

La durée dans les marchés publics globaux

Les textes nationaux et européens ne contiennent aucune disposition prescriptive s'agissant de la durée des marchés globaux. Cependant, au regard de son importance pour ce type de marchés, comment, en pratique, calculer la durée dans les marchés publics globaux ?

Le contexte de raréfaction des ressources et de montée en puissance des préoccupations environnementales et énergétiques conduit les acheteurs publics à se préoccuper chaque jour davantage de la durabilité de leurs achats.

Ainsi, pour mesurer la performance de leurs achats, les acheteurs publics prennent en compte l'ensemble du cycle de vie des produits ou ouvrages réalisés en réponse à leurs besoins.

Cette tendance qui se généralise depuis quelques années dans le droit de la commande publique incite à une approche globale de l'achat public, englobant non seulement la conception, mais aussi la réalisation, voire l'exploitation et la maintenance des produits, équipements ou ouvrages.

L'introduction du marché public de performance en 2011 qui vient compléter pour ce qui concerne les contrats globaux les dispositions de l'article 10 du Code des marchés publics (CMP), confirme cette orientation.

Dans le même sens, l'élargissement du recours aux marchés globaux que permet l'article 73 du Code des marchés publics, l'introduction de critères de jugement des offres tels que le « coût global d'utilisation », « les coûts tout au long du cycle de vie » ou encore les critères liés à « la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles » sont les signes d'une volonté de lier les fonctions de conception ou réalisation des ouvrages à leur exploitation pour s'assurer de la pérennité des achats publics.

Il ne s'agit, ni plus ni moins, que de responsabiliser le concepteur et/ou le constructeur sur l'exploitation des produits et ouvrages qu'il conçoit et réalise.

L'appréhension de la durée du contrat par lequel l'acheteur public confie la réalisation d'une prestation globale constitue un élément déterminant de l'efficacité de l'achat public, et constitue bien souvent un exercice particulièrement délicat pour l'acheteur public à qui il revient de déterminer et d'annoncer la durée du contrat.

Auteur

Bruno Mounier
Avocat à la Cour, ADAMAS

Mots clés

Marché global • Loi MOP • Allotissement • Conception
réalisation exploitation maintenance • CREM • REM • Coût
global • Clause de reconduction • Performance énergétique
• Contrôle et suivi

En effet, d'une part la fixation d'une durée trop contrainte ne permettra pas au titulaire du contrat de démontrer que l'ouvrage qu'il conçoit et construit est apte à fonctionner dans les conditions nominales de performance annoncées.

D'autre part, la durée du contrat ne peut excéder le temps nécessaire au titulaire pour démontrer l'aptitude au bon fonctionnement de l'ouvrage ou des produits qu'il conçoit ou réalise, au risque de bénéficier d'une forme de « rente de situation ».

Dans le domaine des marchés publics, si le regroupement des prestations doit faire l'objet d'une motivation précise et apparaît réservé à des cas bien précis, il en va différemment de la fixation de la durée des marchés, qui semble obéir à un régime plus souple que les autres contrats publics. Cette liberté finalement toute relative doit inciter les acheteurs publics à adopter une démarche pragmatique, au cas par cas, en fonction de l'étendue et des caractéristiques des prestations demandées au titulaire et des engagements pris par celui-ci.

La fixation de la durée dans les marchés publics globaux, une liberté toute relative

L'unité de responsabilité

L'unité de responsabilité que confère le regroupement des fonctions de conception, construction et exploitation utiles à la réalisation d'une opération est certainement ce qui constitue l'intérêt principal du recours au contrat global.

Le regroupement des prestations permet d'assurer une meilleure maîtrise des aléas techniques et économiques liés à la dépendance étroite entre les différentes fonctions.

Dans plusieurs secteurs d'activités mettant en œuvre des procédés industriels complexes tels que l'élimination des déchets, le traitement des eaux ou le chauffage urbain, le choix du contrat global s'impose souvent comme le seul qui permette de responsabiliser le constructeur sur l'exploitation de l'outil qu'il a réalisé.

Il n'en demeure pas moins que le regroupement des prestations ne peut s'envisager que dans des conditions limitativement prévues, au moins pour les personnes soumises à la première partie du CMP.

