

## ALLOTISSEMENT ET CONTRATS GLOBAUX

Avant le code des marchés publics de 2006, l'acheteur disposait d'une liberté de choix, compte-tenu des considérations techniques et économiques pesant sur celui-ci, quant à la scission de son marché public en lots.

En 2006, l'allotissement a été rendu obligatoire. Cependant, seuls les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics étaient soumis à ce principe. L'allotissement demeurait facultatif pour les autres acheteurs publics dans la mesure où l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>1</sup> restait silencieuse sur ce point. L'ordonnance du 23 juillet 2015<sup>2</sup> et son décret d'application du 25 mars 2016<sup>3</sup> consacrent le principe de l'allotissement pour l'appliquer à l'ensemble des acheteurs, indépendamment de leur qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. En outre, ce principe s'applique tant aux marchés publics passés selon une procédure adaptée qu'à ceux passés selon une procédure formalisée.

Destiné à susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique, l'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise. Il est ainsi particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises.

Désormais, tous les marchés publics doivent, conformément à l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, être passés en lots séparés lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes, sauf à s'inscrire dans l'une des exceptions prévues à cet article.

### **1. L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application affirment, sauf exception, l'obligation d'allotissement des marchés publics**

L'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que « *sous réserve des marchés publics globaux (...), les marchés publics autre 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. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots* ».

Le Conseil d'Etat exerce un contrôle normal sur le respect par l'acheteur de l'obligation de procéder à l'allotissement des marchés publics afin de garantir une réelle concurrence entre les opérateurs<sup>4</sup>.

Le Conseil d'Etat a cependant estimé que le choix opéré par l'acheteur du nombre et de la consistance des lots ne peut être remis en cause par le juge administratif que si l'acheteur commet des erreurs grossières dans le découpage au regard « *des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions* »<sup>5</sup>. En conséquence, seule une erreur manifeste d'appréciation de l'acheteur dans la détermination du nombre et de la consistance des lots eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché public est susceptible de caractériser un manquement à ses obligations de mise en concurrence.

Lorsqu'une consultation est lancée pour plusieurs lots et ne fait l'objet que d'un seul avis de marché, chaque lot est attribué séparément à l'entreprise dont l'offre est retenue. En d'autres termes, chaque lot constitue un marché public, lui-même attribué à un prestataire particulier. A cet égard, l'allotissement visé par l'article 32 de l'ordonnance consistant en la conclusion de plusieurs marchés publics distincts ne doit pas être confondu avec la décomposition en lots techniques qui permet l'affectation de chaque ensemble technique à un membre d'un groupement d'entreprises dans le cadre d'un marché public unique<sup>6</sup>.

Par ailleurs, les différents lots constituant des marchés publics distincts, l'acheteur peut, dans ce cadre, prévoir une date de début d'exécution des prestations propre à chacun des lots. De la même façon, aucun

<sup>1</sup> Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

<sup>2</sup> [Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015](#) relative aux marchés publics.

<sup>3</sup> [Décret n°2016-360 du 25 mars 2016](#) relatif aux marchés publics.

<sup>4</sup> [CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône](#), n°350935.

<sup>5</sup> [CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio](#), n°333737.

<sup>6</sup> [CE, 30 juin 2004, OPHLM Nantes Habitat](#), n°261472.

principe ni aucune disposition de l'ordonnance ou de son décret d'application ne lui interdit d'appliquer des procédures distinctes à des lots différents, chaque procédure donnant alors lieu à la publication d'un avis de marché<sup>7</sup>.

## **2. Les modalités de soumission et d'attribution des lots doivent être encadrées préalablement par l'acheteur**

Ces modalités doivent être encadrées afin de respecter l'obligation de transparence imposée aux acheteurs

L'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ainsi que l'article 12 de son décret d'application n'interdisent pas l'attribution de plusieurs lots, voire de la totalité des lots, à un même opérateur. L'acheteur ne saurait toutefois imposer aux candidats, dans les documents de la consultation, de présenter des offres sur tous les lots faisant l'objet de la mise en concurrence. Une telle démarche conduirait à contourner l'obligation d'allotissement<sup>8</sup>.

Afin de préserver la concurrence ou d'assurer une fiabilité de l'approvisionnement<sup>9</sup>, l'acheteur peut également décider de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre maximal de lots pouvant être attribués à un même opérateur économique<sup>10</sup>. Si l'acheteur dispose d'une grande liberté dans la détermination des modalités de soumission et d'attribution des lots, celui-ci doit toutefois encadrer préalablement ces modalités dans les documents de la consultation ou, le cas échéant, dans l'avis de marché<sup>11</sup>.

