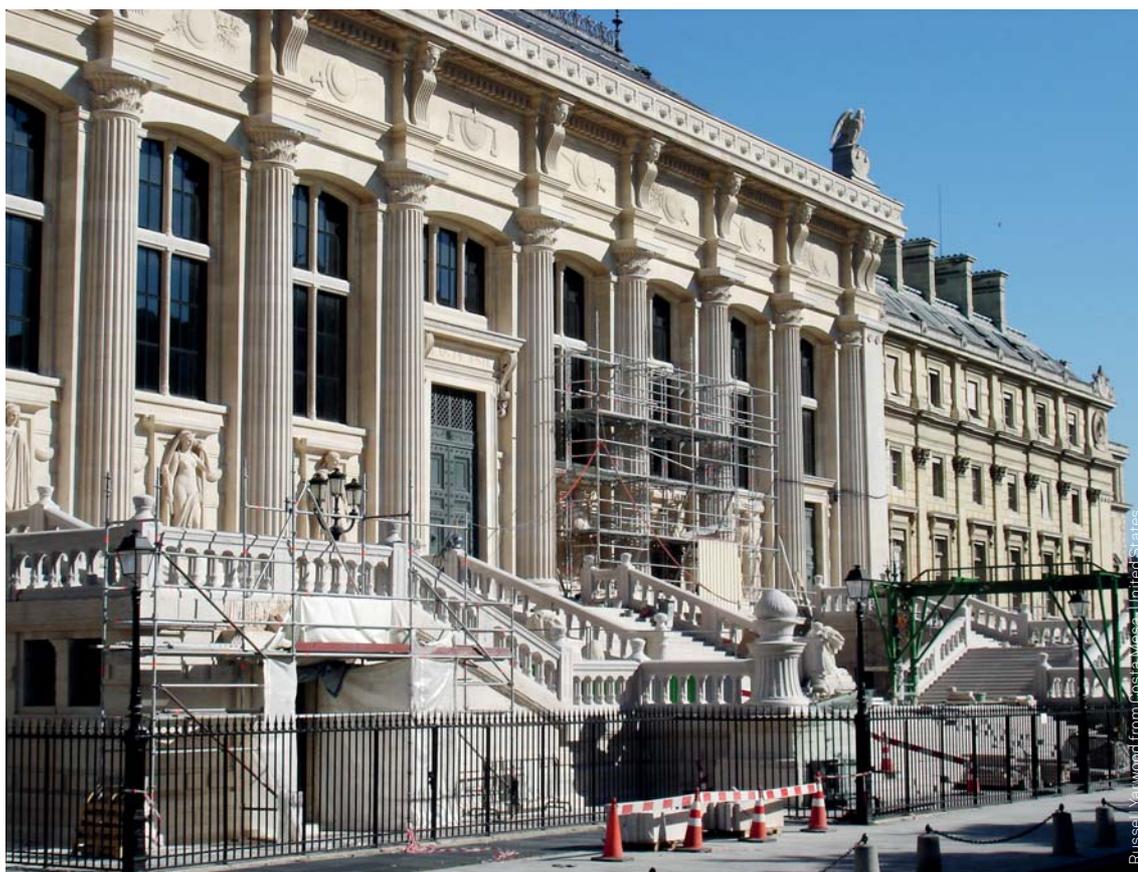


FICHE TECHNIQUE

DE L'AREC, DÉPARTEMENT ÉNERGIE-CLIMAT DE L'INSTITUT PARIS REGION



RÉNOVATION ÉNERGÉTIQUE DU PATRIMOINE PUBLIC

ANALYSE DES CONTRATS PUBLICS À DISPOSITION DES COLLECTIVITÉS POUR LA RÉNOVATION

NOVEMBRE 2019

41.17.15



Cofinancé par le programme
Horizon 2020 de l'Union européenne



AREC
AGENCE RÉGIONALE
ÉNERGIE-CLIMAT

RÉSUMÉ ET RECOMMANDATIONS

Le choix de marché entre maîtrise d'ouvrage (MOA) publique et privée

MOA publique

- Les marchés publics de conception réalisation
- Les marchés publics globaux de performance

MOA privée

- Les marchés de partenariat

Les bonnes pratiques

En fonction du projet, l'acheteur public doit choisir le type de marché et la procédure de consultation appropriés pour une exécution la plus efficace possible. Ces choix dépendent de la capacité d'investissement de la collectivité.