Plusieurs dispositions du Code précité peuvent, sous certaines conditions, permettre de globaliser des prestations :

– l'article 10 du CMP qui permet de passer un marché global, en dérogation au principe d'allotissement ;

– l'article 37 du CMP pour les marchés qui portent à la fois sur la conception (définition du projet) et sur la réalisation (exécution des travaux) d'ouvrages entrant dans le champ d'application de la loi MOP ;

– l'article 73 du CMP qui, dérogeant au principe d'allotissement fixé à l'article 10, permet le regroupement des fonctions de conception, réalisation, exploitation et maintenance, lorsque le titulaire du contrat s'engage sur des objectifs chiffrés de performance.

Le principe d'allotissement des prestations ne s'applique ni aux marchés passés par les personnes soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ni aux établissements publics de santé⁽¹⁾.

L'absence de dispositions contraignantes dans la directive Marchés

Si le principe d'allotissement irrigue le droit des marchés publics en droit interne, tel n'est pas le cas en droit communautaire.

Les directives Marchés se préoccupent davantage de sanctionner le fractionnement irrégulier des marchés, qui a pour effet de soustraire leur passation aux seuils de mise en concurrence.

Certes, le juge communautaire sanctionne tout autant le regroupement artificiel de prestations de nature différente au sein d'un même marché, notamment lorsque celui-ci conduit à restreindre la concurrence⁽²⁾.

Mais, force est de constater que la limitation du recours au marché global est absente des nouvelles directives Marchés comme elle l'était des précédentes directives.

Il en va de même s'agissant de la détermination de la durée des marchés.

En dehors du cas particulier des accords-cadres⁽³⁾, la nouvelle directive Marchés est peu prescriptive sur la durée des marchés publics, alors que la durée des concessions définie par la directive 2014/23/UE fait l'objet d'un encadrement qui apparaît plus strict.

Selon le considérant n° 52 de la directive précitée : « La durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement. Toutefois, une telle durée peut se justifier si elle est indispensable pour permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements prévus pour l'exécution de la concession, ainsi que pour obtenir un retour sur les capitaux investis. Par conséquent, pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services, et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation

(1) Code de la santé publique, art. L. 6148-7.

(2) CJCE 5 décembre 1989, Commission c/Italie, aff. C-3/88, Rec. p. 4035, point 19.

(3) Considérant n° 62 et article 33 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé pour respecter les exigences concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs ».

Et l'article 18 de la directive de reprendre le principe de limitation de la durée des concessions et de préciser que, pour les concessions d'une durée plus longue que cinq ans, elle doit être calculée en fonction de l'amortissement des capitaux investis et du retour sur ceux-ci.

Il y a une certaine logique à réglementer spécifiquement la durée des concessions.

La durée des contrats de concession est naturellement plus longue que la durée des marchés dans la mesure où le concessionnaire a la charge de financer les investissements prévus au contrat, à la différence des marchés dans lesquels l'acheteur public paie un prix au fur et à mesure de leur exécution par le titulaire du contrat.

Pourtant, les marchés publics globaux et les concessions, s'ils se distinguent notamment sur le critère du risque économique, se rejoignent sur le caractère global des prestations confiées au titulaire du contrat.

On aurait ainsi pu s'attendre à ce que le législateur européen intervienne pour légiférer sur la durée des marchés, comme il l'a fait pour les concessions.

La durée d'un contrat, et plus précisément la fréquence avec laquelle celui-ci est remis en concurrence, est étroitement liée au respect des principes fondamentaux de la commande publique^[4] et du droit de la concurrence.

En effet, la conclusion d'un contrat de longue durée est susceptible de placer une entreprise dans un état de position dominante et en situation de permettre à celle-ci d'abuser de cette position (voir notamment à propos des contrats de mobilier urbain^[5]).

Une certaine marge de manoeuvre en droit interne

En droit interne, en dehors de certains marchés spécifiques pour lesquels est fixée une durée maximale^[6], les limites sont fixées par l'article 16 du CMP qui pose un principe à portée générale, faisant écho aux règles de concurrence : « La durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ».