Il lui appartient notamment de préciser les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal<sup>12</sup>.

Le Conseil d'Etat a ainsi précisé que lorsque l'acheteur « *autorise la présentation d'une candidature pour un nombre de lots supérieur à celui pouvant être attribué à un même candidat, les documents de la consultation doivent en outre indiquer les modalités d'attribution des lots, en les fondant sur des critères ou règles objectifs et non discriminatoires, lorsque l'application des critères de jugement des offres figurant dans ces mêmes documents conduirait à classer premier un candidat pour un nombre de lots supérieur au nombre de lots pouvant lui être attribués* »<sup>13</sup>.

Dans ce cas, l'acheteur doit porter à la connaissance des candidats l'ordre de priorité des différents lots. Néanmoins, ces modalités d'attribution doivent être fondées sur des règles objectives et non discriminatoires qui ne doivent révéler aucune part d'arbitraire, ni de liberté de choix discrétionnaire de l'acheteur, qui conduirait à une attribution des lots ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats ou la transparence de la procédure de passation.

Par ailleurs, lorsqu'il est envisagé d'attribuer plusieurs lots à un même soumissionnaire, il est loisible aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement pour l'ensemble des lots<sup>14</sup>.

En effet, cette démarche ne constitue pas une exception au principe selon lequel il y a autant de marchés publics que de lots, mais contribue à simplifier la procédure en limitant le nombre d'actes. Dans cette hypothèse, l'acte d'engagement devra toutefois faire apparaître de manière distincte chacun des lots ainsi que les montants correspondants.

En tout état de cause, malgré l'existence d'un document unique, les lots restent des unités autonomes exécutées séparément. Ainsi, dans l'hypothèse où un avenant devrait être conclu, sa validité devra être appréciée au regard du lot concerné et non pour l'ensemble des lots.

<sup>7</sup> Réponse ministérielle n°37244, JOAN du 29 mars 2011, p.3075.

<sup>8</sup> CE, 1<sup>er</sup> juin 2011, *Société Koné*, n°346405.

<sup>9</sup> Considérant 79 de la directive 2014/24/UE précitée.

<sup>10</sup> 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 32 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ; CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n°363656.

<sup>11</sup> Article 12 III du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>12</sup> Article 12 III du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>13</sup> CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n°363656.

<sup>14</sup> Cette possibilité est ouverte malgré le silence de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application sur ce point.

### 3. L'acheteur peut, sous certaines conditions, recourir à un marché global sous réserve d'une justification suffisante de sa décision

Conformément à l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, il peut arriver, dans certaines hypothèses, que l'acheteur soit dans l'obligation de recourir à un marché public global (lot unique) lorsque l'allotissement est rendu particulièrement difficile. Les textes encadrent les dérogations au principe de l'allotissement.

Le recours au marché public global s'avère tout d'abord possible lorsque l'objet du marché public ne permet pas l'identification de prestations distinctes<sup>15</sup>. Des prestations sont considérées comme distinctes lorsque celles-ci :

- soit, sont d'une nature différente et répondent à des besoins dissociables ;
- soit, tout en étant de nature identique, peuvent être considérées comme distinctes en raison de la répartition géographique des sites objet de ces prestations. Selon le Conseil d'État, la répartition géographique est en effet « le signe de l'existence de prestations sinon distinctes du moins a priori différenciables »<sup>16</sup>. Ainsi, il est loisible à l'acheteur de procéder à la dévolution du marché sous forme de lots géographiques en tenant compte des zones géographiques distinctes qui peuvent être identifiées compte tenu de la structure économique.

A titre d'exemple, le marché public de sécurité visant la surveillance de sites se trouvant dans quatre communes différentes ne justifie pas le recours au marché public global dans la mesure où des prestations distinctes à raison de la répartition géographique des sites peuvent être identifiées<sup>17</sup>.

