De plus, l'acheteur peut aussi le publier dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné (informatique, communication, travaux, par exemple) ou au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)*.

Procédure avec négociation vs dialogue compétitif

La procédure avec négociation se déroule en deux phases :

- Il s'agit en quelque sorte d'un appel d'offres classique auquel est jointe une phase de négociation.
- Le cahier des charges est défini par la personne publique.
- Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales.
- Il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué préalablement la possibilité de négocier ou pas.
- Les exigences minimales et les critères d'attribution ne peuvent pas faire l'objet de négociations.

Dans le cas du dialogue compétitif :

- L'acheteur public part d'un programme fonctionnel. Il n'est théoriquement pas capable de définir le cahier des charges car il ne sait pas comment faire pour atteindre ses objectifs et demande donc aux candidats de lui faire une proposition globale pour y parvenir.
- L'acheteur négocie avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir les solutions de nature à répondre à ses besoins.
- L'étanchéité est totale entre les propositions des différents candidats.
- Le dialogue compétitif s'adresse à des projets complexes et d'envergure selon des approches techniques différentes.
- La procédure est plus longue et plus coûteuse pour la maîtrise d'ouvrage publique.

BIBLIOGRAPHIE

- BERGERE, François, BEZANÇON, Xavier, *10 ans de PPP dans la commande publique*, (novembre 2014), Éditions Moniteur, Paris, 165 p.
- BEZANÇON, Xavier, COSSALTER, Philippe, CUCCHIARINI, Christian, DE FOURNIER DE LAURIÈRE, Jacques, (juin 2017). *Guide de la commande publique*. Éditions Moniteur, Paris, 353 p.
- BEZANÇON, Xavier, CUCCHIARINI, Christian, FRANQUEVILLE, Laurence, (mai 2016), *Construire en contrat global*, Éditions Moniteur, Paris, 111 p.
- EGF.BTP, *25 opérations en conception-réalisation*, Paris, 76 p.
- EGF.BTP, *Memento des contrats globaux*, (mars 2014), Paris, 86 p.
- IDRRIM, *du bon usage des marchés publics globaux de performance en route et voiries – Recommandations*, (janvier 2019), Paris, 23 p.
- FNTP (avril 2017). *Abrégé des marchés publics de travaux*, éditions Moniteur, Paris, 113 p.
- Institut de la gestion déléguée (IGD) « *Livret 3 Les marchés globaux* », 2017
- Institut de la gestion déléguée (IGD) « *Livret 2 Les marchés de partenariat* », 2017
- Institut de la gestion déléguée (IGD) « *Livret 1 Les contrats de concession* », 2017
- Mission interministérielle pour la qualité de la construction publique (MIQCP), *la conception-construction*, juin 2010 Paris, 105p.
- Réseau national des Aménageurs (RNA), *La ville imbriquée face au nouveau droit de la commande publique : Peut-on encore fabriquer des ensembles immobiliers complexes imbriquant équipements publics et volumes privés ?* (version juin 2018), Paris, 9 p.
- ASIKA, Elina, PACHEN-LEFEVRE, Marie-Hélène, « Fondamentaux de l'urbanisme : Vade-mecum des concessions d'aménagement à risque » In : *La Gazette des communes*, 20 mars 2017
- Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics Fiche technique La procédure concurrentielle avec négociation
- Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics Fiche technique Contrats de la commande publique et autres contrats

Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics Fiche technique Marchés globaux

Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics Fiche technique Les marchés de partenariat

Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics Fiche relative au Code de la commande publique

Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics Tableaux de concordance et les textes en vigueur de la commande publique

EGF.BTP, Fiche pratique *le marché global de performance en 10 points*, Paris, 2017, 8 p.

EGF.BTP, Fiche pratique *la conception-réalisation en 10 points*, Paris, avril 2018, 8 p.

EGF.BTP, Fiche pratique *Pourquoi et comment construire en entreprise générale ?*, Paris, 2017, 8 p.

BEDIER, Laure, analyse du Code de la commande publique. In : *6^e Forum des acheteurs Publics*, Paris, 28 mars 2019

CABANES, Christophe (2019) Les contrats globaux et la performance énergétique, note de synthèse. In : *matinale d'information sur « les contrats globaux ou comment construire durable ? »*, Clermont-Ferrand, 4 avril 2019

Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique

Décret n° 2019-259 du 29 mars 2019 portant modification de diverses dispositions codifiées dans la partie réglementaire du Code de la commande publique