[4] O. Frérot, « Passation des marchés publics – principes fondamentaux », *Jurisclasseur administratif*, fasc. 71-4, n° 33.

[5] Conseil de la concurrence, 7 juillet 1998, déc n° 98-D52, relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain ; *BJCP* n° 1/1998, p. 3.

[6] Cf. article 77 du CMP pour les marchés à bons de commande et accords-cadres, article 68 du CMP pour les marchés de communication, article 35-II-4 du CMP pour les marchés complémentaires de fournitures, article 78 du CMP pour les systèmes d'acquisitions dynamiques.

Ces principes sont repris pour être adaptés à la situation particulière des marchés CREM et REM pour lesquels la durée du contrat doit tenir compte « des délais nécessaires à la réalisation des objectifs et des engagements qui constituent son objet ».

En comparaison d'autres contrats publics, le régime applicable à la fixation de la durée dans les marchés publics peut être considéré comme empreint d'une certaine liberté.

En effet, l'absence de référence à une durée maximale tout comme la relative imprécision du renvoi aux notions de « nature des prestations » et de « nécessité d'une remise en concurrence périodique », de même que le peu de jurisprudence administrative topique en la matière, permettent de penser que les acheteurs publics disposent en la matière d'une marge de manoeuvre non négligeable^[7].

La liberté relative laissée aux acheteurs publics, qui est peut-être l'une des manifestations les plus significatives de la liberté contractuelle reconnue aux personnes publiques^[8], laisse entière la question de savoir comment, en pratique, doit-on calculer la durée des marchés publics globaux.

Comment calculer la durée dans les marchés publics globaux ?

Le propos n'est pas ici de livrer une méthode unique qui serait, en toute hypothèse, condamnée dès lors que la durée du contrat est fonction de la nature des prestations confiées au titulaire.

Il est plutôt de proposer, sur la base d'exemples pris dans plusieurs secteurs d'activités, des éléments de réflexion permettant une approche concrète de la question.

Une donnée essentielle dans la préparation du marché

Il est clair que la durée d'un contrat constitue l'une des composantes majeures de celui-ci et apparaît comme un élément central de son équilibre économique.

La durée du contrat irrigue toutes les autres clauses du contrat, dont notamment, mais pas seulement, le prix proposé par le titulaire du contrat.

Dans les contrats globaux qui associent conception, réalisation, exploitation et/ou maintenance d'un ouvrage, ce constat est encore plus prégnant.

L'interdiction du paiement différé applicable aux marchés passés par les personnes publiques soumises au CMP et par certaines personnes publiques soumises

[7] O. Frérot, « Passation des marchés publics – principes fondamentaux », *Jurisclasseur administratif*, fasc. 71-4, n° 33..

[8] Cons. const., 30 novembre 2006, décision n° 2006-543DC, loi relative au secteur de l'énergie.

à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005^[9] impose une étanchéité parfaite entre les phases « travaux » et « exploitation » des ouvrages^[10].

Pour le cas d'un marché public global, ce principe impose de calculer la durée du contrat en décomposant précisément les différentes prestations et fonctions contenues dans un marché.

Pour les prestations de conception et de réalisation, le calcul de la durée nécessaire à la réalisation des prestations ne pose en règle générale guère de difficulté. Elle est fonction du temps nécessaire aux études de conception technique et architecturale de l'ouvrage, et de celui nécessaire à la réalisation des travaux.

Il en va différemment des prestations relatives à l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'un ouvrage au cours desquelles le titulaire du contrat devra démontrer que l'exploitation de l'ouvrage peut s'effectuer selon les niveaux de performances techniques et économiques sur lesquels il s'est engagé.

L'exercice du calcul de la durée d'exploitation/maintenance/entretien optimale est particulièrement délicat^[11].

Le choix entre une durée d'exploitation courte et une durée d'exploitation plus longue dépend de plusieurs facteurs.

Prendre notamment en compte les facteurs « coûts » et « contrôle »

En premier lieu, l'expérience montre que lorsque la durée d'exploitation prévue au marché est longue, le prix payé par la personne publique est, toutes choses égales par ailleurs, plus important par rapport à une situation où la personne publique ayant remis en concurrence serait en mesure d'obtenir des conditions d'exécution du contrat économiquement plus avantageuses.

