

# Le marché global de performance

**Par Kenza Sahel**, avocate,  
cabinet Chatain & Associés

**L**e marché public global de performance (MPGP), successeur des contrats de conception-réalisation-exploitation-maintenance (CREM et REM), déroge au principe d'allotissement afin de favoriser l'atteinte de performances prédéfinies.

Mode d'emploi de cette forme contractuelle issue de la réforme de la commande publique de 2015-2016, retouchée à la marge par le Code de la commande publique entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril dernier.

## Qu'est-ce qu'un marché public global de performance ?

Le marché public global de performance, au sens de l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique - dit CCP - est un contrat global qui permet d'associer plusieurs prestations (fournitures, travaux, services) dans un objectif de performance chiffré (1).

Cet objectif doit être mesurable et peut porter sur différents critères librement définis par l'acheteur public. Le code évoque l'efficacité énergétique, l'incidence écologique, la qualité de service et le niveau d'activité, mais cette liste n'est qu'indicative.

## Quelles sont les conditions de recours au MPGP ?

Les conditions de recours tiennent à la définition de cette forme de contrat : l'acheteur public doit avoir déterminé et chiffré un objectif de performance. Cet élément constitue le point central du futur marché.

En effet, la rémunération des prestations réalisées par le titulaire est liée à l'atteinte des objectifs de performance fixés par le marché (2). Elle sera modulée en cas de sous-performance ou de surperformance, par un mécanisme de pénalités et de bonus. Il est donc primordial que ces engagements soient mesurables afin de pouvoir évaluer en

fin de marché si oui ou non l'engagement a été respecté par le titulaire.

## Pourquoi oppose-t-on de plus en plus ce marché global au marché de partenariat ?

Le marché de partenariat - autrefois contrat de partenariat et plus connu sous le nom de partenariat public-privé (PPP) - a perdu de sa popularité pour un ensemble de raisons (contrats trop longs, loyers trop lourds, mise à l'écart des PME, etc.) qui ont donné très mauvaise presse aux PPP. En conséquence, il est devenu assez difficile pour les personnes publiques de justifier du recours à cette forme contractuelle.

La réforme des marchés publics entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2016 a réellement mis en avant le marché public global de performance en supprimant certaines contraintes, ce qui le rend depuis beaucoup plus accessible. Il en est résulté une augmentation certaine du recours à ce contrat encore très peu connu et mal maîtrisé tant par les acheteurs publics que par les opérateurs privés.

Il semblerait que ce soit l'aspect global du marché de partenariat et du MPGP qui pousse à les présenter comme

concurrents. Néanmoins, ces deux formes de contrats publics sont dans les faits bien différentes.

Par exemple, le MPGP est un marché public dans le cadre duquel l'acheteur public finance lui-même, au fur et à mesure, les prestations sans passer par le préfinancement d'éventuels investisseurs.

Par ailleurs, contrairement au marché de partenariat, la personne publique conserve la maîtrise d'ouvrage en MPGP, elle reste ainsi responsable des travaux et en supporte elle-même les risques inhérents.

Les différences entre ces marchés sont fondamentales et le choix de l'acheteur public dépend surtout de ses besoins et de ses contraintes, ainsi que de la nature du projet.

## Sous quelle forme le MPGP doit-il être conclu ?

C'est une question qui revient très souvent chez les acheteurs. En effet, l'idée première est généralement une contractualisation sous la forme d'un acte d'engagement auquel s'ajoutent le cahier des clauses administratives générales, le cahier des clauses techniques →

## Ce qu'il faut retenir

► Le marché public global de performance répond à un besoin grandissant des personnes publiques confrontées à la problématique d'un parc immobilier vieillissant.

► Cette forme contractuelle permet de rassembler dans un contrat global l'ensemble des missions (exploitation, maintenance, réalisation ou conception-réalisation) et de soumettre le titulaire à un objectif de performance chiffré et mesurable sur lequel reposera l'économie du contrat. Les besoins de la personne publique doivent donc être bien définis en amont.

► Le dialogue compétitif constitue la procédure de passation la mieux adaptée en ce qu'elle permet à l'acheteur de bénéficier au mieux de l'expertise des candidats.

► Lors de la réforme des marchés publics de 2015-2016, le législateur a assoupli le régime applicable aux marchés globaux de performance, affirmant ainsi une volonté de faciliter son recours. Cette démarche est confirmée par la rédaction du nouveau Code de la commande publique qui clarifie les dispositions applicables et en assouplit certaines.

particulières et un bordereau de prix unitaires ou un tableau de détail quantitatif des prix. C'est en effet la forme classique d'un marché public.

