

MARCHÉS PUBLICS

Les clauses des marchés de conception, réalisation, exploitation ou maintenance

Les contrats globaux de performance (créés par le décret du 25 août 2011 modifiant le Code des marchés publics) 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. Présentation des clauses incontournables à insérer dans ces contrats : garantie de performance, protocole de mesure et de vérification, paiements distincts...

CYRIL LAROCHE, docteur en droit, avocat, président de l'Association des professionnels du droit public

Quelles sont les pièces contractuelles d'un marché public de conception, réalisation, exploitation ou maintenance (Crem) ?

Un Crem est un contrat qui comprend nécessairement les pièces suivantes : un acte d'engagement, un cahier des charges, qui peut être scindé en un cahier des clauses administratives particulières et un cahier des clauses techniques particulières, un décompte des prix forfaitaires ou un bordereau des prix unitaires. Il peut également prévoir un calendrier d'exécution des travaux de construction ou de réhabilitation du ou des bâtiments objet du contrat, ainsi que l'offre technique du candidat retenu.

Les CCAG applicables aux marchés publics de travaux, de fournitures courantes et de services ou de prestations intellectuelles, peuvent-ils être des pièces contractuelles ?

Le Crem est un marché global qui prévoit des prestations de travaux (réalisation), de services non homogènes (conception, exploitation ou maintenance), et, le cas échéant, de fournitures d'énergie. Aucun CCAG ne suffit à lui seul pour fixer le cadre juridique d'un Crem. Ces documents ne sont donc pas adaptés aux Crem. Il est préférable de les écarter.

Quel est l'objet d'un Crem ?

Le Crem stipule que le titulaire du contrat s'engage à atteindre un ou des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique lors de la construction ou de la réhabilitation d'un bâtiment. Il prévoit également que le cocontractant doit atteindre un niveau de service contractuel qui doit être *a minima* équivalent au niveau de service historique défini dans la situation de référence du marché.

Le Crem précise les missions qui sont confiées au titulaire du marché pour atteindre ses objectifs chiffrés de performance : la conception et la réalisation de travaux, l'exploitation, la maintenance, le gros entretien et le renouvellement des équipements et du bâtiment à construire ou à réhabiliter, l'information et la sensibilisation des usagers du bâtiment aux objectifs de performance.

Outre la fixation d'un objectif chiffré de performance, un Crem peut-il prévoir d'autres missions ?

Oui. Un Crem peut, par exemple, avoir pour objet la réhabilitation ou la remise aux normes d'un bâtiment en plus de fixer un objectif chiffré de performance. Il peut aussi avoir pour objet la production d'énergies renouvelables ou la fourniture d'énergie.

Qu'est-ce que la situation de référence ?

Le Crem doit exposer minutieusement la situation de référence du bâtiment. Il s'agit de l'ensemble des données et des informations qualitatives et quantitatives constatées sur une période représentative relatives

aux performances du bâtiment, ainsi qu'au niveau de service dans ce même bâtiment au jour de l'entrée en vigueur du marché. C'est au vu de cette situation de référence qu'il sera possible de fixer des objectifs de performance à atteindre et d'indiquer le niveau de service visé.

En quoi doit consister la clause de garantie de performance ?

La clause de garantie de performance stipule la date à laquelle l'objectif chiffré de performance doit être atteint et renvoie au plan de mesures et de vérifications prévu dans le cahier des clauses techniques particulières du marché pour mesurer et vérifier si l'objectif a été atteint.

Lorsque le contrat porte sur une performance énergétique, la clause de garantie de performance prévoit une réparation en numéraire si le titulaire du marché n'atteint pas l'objectif. La réparation peut aussi être en nature. Dans ce cas, le marché prévoit que le titulaire du marché proposera d'exécuter des actions d'amélioration de la performance énergétique pour atteindre l'objectif de performance. La réparation en nature peut

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Le titulaire d'un marché public de conception, réalisation, exploitation ou maintenance (Crem) s'engage à atteindre un ou des objectifs chiffrés de performance.
- Le Crem doit prévoir une clause de garantie de la performance. Le titulaire du marché doit réparer en nature ou en numéraire le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur s'il n'atteint pas ses objectifs. La performance doit être mesurée par rapport à une situation de référence qui est exposée dans le

contrat, et en appliquant un plan de mesures et de vérifications prévu dans le contrat.

- Le titulaire du marché doit également s'engager à atteindre un niveau de service contractuel. Cela implique d'exécuter des prestations d'exploitation ou de maintenance définies dans le contrat. Le prix de ces prestations doit être distinct de celui des prestations de conception et de réalisation, et faire l'objet d'un paiement séparé. Le paiement différé des prestations est interdit.

FICHE PRATIQUE

s'ajouter ou se substituer à la réparation en numéraire.