Le choix d'une durée d'exploitation trop importante notamment par rapport au temps nécessaire au titulaire pour atteindre les performances attendues est souvent synonyme de coût supplémentaire supporté par la personne publique.

Inversement, si le titulaire estime que la durée fixée dans le marché ne lui permettra pas d'atteindre les objectifs de performance fixés, il intégrera dans son prix d'exploitation une prime de risque tenant compte de la possible non-atteinte des performances.

En second lieu, il est certain que le degré de structuration et de maîtrise de la collectivité peut entrer en ligne de compte dans le choix de la durée d'exploitation. Pour une collectivité structurée, pouvant s'appuyer sur des services disposant des compétences nécessaires, le choix d'une

durée d'exploitation longue n'est pas nécessairement pertinent. Dans ce cas, la durée de l'exploitation peut strictement correspondre à la période devant permettre à l'exploitant de démontrer que l'ouvrage fonctionne selon les performances annoncées.

La collectivité définit dans le marché une période d'exploitation de courte durée, en pratique dénommée « primo-exploitation » qui succède aux essais de performance, à la mise en service industrielle et à la réception de l'ouvrage. À l'issue de cette courte période, la collectivité reprend en régie l'exploitation de l'ouvrage.

Tel a été le schéma contractuel retenu pour un marché comprenant la conception, la construction et l'exploitation d'une station d'épuration de 600 000 équivalents habitants passé selon la procédure de conception-réalisation avant l'introduction des marchés de performance de l'article 73 du CMP.

La durée fixée pour ce marché global était de 7 ans maximum intégrant une période d'exploitation de 18 mois.

Il est fréquent que des collectivités moins structurées fassent le choix d'une durée d'exploitation plus longue pour responsabiliser l'exploitant sur le long terme.

C'est ainsi le cas d'un syndicat de traitement de déchets ayant conclu un marché comprenant la conception, la construction et l'exploitation d'une unité de valorisation des déchets par tri mécano-biologique, méthanisation et compostage de déchets. Le marché d'une durée de 8 ans comprenait une période d'exploitation de 5 ans.

Dans certains domaines, le manque de retour d'expérience ou le caractère novateur de la technologie utilisée incite les personnes publiques à définir une période d'exploitation plus longue, permettant de tenir compte des aléas.

Il en a été ainsi pour la conception construction exploitation d'un système de collecte pneumatique des déchets ménagers dans le cadre d'un marché conclu pour une durée de 12 ans, dont 8 ans d'exploitation.

Autre illustration pour un marché de 12 ans dont 7 ans d'exploitation pour les conception, construction et exploitation d'un centre multi-filières de traitement des déchets ménagers ayant pour objet de valoriser en produit agricole le résidu issu de la méthanisation des déchets.

En troisième lieu, le choix d'un marché de longue durée peut souvent présenter des inconvénients en termes de contrôle et de suivi de l'exécution du marché.

Le changement d'interlocuteurs, notamment du côté des personnes publiques, la perte de la « mémoire » de la formation et de l'exécution du marché, parfois l'asymétrie d'informations et de moyens entre la personne publique et le titulaire du marché, sont autant d'éléments qui doivent inciter les personnes publiques à la prudence^[12].

[9] Article 19 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

[10] D-A Carnous, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », *JCPA*, n° 45, 7 novembre 2011, 2351.

[11] T. Laffargue et A. Barbey, « CREM et REM : des marchés à durée limitée », *CP-ACCP*, n° 126, novembre 2012, p. 33.

[12] En ce sens : O. Metzger et F. Lehoux, « Les nouveaux contrats globaux de la commande publique – les CREM et REM », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, septembre 2013, dossier 35.

Les marchés de CREM ou de REM dont l'objet même est de mesurer la performance sur laquelle s'est engagé le titulaire sont une bonne illustration de la nécessité d'une bonne combinaison durée du marché/contrôle de la performance.

Il n'est pas rare que ces marchés comprennent de très nombreux indicateurs de mesures de la performance assortis de nombreux dispositifs de pénalités pour des marchés conclus pour des durées longues, de plus de 15 ans.

