

Les marchés globaux de performance dans le secteur de l'énergie

Les dispositions de la section 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 détaillent les règles applicables aux marchés publics de conception-réalisation et aux marchés publics globaux de performance. Quels sont, précisément, les types d'opérations concernés par ces nouvelles dispositions intéressant directement le secteur de l'énergie ?

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics traite des « marchés globaux de performance », nouvelle expression qui se substitue aux marchés « complexes », c'est-à-dire, en définitive, des marchés regroupant des prestations de nature différente et, pour aller vite, qui allient des travaux à des services, moyennant le paiement par l'acheteur public. De la sorte, ils sont dits « globaux ». Les « marchés publics globaux » font ainsi l'objet d'une section 4, au sein des dispositions générales concernant la passation des marchés publics, qui elle-même est subdivisée en trois sous-sections que sont les marchés de « conception-réalisation » (article 31), « les marchés publics globaux de performance » (article 32), et « les marchés publics globaux sectoriels » (article 33).

Ces marchés globaux correspondent, outre les marchés publics globaux sectoriels que nous ne traiterons pas, pour les premiers aux marchés de conception-réalisation de l'article 37 de l'actuel Code, et pour les seconds aux marchés dits « CREM » (Conception, Réalisation, Exploitation, Maintenance) et « REM » (Réalisation, Exploitation, Maintenance) de l'article 73 I et II, qui ont, en quelque sorte, fusionné au sein d'une unique et nouvelle catégorie, « les marchés publics globaux de performance ».

La place des marchés globaux ne peut se comprendre qu'à l'aune des dispositions de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relatif à l'allotissement.

Car si le principe de l'allotissement est rappelé, pour être renforcé, le I de l'article 32 atténue immédiatement le principe : « sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. À cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots ».

Autrement dit, si les conditions sont remplies, les marchés globaux de la section 4 de l'ordonnance peuvent être passés. Il s'agit des marchés de conception-réalisation, et des marchés globaux de performance.

Auteur

Olivier Raymundie
Avocat
Alkyne Avocats

Mots clés

Conception-réalisation • CEM • Marchés publics globaux de performance • REM

Les marchés de conception-réalisation

Le tableau ci-dessous montre les évolutions des textes.

Code des marchés publics	Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015
art. 37	art. 31
<p>Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur 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.</p> <p>Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.</p> <p>Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédent sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.</p>	<p>I. – Un marché public de conception-réalisation est un marché public de travaux qui permet à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.</p> <p>Les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.</p> <p>II. – Pour la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L.301-2 du code de la construction et de l'habitation, soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée, les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L.411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux peuvent jusqu'au 31 décembre 2018 conclure, par dérogation au deuxième alinéa du I, des marchés publics portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.</p>

L'article 33 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 déroge à la loi MOP, qui impose de dissocier la mission de maîtrise d'œuvre de celle de l'entrepreneur pour la réalisation des équipements publics, en permettant l'association de l'entrepreneur aux études dès la phase de conception, et donc dès le début du projet.

Les marchés de conception-réalisation de l'ordonnance sont ainsi relativement similaires à ceux du Code actuel, du moins en apparence.

C'est ainsi que tous les travaux sont visés, d'infrastructures et de bâtiments, et ce, quel qu'en soit le montant.

On relèvera cependant certaines évolutions qui étendent considérablement la possibilité de recourir à ce type de contrat :

– d'abord, dans les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation : ce n'est plus simplement un « motif d'ordre technique » qui légitime le recours à ce type de contrat, c'est, en outre, la possibilité de démontrer un « engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ». L'on sait que le motif d'ordre technique avait été, jusqu'à présent, interprété restrictivement par le juge administratif qui s'est montré rigoriste⁽¹⁾. Ainsi, un nouveau cas d'ouverture est prévu qui

repose sur la notion d'efficacité énergétique. À cet égard, la directive 2006/32/CE du 5 avril 2006 définit le contrat de performance énergétique comme « un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur (normalement une société de services énergétiques) d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ». On rappelle que, même s'il n'existe pas de définition de la performance énergétique, ce contrat doit se traduire par la diminution des recettes énergétiques qui passe par un investissement matériel ou immatériel en vue de baisser les consommations énergétiques. Ces engagements de performance doivent être mesurables et garantis et doivent conduire l'entreprise à indemniser le maître d'ouvrage en cas de non-atteinte des performances ;