Le deuxième alinéa de l'article 32 I de l'ordonnance prévoit également une série d'exceptions possibles à l'obligation d'allotissement, que l'acheteur ainsi que le juge administratif identifient ou non des prestations distinctes<sup>18</sup> :

- soit, lorsque les acheteurs ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- soit, lorsque la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ;
- ou enfin, lorsque la dévolution risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

**La conclusion d'un marché public global au motif que le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination n'a pas été jugée régulière par le juge administratif dans la mesure où les difficultés antérieures rencontrées lors de précédents marchés publics ne sont pas de nature à démontrer que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations déjà engagées, d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination les marchés publics spécifiquement attaqués<sup>19</sup>.**

De la même façon, le pouvoir adjudicateur ne saurait se prévaloir de la faiblesse des effectifs de ses services pour soutenir qu'il ne disposait pas de la capacité d'assurer la programmation et la coordination des chantiers alors qu'il avait recruté des maîtres d'œuvre dont la mission portait notamment sur l'élaboration puis le suivi du planning du chantier<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 32 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

<sup>16</sup> Conclusions de N. Boulouis sur décision [CE, 23 juillet 2010, Région Réunion](#), n°338367.

<sup>17</sup> [CE, 23 juillet 2010, Région Réunion](#), n°338367.

<sup>18</sup> Ces hypothèses constituent une reprise des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics de 2006.

<sup>19</sup> [CAA Marseille, 19 décembre 2011, Préfet Alpes-Maritimes](#), n°09MA03774.

<sup>20</sup> [CAA Lyon, 6 octobre 2011, SNSO](#), n°10LY01121.

**S'agissant du critère de la complexité technique**, le recours au marché public global a notamment été jugé régulier par le Conseil d'Etat pour la passation d'un marché public de prestations de sécurisation des espaces publics comprenant la rénovation des espaces publics, la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore et l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance, eu égard aux difficultés techniques d'une dévolution séparée de ces prestations et aux conséquences probables de l'allotissement sur leur coût financier<sup>21</sup>.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a également admis que compte tenu des conflits récurrents opposant les gestionnaires des kiosques et les kiosquiers dont les intérêts sont souvent divergents, que la mise en œuvre par deux opérateurs distincts des logiques propres à la gestion des ouvrages, à l'exploitation des espaces publicitaires et à la vente de journaux était de nature à entraîner une multiplication des conflits et à rendre ainsi l'exécution de deux contrats techniquement difficile et coûteuse<sup>22</sup>.

En revanche, pour le juge administratif, la circonstance qu'un groupement de commandes ait été constitué ne suffit pas à elle seule à justifier de difficultés techniques et à exonérer les membres du groupement et le coordonnateur de leur obligation d'allotissement, d'autant plus que ces derniers avaient décidé de passer trois marchés publics distincts<sup>23</sup>.

De la même façon, compte tenu de la diversité des prestations de conseil et de représentation juridiques demandées par la commune, relevant du droit public, du droit civil, du droit pénal et de la procédure pénale, permettant l'identification de prestations distinctes, la commune ne pouvait, eu égard à son importance et à sa capacité d'assurer une coordination de telles prestations, justifier qu'un allotissement du marché public rendrait techniquement difficile son exécution<sup>24</sup>.

**S'agissant du surenchérissement du coût de la prestation**, le recours au marché public global n'est justifié que par la réalisation d'économies significatives ou si le recours à l'allotissement entraîne des coûts importants pour l'acheteur.

Ainsi, la réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur constitue, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché public global, un motif légal de recours au marché public global<sup>25</sup>.

De même, le pouvoir adjudicateur, qui démontre avant le lancement de la consultation, que l'allotissement du marché public aurait pu être de nature à rendre plus coûteuse la réalisation des prestations prévues au contrat (de l'ordre de 66%), ne peut être regardé comme ayant manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant à un marché public global<sup>26</sup>.

En revanche, le Conseil d'Etat sanctionne le regroupement de prestations dans un même lot qui, bien que faisant appel à la même technologie, ne représentait qu'une économie escomptée inférieure à 2% du budget affecté au lot concerné<sup>27</sup>.

Ainsi, lorsqu'au moins une de ces trois conditions est remplie, l'acheteur peut recourir au marché public global.

En toute hypothèse, l'acheteur doit être à même de prouver que les conditions du recours au marché public global sont remplies. En effet, en cas de refus de procéder à l'allotissement, le juge exerce sur les motifs de la décision de l'acheteur un contrôle normal tenant compte de la marge d'appréciation reconnue au pouvoir adjudicateur. Il lui appartient ainsi de déterminer si l'analyse à laquelle l'acheteur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, compte tenu de la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients évoqués ci-dessus, entachées d'erreurs d'appréciation<sup>28</sup>. Ce contrôle conduit le juge à apprécier le caractère objectif ou artificiel des justifications présentées par l'acheteur pour le recours au marché public global<sup>29</sup>.

