

## MARCHÉS PUBLICS

# Passation des marchés de conception, réalisation, exploitation ou maintenance

Nouveauté issue du décret du 25 août 2011 venu modifier le Code des marchés publics, les contrats globaux de performance permettent de confier à des entreprises une mission globale allant de la conception à l'exploitation ou à la maintenance en passant par la réalisation. Le point sur les conditions de recours à ces « Crem » et sur les modalités de leur passation.

## CYRIL LAROCHE

Docteur en droit, avocat, président de l'Association des professionnels du droit public

## Comment définir les marchés publics de conception, réalisation, exploitation ou maintenance ?

Les « Crem » sont des marchés publics globaux qui associent des prestations de conception et de réalisation à des prestations d'exploitation ou de maintenance afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique (article 73 du Code des marchés publics).

## Lorsque les travaux projetés relèvent de la loi MOP (1), à quelles conditions peut-on passer un Crem ?

Si des motifs d'ordre technique liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage projeté rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études dudit ouvrage, le recours au Crem est permis. Et ce, tant pour la construction d'un ouvrage neuf que pour la réhabilitation d'un bâtiment existant. Les motifs techniques qui peuvent justifier la passation d'un tel Crem visent « des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ». Ces motifs techniques peuvent également résulter d'opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques » (article 37 du Code). A défaut de pouvoir se prévaloir de tels motifs techniques, un Crem ne peut avoir que pour objet d'améliorer la performance énergétique d'un ou de plusieurs bâtiments existants.

## Qu'en est-il des travaux qui ne relèvent pas de la loi MOP ?

Les travaux qui ne relèvent pas de la loi MOP sont ceux qui ont pour objet des ouvrages (bâtiment ou infrastructure) destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation. Ils sont énumérés par le décret n°86-520 du 14 mars 1986 (par exemple, les centrales de production d'énergie, ou de chauffage urbain et les unités de traitement de déchets).

Les travaux ayant pour objet des infrastructures, réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement, ne relèvent pas davantage de la loi MOP. L'entrepreneur peut être associé, dans le cadre d'un Crem, à la conception d'un ouvrage ne relevant pas de la loi MOP lorsque le contrat a pour objet la construction ou la réhabilitation dudit ouvrage quel que soit l'objectif de performance fixé par le marché.

## Quand un Crem peut-il être passé selon une procédure adaptée ?

Le Crem comprend des prestations de travaux (construction ou réhabilitation) et des prestations de services (conception et exploitation ou maintenance). Si la valeur estimée

de la part travaux est supérieure à celle de la part services, le Crem est un marché public de travaux. Dans le cas contraire, le Crem est un marché public de services.

Lorsque la valeur estimée d'un Crem marché de travaux est inférieure à 5000000 euros HT, il peut être passé selon une procédure adaptée. Si le Crem est un marché de services, il peut être passé en procédure adaptée lorsque sa valeur estimée est inférieure à 130000 euros HT (marchés passés par l'Etat et ses établissements publics) ou 200000 euros HT (marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics). Au-delà de ces seuils, le Crem doit être passé selon une procédure formalisée. En deçà, le pouvoir adjudicateur a la faculté de passer un Crem selon une procédure formalisée dans les conditions ci-après exposées.

## Lorsqu'un Crem doit être passé selon une procédure formalisée, quelle procédure lancer ?

– Les Crem comprenant la réalisation de travaux relevant de la loi MOP sont passés selon la procédure applicable aux marchés publics de conception-réalisation prévue par l'article 69-I du Code des marchés publics. Il s'agit d'une procédure d'appel d'offres

## CE QU'IL FAUT RETENIR

- Un pouvoir adjudicateur peut conclure un marché public qui a pour objet de confier à un même titulaire une mission de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance d'un ou de plusieurs ouvrages afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.
- Un Crem qui a pour objet des travaux relevant de la loi MOP peut être conclu si des motifs d'ordre technique justifient sa passation, ou s'il a pour objet d'améliorer les performances énergétiques

d'un ou de bâtiments existants.

- Au-delà des seuils européens, les Crem soumis à la loi MOP sont passés selon la procédure de conception-réalisation de l'article 69-I du Code des marchés publics (appel d'offres restreint), ou dans certains cas par la procédure du dialogue compétitif. Pour les Crem ne relevant pas de la loi MOP, la procédure à suivre est celle de l'appel d'offres ouvert ou restreint, ou celle du dialogue compétitif si le Crem est complexe.