– ensuite, ce type de contrat peut être passé y compris dans le cas de marchés à procédure adaptée (« quel qu'en soit le montant ») ;

– si le marché de conception-réalisation est confié à « un groupement d'opérateurs économiques », ce qui oblige, à notre sens, d'associer le maître d'œuvre au groupement,

(1) CAA Nancy 5 août 2004, Ville de Metz, req. n° 01NC00110 ; CE 8 juillet 2005, Communauté d'agglomération de Moulins,

req. n° 268610, mentionné dans les tables du *Rec. CE* ; TA Caen 23 janvier 2014, n° 1300604 ; n° 1300605 ; n° 1300606 ; CE 28 décembre 2001, req. n° 221649.

tel n'est pas le cas des ouvrages d'infrastructure (« il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructure ») ;

– le tout, sauf recours aux procédures spéciales (article 33-1).

C'est donc un élargissement des cas de recours à ce type de contrat qui est proposé.

C'est, à l'évidence, l'ajout de la référence à l'efficacité énergétique qui constitue la véritable ouverture pour ce type de contrats, si on le compare à l'actuel article 37 du Code des marchés publics qui rend possible le recours à la procédure de conception-réalisation, en cas « d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ».

Ajoutons que le recours au marché de conception-réalisation ne concerne que les opérations de travaux sur des bâtiments existants lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des performances énergétiques. Ainsi, selon une réponse du Minefi⁽²⁾, la conception-réalisation est également possible, depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010, lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces dispositions ont pour objet de mettre en œuvre l'article 5 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement qui fixe des objectifs de réduction des consommations d'énergie des bâtiments existants de l'État et de ses établissements publics. On peut penser que c'est encore le cas, le texte n'ayant pas été modifié sur ce point.

Les marchés globaux de performance

La sous-section 2 relative aux « marchés publics globaux de performance » dispose, en son article 34, que : « Nonobstant les dispositions de l'article 33, 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 ».

En sus des travaux, il s'agit ainsi d'associer la fonction « maintenance » ou « exploitation ». Les limites posées au titre des contrats de conception-réalisation disparaissent pour les marchés globaux de performance, puisqu'il est écrit « nonobstant les dispositions de l'article 33 », à

condition qu'aient été déterminés « des objectifs chiffrés de performance définis, notamment, en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique ».

Ce nouveau marché est englobant, puisqu'il intègre les anciens CREM et REM de l'article 73 du Code des marchés publics.

C'est l'article 73. I du Code des marchés publics qui régit les REM.

Il en résulte que : « Les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet ».

Ainsi, à la différence des CREM, la conception n'est pas intégrée dans ces contrats.

Quant aux CREM, l'article 73 II du Code des marchés publics les définit comme suit : « II. – Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet. [...]

Le régime de primes du IV de l'article 69 est applicable aux marchés définis au présent II, quel que soit leur montant estimé ».

Ce sont ainsi les cas de recours au marché global qui s'élargissent considérablement puisqu'il suffit que des objectifs de performance – d'ailleurs non exclusivement centrés sur l'énergie – puissent être justifiés.

On ne concevrait pas, à cet égard, que les objectifs de performance n'aient pas été définis préalablement dans le cadre du cahier des charges, et non *a posteriori*, ce pour deux raisons : d'abord, parce que les « objectifs » de performance, donc définis *ex ante*, sont une condition du recours à ce contrat, surtout, parce que les objectifs deviennent des « engagements » « mesurables », donc *ex post*.

Les objectifs de performance sont largement conçus, et même évanescents pour certains d'entre eux, puisque les mesures étalons peuvent se rapporter à un « niveau d'activité », « de qualité de service », « d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique », mais pas seulement puisqu'il est dit « notamment ».

Le « niveau d'activité » est assurément des plus vague, qui peut se comprendre comme, par exemple, un niveau

(2) Fiche de la DAJ, fiche mise à jour le 27 janvier 2015 sur les contrats de conception réalisation ; Voir également la circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C) relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 7.1.3.1. Cette position a été confirmée par une réponse ministérielle du 2 avril 2013 (Rep. min. à QE n° 18837, 2 avril 2013, JOAN Q. 2 avril 2013, p. 3582).

d'attractivité ou de fréquentation dans un équipement public accueillant du public (visiteurs/an par exemple). Quant à la « qualité du service », si elle n'est pas définie au regard d'une norme, elle pourrait être bien subjective, ce, d'autant qu'elle sera appréciée *ex post*. L'efficacité énergétique, quant à elle, peut plus aisément reposer sur des valeurs objectives mesurables (mWh par exemple). Quant aux « incidences écologiques », elles peuvent se lire dans de nombreux sens comme des coûts évités (carbone par exemple) (encore que, là encore, ce type de mesures ne soit en rien évidente).