Le Crem peut prévoir des causes d'ajustement de l'objectif de performance si ce dernier est trop facilement atteint ou si, au contraire, il est inatteignable. Ces ajustements peuvent être récurrents (changement des conditions climatiques, variation des volumes de l'activité du bâtiment) et impliquer une modification de la situation de référence. Ils peuvent aussi être exceptionnels (changement d'activité du bâtiment) et justifier une modification de l'objectif de performance énergétique.

Une clause peut-elle être prévue pour inciter le titulaire du marché à atteindre ses objectifs ?

Le Crem peut prévoir une clause d'intéressement au bénéfice du titulaire du marché. Par exemple, si l'objectif à atteindre est défini en termes de performance énergétique, le Crem peut décider d'un partage, entre les parties au contrat, des économies d'énergie réalisées au-delà de celles résultant de l'atteinte du niveau contractuellement fixé.

Quid de la mesure et de la vérification des engagements de performance énergétique ?

Le Crem prévoit un plan de mesures et de vérifications (PMV) qui expose la méthode mise en œuvre pour mesurer et vérifier les performances du bâtiment. Les stipulations du PMV énoncent les méthodes de calcul et les moyens techniques et humains employés pour mesurer et vérifier les performances du bâtiment. Elles prévoient les périodes de suivi de l'objectif d'amélioration de la performance énergétique qui ne devraient pas excéder un an. Elles indiquent la procédure d'analyse des mesures suivie et celle qui garantit leur fiabilité.

Elles évaluent la précision attendue dans les mesures et prévoient les procédures d'assurance qualité suivies pour mesurer et vérifier les performances. Elles indiquent les conditions d'ajustement des mesures des performances. Le PMV prévoit un modèle de rapport qui sera remis par le titulaire du contrat au pouvoir adjudicateur pour présenter les résultats des mesures et des vérifications.

Pour élaborer ce plan dans le cadre d'un Crem qui fixe des objectifs de performance énergétique, le ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie recommande de s'inspirer de l'option C du protocole International performance measurement and verification protocol (IPMVP).

Quelles obligations relatives aux prestations d'exploitation ou de maintenance mettre à la charge du titulaire du Crem ?

Le Crem fixe la date à laquelle les prestations d'exploitation ou de maintenance doivent commencer à être exécutées. Il précise la fréquence des prestations préventives et les conditions d'exécution des prestations curatives.

Le Crem prévoit le remplacement des équipements vétustes et les prestations de gros entretien. Ces obligations impliquent nécessairement qu'un constat contradictoire de l'état des biens au commencement et à la fin de l'exécution du contrat soit prévu.

Le Crem indique les diagnostics techniques à effectuer par le titulaire du marché.

Il prévoit également les modalités du contrôle des prestations d'exploitation ou de maintenance.

Quelle est la durée d'un Crem ?

L'article 73-II du Code des marchés publics dispose que la durée d'un Crem tient compte des délais nécessaires à la réalisation des objectifs chiffrés de performance fixés par le contrat et des engagements qui constituent son objet. Le Crem doit avoir une durée suffisamment longue pour que le titulaire du marché dispose du temps nécessaire pour amortir les investissements effectués dans le cadre du contrat, et que le pouvoir adjudicateur puisse contrôler si les objectifs de performance sont atteints. Les durées des premiers Crem varient entre cinq et quinze ans.

Qu'en est-il des clauses financières ?

Le Crem prévoit des prix distincts pour les prestations de conception-réalisation, d'une part, et pour les prestations d'exploitation ou maintenance, d'autre part.

A l'instar de tout autre marché public, le paiement différé des prestations est interdit (article 96 du Code des marchés publics). Les économies réalisées grâce à l'amélioration des performances du bâtiment ne financent donc pas directement les prestations de conception et de réalisation du bâtiment. C'est la rémunération de l'exploitation et de la maintenance qui est liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution.

Des pénalités peuvent-elles être prévues dans un Crem ?

Le Crem peut prévoir que des pénalités pourront être infligées au titulaire du marché pour des manquements à l'une de

ses obligations, qu'elles soient relatives à la conception, la réalisation, l'exploitation ou la maintenance du bâtiment. Le mode de calcul des pénalités et les modalités de leur mise en œuvre doivent être prévus dans le marché.

Une clause de rachat peut-elle être conclue ?

Le Crem peut stipuler que le pouvoir adjudicateur sera fondé à résilier le marché, sous réserve de prévoir le paiement d'une indemnité dont le montant est fixé contractuellement au bénéfice de son cocontractant pour racheter le contrat.

TEXTES DE RÉFÉRENCES

- Articles 73 et 96 du Code des marchés publics.
- A lire sur le même sujet : « Passation des marchés de conception, réalisation, exploitation ou maintenance », « Le Moniteur » n° 5666 du 29 juin 2012, page 63.