## FICHE PRATIQUE

restreint, dans laquelle un jury rend un avis motivé au pouvoir adjudicateur sur les candidatures et sur les prestations des candidats après les avoir auditionnés.

Toutefois, lorsque le Crem a pour seul objet la réhabilitation d'un bâtiment, il peut être passé selon la procédure du dialogue compétitif (article 67 du Code) sous réserve qu'il soit complexe. Conformément à l'article 36 du Code, un Crem est complexe lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ou d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

– Les Crem prévoyant la réalisation de travaux qui ne relèvent pas de la loi MOP sont passés selon la procédure de l'appel d'offres ouvert ou restreint. Toutefois, si le Crem est « complexe », dans les conditions définies par l'article 36 du Code des marchés publics, la procédure du dialogue compétitif peut être mise en œuvre.

### **Comment les entreprises doivent-elles présenter leur candidature dans le cadre de la passation d'un Crem ?**

Lorsque les travaux prévus par le Crem relèvent de la loi MOP et qu'ils ont pour objet un ouvrage de bâtiment, les entreprises doivent présenter des offres groupées (article 18-1 de la loi MOP). Au contraire, si le Crem a pour objet un ouvrage d'infrastructure ou des travaux qui ne relèvent pas de la loi MOP, les entreprises peuvent présenter des offres seules et/ou groupées, sauf dispositions contraires des documents de la consultation.

### **Quid des critères de jugement des offres ?**

Quelle que soit la procédure de mise en concurrence lancée pour la passation d'un Crem, le pouvoir adjudicateur doit fixer parmi les critères de jugement des offres celui du coût global de l'offre, ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus dans le marché.

### **Comment les candidats peuvent-ils contester la décision d'attribution d'un Crem ?**

Le concurrent évincé de la procédure de passation d'un Crem peut demander au juge administratif du référé précontractuel d'annuler cette procédure, s'il agit avant que le Crem ait été signé.

En cas de signature du Crem, il peut agir par la voie du référé contractuel pour demander l'annulation du marché, au plus tard le 31<sup>e</sup> jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat (ou, à défaut de la publication d'un tel avis, à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du

jour de la conclusion du contrat). Le juge des référés statue le plus souvent dans un délai compris entre vingt et trente jours.

Le concurrent évincé peut également agir au fond, devant le juge administratif, par un recours en contestation de validité du contrat dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées du contrat. Il peut, de surcroît, solliciter du juge administratif qu'il condamne le pouvoir adjudicateur à réparer le préjudice qu'il aurait subi, du fait de son éviction irrégulière de la procédure de passation du contrat, par un recours indemnitaire.

Les délais de jugement d'un recours en contestation de validité du contrat ou d'une requête indemnitaire sont *a minima* de dix-huit mois.

### **Les candidats à la procédure de passation du Crem ont-ils droit au versement d'une prime ?**

Quel que soit le montant estimé du Crem, et dès lors qu'une offre a été remise et qu'elle est conforme aux documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur doit prévoir que les candidats auront droit au versement d'une prime.

Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études de conception à effectuer par les candidats, telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20%.

Les documents de la consultation peuvent également prévoir des modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont l'offre ne correspondrait pas. La rémunération de l'attributaire du marché prendra, quant à elle, en compte le versement de la prime.

### **Quelles sont les modalités de rémunération de l'attributaire d'un Crem ?**

Le pouvoir adjudicateur fixe nécessairement dans le marché le prix de l'ensemble des prestations et les modalités de rémunération du titulaire.

Il fait obligatoirement apparaître les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut pas contribuer au paiement de la construction. Le paiement différé d'une prestation est interdit.

En outre, la rémunération de l'exploitation et de la maintenance doit être liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution. ■

### TEXTES DE RÉFÉRENCES

*Articles 1<sup>er</sup> et 18-1 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 (loi MOP).*

*Décret n° 86-520 du 14 mars 1986 pris pour l'application de l'article 1 de la loi MOP.*

*Articles L. 551-1 et R. 551-7 du Code de justice administrative.*

*Articles 10, 26, 28, 36, 37, 67, 69, 73 et 96 du Code des marchés publics.*

(1) Loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.