



Xavier Bezançon
Christian Cucchiarini
Sandrine Dyckmans
Jacques Fournier de Laurière



Mémento des contrats globaux



EDITIONS
LE MONITEUR

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

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 allouer 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 allouer, 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 clefs 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.

CHAPITRE 3

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

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 dérogoire.

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 I 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

© Mr ViloBach 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.

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 pres-

criptions 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

“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)

L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 ont notablement réorganisé et harmonisé l'ensemble foisonnant des contrats publics, dits globaux, consacrant sous cette terminologie dans un corpus clarifié, les contrats associant conception et construction, voire entretien et maintenance, avec ou sans paiement différé. L'ordonnance du 26 novembre 2018 et le décret du 3 décembre 2018 qui créent le Code de la commande publique ont poursuivi ce travail d'harmonisation et intégré les nouvelles dispositions législatives de la loi ELAN du 23 novembre 2018 qui facilitent le recours au contrat de conception-réalisation et ouvrent de nouvelles dérogations à la loi MOP.

Ce mémento, rédigé par des experts du sujet, explique dans un esprit pratique et opérationnel, l'ensemble des contrats globaux actuels du droit de la commande publique. Le mémento traite également dans un dernier chapitre des différents contrats d'aménagement français lesquels, sans tous faire partie du corpus des contrats de la commande publique, permettent de lancer des opérations de construction globales intéressant la maîtrise d'ouvrage publique et privée.

Partie intégrante des outils usuels des maîtres d'ouvrage et consacrés dans le Code de la commande publique, les contrats globaux sont des contrats efficaces pour sécuriser les coûts et les délais et répondre aux grands enjeux actuels de performance énergétique des bâtiments, construction durable, consommation bas carbone et économie circulaire que la maîtrise d'ouvrage appelle de ses vœux.

Xavier Bezançon, délégué général du syndicat des Entreprises Générales de France (EGF.BTP), docteur en droit, auteur de plusieurs ouvrages sur les marchés publics.

Christian Cucchiarini, diplômé de Sciences Po Paris, titulaire d'un DESS en droit public, directeur des affaires institutionnelles et juridiques d'EGF.BTP. Il a été consultant en politiques publiques en France et à l'international.

Sandrine Dyckmans, diplômé de troisième cycle (université Bordeaux II), conseillère en communication et animation des délégations régionales d'EGF.BTP, après 18 ans de journalisme dans le secteur de la commande publique.

Jacques Fournier de Laurière, ancien élève de l'ENA, Président honoraire à la Cour administrative d'appel de Paris – Chambre des marchés publics.



ISBN 978-2-281-13308-0



9 782281 133080

EDITIONS

LE MONITEUR