En tout état de cause, lorsque l'acheteur décide de ne pas allotir son marché public, il doit préciser les motifs de sa décision. L'article 12 du décret du 25 mars 2016 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 tant que pouvoir adjudicateur<sup>30</sup>, ou parmi les informations qu'il conserve en application de l'article 106 du décret lorsqu'il agit

<sup>21</sup> CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, n°311379.

<sup>22</sup> CE, 26 juin 2015, *Ville de Paris*, n°389682.

<sup>23</sup> CE, 18 septembre 2015, *Syndicat intercommunal des eaux du bas Roubion (SIEBR)*, n°389740.

<sup>24</sup> CE, 11 avril 2004, *Commune de Montreuil*, n°375051.

<sup>25</sup> CE, 9 décembre 2009, *Département de l'Eure*, n°328803.

<sup>26</sup> CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n°350935.

<sup>27</sup> CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes métropole*, n°319949.

<sup>28</sup> CE, 26 juin 2015, *Ville de Paris*, n°389682 ; CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n°350935.

<sup>29</sup> CE, 29 oct. 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la Région Ouest de Versailles (SMAROV)*, n°340212.

<sup>30</sup> 1° de l'article 12 I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

en qualité d'entité adjudicatrice<sup>31</sup>. Dans l'hypothèse où un marché public est passé selon une procédure adaptée<sup>32</sup>, l'acheteur motive son choix dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application de l'article 108 du décret du 25 mars 2016<sup>33</sup>.

Il appartient ainsi à l'acheteur, préalablement au lancement de la consultation, de justifier les motifs de sa décision en cas de recours à un marché public global. En effet, le juge administratif sanctionnera l'absence d'élément apporté au soutien des affirmations des acheteurs au-delà de la seule invocation des exceptions visées par les textes en vigueur.<sup>34</sup> Il est par conséquent recommandé aux acheteurs de conserver tout élément de nature à justifier le sens de leur décision, en cas d'éventuel recours contentieux.

#### **4. Les contrats échappant par nature à l'obligation d'allotissement**

Différents marchés publics globaux, visés aux articles 33 et suivants de l'ordonnance du 23 juillet 2015, dérogent, par nature, au principe de l'allotissement posé par l'article 32 de l'ordonnance. Ces contrats sont à financement public (marchés publics de conception-réalisation, les marchés publics globaux de performance, les marchés publics globaux sectoriels) et à financement privé (marchés de partenariat).

##### ***4.1. Les marchés publics de conception-réalisation***

Les marchés publics de conception-réalisation, prévus à l'article 33 de l'ordonnance, sont des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier simultanément la réalisation d'études (la conception) et l'exécution de travaux (la réalisation) à un groupement d'opérateurs économiques ou à un seul opérateur pour les ouvrages d'infrastructures.

Le recours aux marchés publics de conception-réalisation par les maîtres d'ouvrage visés par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP »<sup>35</sup>, s'avère strictement encadré. S'agissant des acheteurs non soumis à la loi MOP, le recours aux marchés publics de conception-réalisation n'est pas conditionné.

La loi MOP impose, en effet, de dissocier la mission de maîtrise d'œuvre de celle de l'entrepreneur pour la réalisation d'ouvrages de bâtiments et d'infrastructures.

Elle permet cependant de déroger à cette règle pour la réalisation de certains ouvrages, en associant l'entreprise et le concepteur dès les premières phases du projet. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visés par la loi MOP doivent, dès lors que l'opération envisagée relève de cette loi, pouvoir justifier du recours aux marchés publics de conception-réalisation. En revanche, ils peuvent, quel que soit le motif allégué, recourir aux marchés publics de conception-réalisation pour réaliser des travaux qui ne relèvent pas de cette loi<sup>36</sup>.

Ainsi, les acheteurs soumis à la loi MOP ne peuvent recourir à un tel marché public que s'ils sont en mesure de justifier que des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage<sup>37</sup>. Dans cette hypothèse, le marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Pour les ouvrages d'infrastructures, le marché public peut également être confié à un seul opérateur.

<sup>31</sup> 2<sup>e</sup> de l'article 12 I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>32</sup> Celle-ci concerne également les marchés publics de services sociaux et les marchés publics de services juridiques de représentation visés aux articles 28 et 29 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>33</sup> Article 12 II du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>34</sup> [CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes métropole](#), n°319949 : « si la Communauté urbaine Nantes Métropole indique qu'elle rencontrait des difficultés dans l'organisation et la coordination de ces deux ensembles de prestations, elle n'apporte aucun élément au soutien de cette affirmation (...) » ; [CE, 02 décembre 2012, SYBERT](#), n°360333 : « si le SYBERT soutient que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, il n'apporte aucune justification à l'appui de ces allégations ».