L'expérience montre que, tout particulièrement pour des marchés de longue durée, il faut privilégier des indicateurs de suivi et de mesure en nombre limité, simples et opérationnels dans leur mise en œuvre, notamment lorsque la personne publique dispose de moyens limités pour assurer le suivi du marché.

Singulièrement, dans le domaine des contrats de performance, il est utile de se référer aux modèles et guides de l'administration^[13] qui proposent des méthodes et des exemples de durées de marché, notamment dans le domaine de la performance énergétique.

À cet égard, la limitation de durée à 16 ans maximum fixée par l'article L. 241-3 du Code de l'énergie^[14] pour les contrats d'exploitation d'installations de chauffage et de climatisation ne concerne pas les marchés globaux que sont les CREM et les REM^[15].

D'autres solutions envisageables ?

Indépendamment de la logique qui doit conduire les personnes publiques à déterminer la durée de leurs marchés globaux, plusieurs outils permettent à la personne publique de moduler la durée d'exploitation du marché.

[13] *Guide du contrat de performance énergétique*, Commissariat général du développement durable, juillet 2010, p. 14.

[14] « Les contrats d'exploitation de chauffage ou de climatisation ont une durée limitée à : 1° Seize ans s'ils comportent une clause de garantie totale de tout ou partie du matériel ; 2° Huit ans, correspondant à huit saisons complètes de chauffe, s'ils comportent une clause de paiement de combustibles forfaitaire et indépendante des conditions climatiques ; 3° Cinq ans, correspondant à cinq saisons complètes de chauffe dans les autres cas. Toutefois, lorsque l'exploitant met en œuvre et finance des travaux ayant, notamment, pour effet de faire appel aux énergies et techniques nouvelles, la durée de ces contrats peut, dans des conditions fixées par voie réglementaire, être portée à seize ans. »

[15] Voir en ce sens : « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », Marie-Astrid Petiot, Philippe Terneyre, AJDA 2012, p. 412

Pour dimensionner au plus juste la durée d'exploitation, l'utilisation de clauses de reconduction ou de tranches conditionnelles d'exploitation est souvent utile en ce qu'elle permet à la personne publique de garder la maîtrise de l'exécution du marché, et d'ajuster la durée d'exécution en fonction des performances atteintes par le titulaire.

Il est ainsi fréquent, notamment pour les CREM et les REM, de prévoir une durée d'exploitation assortie d'une reconduction possible, déclenchée en fonction de l'atteinte des performances requises au marché.

Par ailleurs, pour les marchés globaux qui peuvent être passés selon la procédure de dialogue compétitif ou en procédure négociée, la personne publique peut faire de la durée de l'exploitation un élément de discussion avec les candidats.

Dans des domaines mettant en œuvre des technologies innovantes, telles que le traitement des déchets, le traitement de l'eau ou la performance énergétique des bâtiments, le retour d'expérience des opérateurs peut permettre à la collectivité de mieux préciser ses besoins.

En vue de garantir le respect du principe d'égalité de traitement des candidats et de permettre une réelle comparaison des offres entre elles, il appartient à la collectivité de prévoir les modalités suivant lesquelles la durée du marché constitue un élément de discussion.

Pour ce faire, la collectivité peut demander aux candidats de remettre des offres sur plusieurs hypothèses de durée qu'elle aura préalablement définies.

Conclusion

En dehors de certains marchés publics pour lesquels les textes déterminent une durée maximale, il n'existe pas dans le Code des marchés publics pas plus que dans les textes voisins, de dispositions encadrant spécifiquement la durée des marchés que les personnes publiques peuvent passer.

Les nouvelles directives Marchés ne sont pas plus prescriptives.

Cette relative liberté est à double tranchant, tant la détermination de la durée, particulièrement dans les marchés publics globaux, participe directement de l'efficacité de l'achat public.

Il y a ici un espace de liberté relative qui doit inciter les personnes publiques à redoubler de prudence.

Il est probable que la question de la durée des marchés publics globaux qui touche directement aux principes fondamentaux des marchés publics et au droit de la concurrence, sera, avec le développement des CREM et REM un terrain sur lequel le juge administratif sera amené à intervenir de façon plus prégnante.