Néanmoins, s'agissant d'un marché global, la conclusion d'un contrat unique englobant toutes les missions du projet est plus adaptée – et rien ne s'y oppose. D'un point de vue pratique, cela se traduit par un contrat principal comprenant l'objet du marché, l'objectif de performance chiffré, les dispositions relatives à la mesure de celui-ci ainsi que l'ensemble des dispositions juridiques et financières. A ce contrat principal s'ajoutent les éléments techniques sous la forme d'annexes. Cet ensemble constitue le marché public global de performance.

### Quelles sont les procédures de passation préconisées ?

Tout dépend du projet, de son montant et du degré de précision des attentes de l'acheteur.

► Dans un schéma classique de procédure formalisée avec un objectif de performance fixé mais des interrogations quant aux moyens techniques pour y parvenir, le dialogue compétitif semble être la procédure de passation la mieux adaptée. En effet, la question de la performance amène à des interrogations techniques importantes pour lesquelles le dialogue s'avère réellement utile. L'organisation d'un dialogue à deux tours a l'avantage d'inciter les candidats à faire des propositions innovantes et audacieuses qui pourront être discutées et évoluer en fonction des échanges. Ce format peut réellement permettre à la personne publique de profiter de l'expertise des entreprises privées et cela peut être un moyen de les pousser à oser davantage.

► Autre possibilité, la procédure avec négociation. Elle est très proche du dialogue compétitif, mais les échanges y sont moins riches, et pousseront peut-être moins les candidats à être force de proposition.

► Enfin, s'il n'est pas exclu, l'appel d'offres semble moins adapté à la passation d'un marché global. En effet, il n'amène pas les acheteurs et les candidats aux mêmes échanges qu'en dialogue compétitif. Les soumissionnaires présentent une offre sur laquelle ils peuvent ensuite être entendus par un jury, mais il n'y a pas de

dialogue, ni de négociation sur les offres. Cette procédure de passation implique par conséquent que la personne publique ait une idée précise de ses besoins et de ses attentes dès son lancement, afin que les candidats puissent présenter une offre finalisée.

### Qu'est-ce qui fait qu'un MPPG est réussi ?

Le MPPG réussi est celui pour lequel un réel travail de fond a été réalisé en amont : une définition des besoins de la personne publique, de ses objectifs, de ses moyens et de ses contraintes.

Ce travail doit être réalisé si nécessaire avec l'aide de professionnels, ingénieurs et juristes, qui peuvent accompagner la personne publique en qualité d'assistants à maîtrise d'ouvrage, suffisamment en amont pour préparer l'appel d'offres. De même, les opérateurs privés qui candidatent ont intérêt le plus souvent à se faire accompagner de spécialistes qui sauront maîtriser les enjeux tant techniques que juridiques du projet dans sa globalité.

### Le Code de la commande publique, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril, a-t-il apporté des nouveautés quant au MPPG ?

Le Code de la commande publique réalise en la matière une codification à droit constant, comme pour l'essentiel des dispositions qu'il reprend.

Un réel effort de clarification est cependant à souligner. Des règles jusqu'alors éparpillées sont désormais toutes rassemblées sous un même titre dans les parties législative et réglementaire du code (3). La rédaction suit en outre la chronologie de la passation du marché, ce qui facilite considérablement la lecture et la compréhension.

Enfin, si le code n'introduit pas de nouvelle règle substantielle, il convient néanmoins de souligner qu'il en assouplit certaines. C'est le cas par exemple des dispositions relatives au versement des primes à l'issue de la procédure de passation. Auparavant, l'article 92 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics limitait la réduction et la suppression des primes aux candidats dont les offres étaient irrégulières.

Le Code de la commande publique (article R. 2171-19) supprime la mention relative aux offres irrégulières et impose uniquement à l'acheteur d'indiquer dans les documents de la consultation les modalités de réduction ou de suppression de la prime. Cette modification est conséquente en ce qu'elle donnera plus de latitude aux acheteurs quant aux modalités de versement des primes.

La nouvelle rédaction du code confirme la volonté du législateur affichée lors de la réforme de 2016 de faciliter le recours au marché public global de performance. Il est vrai qu'il répond à un réel besoin. Aujourd'hui, les personnes publiques disposent d'un parc immobilier conséquent mais vieillissant, et il devient urgent pour beaucoup de le réhabiliter. Le marché public global de performance semble constituer une solution adaptée. Les prochaines années, et la jurisprudence qui se développera autour de cette forme de contrat, confirmeront ou non cette tendance. ●

(1) Article L. 2171-3 du CCP : « Le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables. »

(2) Article R. 2171-2 du CCP : « Les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée dans le marché. 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. »

(3) Les marchés globaux sont encadrés par les dispositions des titres VII (« règles applicables à certains marchés ») des livres premiers (« dispositions générales ») des deuxièmes parties (« marchés publics ») des parties législative et réglementaire du CCP.