<sup>35</sup> [Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée](#) qui vise L'Etat et ses établissements publics ; les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes ; les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ; les organismes privés d'habitations à loyer modéré ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

<sup>36</sup> Ces exceptions sont énumérées à l'article 1<sup>er</sup> de la loi MOP qui vise notamment les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation, ou les ouvrages d'infrastructures réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement.

<sup>37</sup> 2<sup>e</sup>alinéa de l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, voir également en ce sens, l'article 18 de la loi MOP.



- Le recours au marché public de conception-réalisation pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.

Le choix de ce marché public est dicté par les caractéristiques de l'ouvrage à construire qui imposent l'association de l'entrepreneur aux études. Pour s'assurer que cette condition est remplie, doivent être pris en compte la destination de l'ouvrage ou sa mise en œuvre technique.

Deux types d'opérations sont ainsi visés<sup>38</sup> :

- Les opérations ayant une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre de l'ouvrage.
- Les opérations présentant des caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) exigeant de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises.
- Le recours au marché public de conception-réalisation justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

La conception-réalisation est également possible, depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010<sup>39</sup>, 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 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement<sup>40</sup> qui fixe des objectifs de réduction des consommations d'énergie des bâtiments existants de l'Etat et de ses établissements publics.

La notion d'amélioration de la performance énergétique doit être appréciée à la lumière de l'article 5 de la loi du 3 août 2009 qui ne vise que les opérations de travaux sur les bâtiments existants. Le recours aux marchés publics de conception-réalisation pour des motifs liés à l'amélioration de la performance énergétique n'est donc possible que pour les travaux de réhabilitation et non dans l'hypothèse de la construction d'un ouvrage neuf<sup>41</sup>. Les opérations de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure relevant de la loi MOP pour lesquelles sera demandé cet engagement pourront être réalisées sur la base d'un seul contrat portant à la fois sur la conception et les travaux, voire l'exploitation ou la maintenance, dans les conditions fixées par les articles 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et 92 du décret du 25 mars 2016<sup>42</sup>.

En tout état de cause, le juge administratif fait une interprétation stricte de ces deux conditions. Le recours aux marchés de conception-réalisation n'est regardé comme justifié, que si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice apporte des éléments permettant au juge d'en apprécier la pertinence au regard des critères rappelés ci-dessus.

**Ex :** Ainsi, ont pu faire l'objet d'un marché public de conception-réalisation : la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs<sup>43</sup>; l'exhaussement de l'opéra de Lyon qui n'était pas une « création ordinaire et répétitive d'un savoir-faire connu », mais une réalisation singulière et spéciale en ce qu'il comportait un dôme de verre pour un immeuble de grande hauteur et un établissement recevant du public<sup>44</sup>.

Ne peuvent, en revanche, faire l'objet d'un tel marché public : la réalisation d'ateliers relais pour dirigeables<sup>45</sup> ; la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du code des marchés publics »<sup>46</sup> ; les travaux d'extension et de restructuration d'un collège<sup>47</sup> ; la réalisation d'un centre de secours hospitalier « dont les spécifications ne diffèrent en rien des contraintes auxquelles est assujéti tout bâtiment de même importance »<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> Article 91 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>39</sup> Article 74 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement modifiant l'article 18-I de la loi MOP du 12 juillet 1985.

<sup>40</sup> [Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation](#) relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

<sup>41</sup> Rép. min. n°18837, JOAN, 2 avril 2013, p. 3582.

<sup>42</sup> Cf. point 4.2

<sup>43</sup> TA Lyon, 14 juin 1996, *M. Chamberlain c/conseil régional de l'ordre des architectes de Rhône-Alpes*, n°960.2420.

<sup>44</sup> [CAA Lyon, 29 mai 2008, Ville de Lyon](#), n°06LY01546.

<sup>45</sup> [CE, 8 juillet 2005, Communauté d'agglomération de Moulins](#), n°268610.

<sup>46</sup> [CAA Nancy, 5 août 2004, M. Delrez c/commune de Metz](#), n°01NC00110.

<sup>47</sup> [CE, 28 décembre 2001, Conseil régional de l'ordre des architectes c/département du Puy-de-Dôme](#), n°221649.

<sup>48</sup> TA Orléans, 28 juillet 1994, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Centre*, n°94413.

