

Le MARCHÉ GLOBAL de PERFORMANCE en 10 points

La création d'un nouveau type de marché public, le **Marché global de Performance** (MGP), par l'ordonnance du 23 juillet 2015 ouvre considérablement les possibilités offertes aux maîtres d'ouvrage publics d'avoir recours à un marché global. À l'heure où les acteurs de l'acte de construire exigent de plus en plus de performance, il s'agit donc d'une évolution extrêmement importante. Voici en 10 questions-réponses ce qu'il faut retenir du Marché global de Performance:

1. Quels sont les textes applicables ?

La réglementation mise en œuvre est peu abondante et peu précise. L'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 stipule que : **« Nonobstant les dispositions de l'article 33 (conception-réalisation), les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin 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. »**

Les articles 80 et 92 du décret du 26 mars 2016 indiquent que « tous les textes antérieurs concernant ce type de marchés sont abrogés ».

2. Quels sont les avantages pour le maître d'ouvrage ?

→ **Un confort** : dans ce type de contrat, les engagements de performance doivent être mesurés. La mesure garantit l'atteinte des résultats. L'article 92 du décret 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.

→ **Une 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.

→ **Une dérogation à la loi MOP et au principe d'allotissement** : le maître d'ouvrage public peut faire le choix du « CREM » sans motivation particulière (alors qu'en conception-réalisation – article 33 – il y est tenu s'il n'est pas bailleur social) et peut déroger au principe de l'allotissement sans devoir motiver son choix.

→ **Une approche en offre globale** : pour le maître d'ouvrage, le choix d'un marché global de performance se réalise donc potentiellement en entreprise générale. C'est dans ce cadre un choix d'opportunité sans encadrement juridique.

→ **Une remarquable adaptation aux procédures BIM** : dans la perspective d'un développement rapide du BIM, le MGP est un instrument qui permet d'identifier et de tracer clairement les obligations et les performances.

3. Quels sont les différentes catégories de MGP ?

La distinction entre REM (Réalisation-exploitation-maintenance) et CREM (conception-réalisation-exploitation-maintenance) instaurée en 2011 perdure, au plan fonctionnel, mais il est nécessaire de faire la différence avec les « anciens » REM et CREM. La terminologie demeure mais les conditions requises pour y recourir sont radicalement simplifiées. En effet, l'article 73 de l'ancien Code des marchés publics prévoyait une restriction importante dans les possibilités de recours au CREM qui a été supprimée : « *Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (Loi MOP), l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37* ».

Cette limitation n'existe plus désormais.

4. Dans quels domaines peut-on utiliser les MGP ?

Il n'y a aucune limitation de principe et c'est l'évolution la plus importante. On peut noter une très grande nouveauté par rapport aux Contrats de performance énergétique (CPE) qui étaient limités à une performance énergétique. Un MGP peut intervenir dans tous les domaines de la commande publique. Donc dans le bâtiment comme dans les TP, sans aucune exigence en ce qui concerne la nature du bâtiment ou de l'ouvrage, son importance ou son éventuelle complexité.

5. Le maître d'ouvrage doit-il motiver son recours au MGP ?

Aucune motivation n'est requise pour justifier le choix de recourir à un MGP.

L'évolution est donc considérable par rapport au marché unique ou à la conception-réalisation, deux modes qui nécessitent des motivations précises en amont. La situation

est quelque peu paradoxale puisque un maître d'ouvrage public pourra recourir à la forme la plus globale qu'est le CREM sans motivation particulière.

Il s'agit de la caractéristique la plus notable du MGP et sûrement la plus difficile à intégrer dans les mentalités, très habituées en France à des obligations de motivation pour les marchés globaux.

6. Qu'est ce qui caractérise un MGP ? (performance et pénalités)

→ **Notion de performance** : là encore la liberté du maître d'ouvrage public est très importante puisque l'article 43 cite des domaines possibles mais en utilisant le terme de « notamment », ce qui laisse toutes possibilités de « créativité ». Les performances peuvent donc se trouver incluses dans tous les aspects d'un projet. En revanche, il est important de préciser que la jurisprudence exige que ces performances soient mesurables et que les procédures de mesure soient clairement identifiées dans le contrat.

→ **Notion de pénalités** : il faut ici aussi se référer au principe selon lequel des pénalités « suffisantes » doivent être directement liées à l'obtention des performances requises.

7. Quelle est la portée de l'obligation d'un volet maintenance ?

Aucune précision réglementaire ne vient encadrer le volet maintenance dans le cadre d'un MGP. Cela a pour conséquence directe que c'est au maître d'ouvrage public de définir son besoin en la matière et cela aussi bien dans l'appréciation de l'ampleur de la maintenance confiée que dans sa durée sauf à apparaître comme dérisoire. Notons qu'il n'y a pas de durée plancher concernant l'exploitation et la maintenance, donc que cette période post-réception peut être de courte durée. Cette période de mise au point permet de s'assurer que la performance du marché est bien atteinte.

8. Faut-il distinguer le prix de construction et le prix de maintenance ?

Il s'agit d'une obligation qui découle directement de la réglementation en vigueur (article 92 du décret du 26 mars 2016). Le maître d'ouvrage devra veiller à être en état de justifier précisément de cette répartition pour éviter le risque d'accusation de paiement différé.

9. Quelle différence entre le MGP et le marché de partenariat ?

Dans la possibilité offerte aux maîtres d'ouvrages d'une approche globale, ces deux types de marchés sont très proches. Toutefois, des différences fondamentales demeurent :

- Une obligation très complexe de justifier le recours à un marché de partenariat.
- L'interdiction du paiement différé pour le MGP : aucune dérogation n'est prévue à ce principe repris à l'article 60-I de l'ordonnance de 2015.
- Le maintien d'une maîtrise d'ouvrage publique pour le MGP : il n'y a donc aucun transfert des compétences du maître d'ouvrage public au profit de l'entreprise.
- Un financement public exclusif pour le MGP, celui-ci ne peut comporter aucun volet financier aboutissant à un financement même partiel assuré par l'entreprise titulaire. Aucune clause visant à accorder certaines facilités de paiement au maître d'ouvrage public ne peut être insérée.

10. Quels sont les modes de passation possibles ?

Ce sont, par principe, les règles communes qui s'appliquent. Le maître d'ouvrage a donc le choix entre les différents modes de passation, y compris le MAPA si le marché est inférieur aux seuils de passation européens.

Incontestablement, la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif sont préférables.

L'article 92 du décret édicte cependant des mesures particulières pour tenir compte de la singularité et de la complexité de ce type de commande.

Dans son point III, l'article 92 du décret précise que lorsque le marché comporte des travaux dans le champ d'application de la loi MOP, les dispositions spécifiques prévues au II de l'article 91 du décret pour les procédures formalisées en marchés de conception-réalisation, s'appliquent. Il y a donc intervention du jury dans la procédure de choix du titulaire du marché, lorsque les seuils européens sont dépassés, l'offre comportant un APS en bâtiment.

Toute procédure qui comporte la remise de prestations de conception doit prévoir leur indemnisation à hauteur d'au moins 80 % de leur estimation, la prime versée étant prise en compte dans la rémunération du titulaire.

L'attribution du marché se fait sur le fondement d'une pluralité de critères parmi lesquels figurent le coût global et un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance.