Il peut même exister une combinaison d'objectifs (de qualité et énergétiques par exemple) outre ceux non visés par l'article 34. Liberté est donc donnée aux acheteurs publics pour définir leurs objectifs. En somme, en première lecture, les cas de recours à ces marchés ne semblent pas difficiles à atteindre.

En ces cas, les acheteurs peuvent alors conclure des marchés qui « associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestation ».

Il y a donc association du volet construction au volet maintenance ou exploitation, étant précisé que l'objet même de ce type de marché est la réalisation de travaux et de services (donc de maintenance ou d'exploitation) en vue de réaliser des économies ou, à tout le moins, d'améliorer une performance contractualisée.

Des combinaisons s'avèrent donc possibles puisqu'il s'agit, dans le même contrat, de faire figurer alternativement la réalisation ou la conception-réalisation à l'exploitation ou la maintenance.

Ce type de marchés peut donc intégrer un arc-en-ciel de possibilités allant de la plus intégrée à la moins intégrée :

– contrat portant sur la conception, la construction et l'exploitation ou de maintenance ;

ou

– contrat portant sur la construction et l'exploitation ;

ou

– contrat portant sur la construction et la maintenance.

On ne sait d'ailleurs pas si les termes « exploitation »^[3] et « maintenance » relèvent de distinctions sémantiques ou techniques, car l'exploitation, entendue communément, consiste souvent à assurer l'exploitation technique d'un bâtiment (gestion des énergies, maintenance préventive et curative du bâtiment, voire même renouvellement de certains équipements). Il se peut aussi que le terme « exploitation » soit à entendre comme se rapportant à l'accueil du public, la gestion commerciale et informatique avec les usagers, tandis que la maintenance serait,

elle, strictement cantonnée à une gestion technique des installations (maintenance préventive et curative). Il se peut aussi, si l'on reste dans le cas de marchés portant sur l'énergie, que l'exploitation intègre aussi la fourniture de l'énergie (gaz, fuel etc), ce qui, alors, pose la question de la capacité des PME de répondre à ce type de demandes.

Le champ d'application des contrats globaux de performance est donc large : ils peuvent concerner des bâtiments, mais pas uniquement. Ils peuvent porter sur des contrats de type éclairage public^[4], des travaux de voirie qui peuvent intégrer des économies d'énergie pour l'éclairage précisément, parce qu'ils auraient pour effet d'améliorer un bilan énergétique ou environnemental, des travaux d'efficacité énergétique dans des équipements municipaux (mairie, services techniques, équipements sportifs etc.).

Le marché global de performance peut donc porter, soit sur un bâtiment, soit sur un parc de bâtiments, et inclure des travaux sur le bâti, sur les systèmes de production, de distribution et régulation du chauffage, de la climatisation, de l'éclairage, de l'eau chaude sanitaire (plus généralement sur l'amélioration de l'efficacité énergétique de tout équipement ou système, producteur ou consommateur d'énergie), comprendre des actions sur l'exploitation/la maintenance, sur le comportement des usagers...

Le recours à ce type de marchés n'est pas limité aux seuls bâtiments : un contrat de rénovation de voirie urbaine intégrant des objectifs d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique, comme par exemple le recyclage des matériaux, des chantiers propres, le recours à des enrobés à froid, à la suppression sur la voirie de l'amiante, ou encore la modernisation du système d'éclairage dans le but de recherche d'économies d'énergie.

Ce qui est recherché, derrière la contractualisation de la performance, en l'occurrence énergétique (puisque elle est mesurable), c'est, en définitive, de permettre une modulation de la rémunération selon le niveau de satisfaction des objectifs de performance. Dans tous les cas, il faut que les objectifs à atteindre puissent donner lieu à une mesure objective à un moment T0, et que les indicateurs mis en place soient incontestables, c'est-à-dire mesurables, objectifs et transparents.