En toute hypothèse, l'urgence n'est jamais un motif justifiant le recours au marché public de conception-réalisation<sup>49</sup>.

#### **4.2. Les marchés publics globaux de performance**

Les marchés publics globaux de performance succèdent aux CREM (marchés de conception, de réalisation, d'exploitation ou maintenance) et aux REM (marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance) prévus par l'ancien article 73 du code des marchés publics.

Défini à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le marché public global de performance permet à l'acheteur d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations (de travaux, de fournitures ou de services), afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Le dispositif n'est toutefois pas limité à la seule performance énergétique. Il peut être utilisé pour satisfaire tout objectif de performance mesurable. Il peut s'agir notamment d'objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces objectifs peuvent naturellement se cumuler.

Par ailleurs, les marchés publics globaux de performance diffèrent des CREM dans la mesure où le recours à ces contrats permet de déroger à la loi MOP, en associant la mission de maîtrise d'œuvre à celle de l'entrepreneur pour la réalisation des ouvrages publics, même en l'absence de motifs d'ordre techniques ou d'amélioration de l'efficacité énergétique<sup>50</sup>.

Ainsi, les acheteurs n'ont pas à justifier de la nécessité d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage dès lors qu'ils intègrent au contrat des engagements de performances mesurables.

Les objectifs de performance sont pris en compte pour la détermination de la rémunération du titulaire au titre de la maintenance ou de l'exploitation des prestations réalisées. La rémunération de l'opérateur économique sera donc modulée en cas de sous-performance ou de sur-performance. En outre, la rémunération de l'exploitation ou de la maintenance ne peut, en aucun cas, contribuer au paiement de la construction. Par conséquent, la rémunération de la construction doit intervenir au plus tard à la livraison définitive des ouvrages. En effet, les marchés publics de réalisation et d'exploitation ou maintenance et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance ne dérogent pas à l'interdiction de paiement différé fixé à l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015<sup>51</sup>.

Les modalités de rémunération doivent figurer dans le contrat. Il conviendra de veiller à ce que la rémunération du titulaire ne soit pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ce qui pourrait entraîner une requalification du contrat en concession de travaux.

#### **4.3. Les marchés publics globaux sectoriels**

Visés à l'article 35 de l'ordonnance, 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 et ainsi qu'aux marchés publics globaux de performance, le recours aux marchés publics globaux sectoriels n'est pas conditionné par la présence de motifs d'ordre techniques ou d'objectifs de performance tels que prévus aux articles 33 et 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015<sup>52</sup>, en cas d'application de la loi MOP.

Les marchés publics 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 ;

<sup>49</sup> CE, 17 mars 1997, *Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale*, n°155573, 155574 et 155575.

<sup>50</sup> En effet, ceux-ci sont passés « *nonobstant les dispositions de l'article 33* », qui renvoie à l'application de loi MOP.

<sup>51</sup> 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 60 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

<sup>52</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 35 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « *nonobstant les dispositions des articles 33 et 34 (...)* ».

- 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 L124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ;
- la revitalisation artisanale et commerciale<sup>53</sup>.

#### 4.4. Les marchés de partenariat

Le « marché de partenariat », successeur du « contrat de partenariat », est défini aux articles 66 et suivants de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics<sup>54</sup>.

Ce marché public particulier a pour objectif l'unification de l'ensemble des montages contractuels complexes associant les partenaires publics et privés (notamment les instruments d'occupation domaniale tels que les BEA et AOT) et la fin des montages aller-retour (BEH, LOPPSI-LOPJ, etc.).

En application de l'article 67 de l'ordonnance, 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.

II. - 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 ».

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

Tout d'abord, dans le cadre de l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet ainsi que de l'étude de soutenabilité budgétaire<sup>55</sup>, l'acheteur devra 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. Ainsi, les critères de l'urgence et de la complexité du projet, autrefois admis pour les contrats de partenariat, disparaissent au seul profit de celui du bilan favorable. A 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'Etat compétent mentionné à l'article 76 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Par ailleurs, les acheteurs ne pourront recourir à ce type de marché public que si la valeur de celui-ci est supérieure aux seuils définis à l'article 151 du décret du 25 mars 2016. Ces seuils conduisent 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

<sup>53</sup> Article 19 de la loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

<sup>54</sup> Pour davantage d'informations, se reporter à la fiche DAJ « les marchés de partenariat » (à paraître).

<sup>55</sup> Article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.



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 pourra recourir au marché de partenariat et déroger, par suite, au principe de l'allotissement.