C'est donc que, s'agissant tant du contrat de conception-réalisation que du marché global de performance, il est

[4] « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir aux REM et aux CREM tant pour les projets portant sur des bâtiments que pour ceux portant sur des infrastructures telles que l'éclairage public ou la construction-réhabilitation et l'exploitation de canalisations et de réseaux publics si les conditions prévues à l'article 73 sont remplies. Lorsque le marché global de performance inclut des travaux relevant de la loi MOP, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer, en application de l'article 18 de cette loi, qu'il comporte des engagements de performance énergétique définis contractuellement si les travaux portent sur des bâtiments existants ou que la conception-réalisation est justifiée par des motifs techniques tels que définis à l'article 37 du CMP si les travaux portent sur des bâtiments neufs » (Rép. min. QE n° 50729, JOAN Q. 12 août 2014, p. 6905).

[3] Terme qui, au passage, a suscité bien des difficultés d'interprétation dans le cadre des contrats de partenariat puisque l'exploitation a pu être lue comme signifiant que le contrat de partenariat permettait l'exploitation même du service public, ce qui n'est pas le cas.

nécessaire de pouvoir mesurer les espérances de gains en euros, consécutifs à la diminution des consommations d'énergie.

Ces marchés étant soumis aux règles du Code des marchés publics, l'interdiction du paiement différé s'impose, de même que l'interdiction de contribuer au paiement de la construction par la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance.

Alors que les CREM ne pouvaient être mis en œuvre que dans le cadre de bâtiments existants^[5] (et non sur la réalisation d'ouvrages neufs) dans lesquels il s'agit d'améliorer le bilan énergétique, la référence aux « bâtiments

existants » a disparu pour les marchés globaux de performance. Ceci avait du sens si l'on veut se souvenir que l'association « travaux » et « exploitation » ou la « maintenance » en vue de l'atteinte de performances garanties n'est possible que dans le cadre de bâtiments existants ou à réhabiliter, l'idée étant de partir d'une situation de référence permettant de prendre en compte les consommations énergétiques constatées en vue de prendre des engagements plus forts. Mais encore fallait-il disposer d'une situation étalon et donc d'un référentiel.

Il reste que l'article 31 en assimilant CREM et REM, ne fait désormais plus référence aux « bâtiments existants »^[6], de sorte que l'on peut se demander si, dorénavant, les marchés globaux de performance n'ont pas vocation à s'appliquer aussi aux bâtiments à édifier, ce qui pose la capacité des PME à pouvoir répondre à des contrats nécessitant des spécialités différentes si l'on prend le domaine de l'énergie (travaux à réaliser, fourniture d'énergie, maintenance ou exploitation).

Pour peu qu'une lecture extensive soit faite du mot « exploitation » qui inclurait la fourniture de l'énergie (gaz, fuel, mixte énergétique etc.), le marché global de performance risquera de devenir réservé à quelques entreprises, puisqu'il fermera l'accès des PME, incapables de pouvoir répondre aux exigences du cahier des charges. C'est d'ailleurs un des paradoxes de ce marché qui consisterait à faire du fournisseur d'énergie celui qui, dans le même temps, serait chargé de réaliser des économies d'énergie.

L'ordonnance ouvre donc la possibilité aux acheteurs publics de recourir aux marchés publics de performance. Il restera à voir qui peut, en pratique, en bénéficier.

[5] Selon l'article 73 II du Code des marchés publics : « 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 ». Voir également, circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C) relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (point 7.1.3.2) : « les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM) qui comportent des travaux soumis à la loi MOP ne peuvent être conclus que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants ou bien pour des motifs d'ordre technique mentionnés à l'article 37 du code des marchés publics. Ainsi, pour la construction de bâtiments neufs, ces contrats ne peuvent être utilisés que si des motifs d'ordre technique justifient l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage » ; M.-A. Petiot, P. Terneyre, « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques droit public », *AJDA* 2012, p. 412 : « (...) il est admis que, puisqu'il ne s'agit que d'améliorer l'efficacité énergétique d'un ouvrage, les travaux concernés ne peuvent intervenir que sur un ouvrage existant (qu'il faut améliorer) et non pas sur des ouvrages neufs » ; Fiche DAJ relative au décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique : « En outre, les contrats qui comportent des travaux relevant de la loi MOP ne seront autorisés que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants ou, comme les textes le prévoient déjà, pour des motifs d'ordre technique ».

[6] Pour rappel, l'article 73 II du Code des marchés publics (...) : « Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, 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 ».