Plusieurs critères sont à apprécier :

- transfert de la maîtrise d'ouvrage
- missions confiées au titulaire
- critères de sélection des candidats
- durée du contrat
- coût du projet
- rémunération du titulaire
- partage des risques avec le titulaire du contrat

L'acheteur

Dans cette publication, il désigne indifféremment « pouvoir adjudicateur » et « entité adjudicatrice », c'est-à-dire la personne publique (exemple : l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics).

Dans le cadre d'un projet de rénovation énergétique, les contrats de performance énergétique sont majoritairement passés sous la forme de marchés globaux de performance énergétique. Les marchés de partenariat sont souvent jugés contraignants, de part notamment l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et l'établissement du bilan favorable qu'il nécessite. Les collectivités préfèrent donc recourir aux marchés globaux de performance énergétique. Or si le marché de partenariat peut sembler plus contraignant, il présente d'autres avantages, comme le paiement public différé par exemple.

Il faut donc souligner qu'un marché public ne constitue pas une alternative à un autre, chacun se définissant par une nature différente. Le type de marché doit faire l'objet d'une appréciation globale.

Les recommandations suivantes peuvent constituer un premier ordre d'indications sur le type de montage à privilégier :

Exigence sur les capacités et les critères :	Type de montage à privilégier		
	Marché public de conception réalisation	Marché global de performance	Marché de partenariat
Ampleur des actions à conduire et périmètre			
Objectifs d'économies d'énergie attendues			
Coût d'investissement initial			
Temps de retour sur investissement			
Expertise et innovation			
Investissement immédiat de la personne publique			
Durée du contrat (respect des délais)			
Économie d'énergie (respect des objectifs)			
Transfert des risques vers l'opérateur privé			

Pertinence

-  faible
-  moyenne
-  importante

APPROCHE DU CADRE JURIDIQUE

Pour atteindre de fortes ambitions en termes d'objectifs environnementaux, la France a mis en place plusieurs réglementations thermiques encadrant les projets de construction. Une réglementation thermique pour les bâtiments neufs ou les extensions, avec la RT 2012 qui pose des objectifs ambitieux en matière d'efficacité énergétique ainsi qu'une réglementation thermique pour les travaux de rénovation concernant les bâtiments existants, avec la RT 2018. Cette dernière a pour ambition de cibler des techniques performantes tout en tenant compte des contraintes existantes, afin d'améliorer significativement la performance énergétique d'un bâtiment dans son ensemble.

À noter: Dès le 1^{er} janvier 2021, la RT 2020 entrera en vigueur pour remplacer celle de 2012 et s'appliquera à toutes les constructions neuves. Cette réglementation ne remet pas en question la méthodologie à suivre dans le montage juridique du projet.

Bien que des exigences soient fixées par ces réglementations, il est difficile d'agir sur un patrimoine déjà conçu. En effet, les marges de manœuvre sont limitées par rapport aux bâtiments neufs, d'autant que la compréhension des facteurs qui interfèrent dans la consommation énergétique est délicate. Pourtant les collectivités et les Etablissements publics de coopération intercommunale (EPCI) sont ciblées pour mettre en place les politiques opérationnelles « énergies-climat » pour les bâtiments neufs et extensions mais également pour les bâtiments existants, suite au Grenelle de l'Environnement (2008).

Plus récemment, suite à la loi Elan, le ministère de la Ville et du Logement a publié le décret tertiaire. Il vient préciser le texte de loi et impose des actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans les bâtiments à usage tertiaire. Ces mesures doivent permettre une réduction de 40 % de la consommation d'énergie finale en 2030, pour l'ensemble des bâtiments soumis à l'obligation.

Pour soutenir les collectivités dans leurs actions d'efficacité énergétique nécessitant des compétences techniques, il existe des outils comme le Contrat de performance énergétique (CPE), issu du droit communautaire, qui peuvent être établis entre des opérateurs professionnels du bâtiment et des maîtres d'ouvrage. Un contrat de performance

énergétique (CPE) passé entre maître d'ouvrage public et un opérateur est soumis à des règles définies par la législation relative aux marchés publics.

Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Les contrats globaux sont classés en deux catégories :

- Les marchés publics globaux, sont des contrats avec un financement public des investissements ou travaux. Ils regroupent les marchés publics de conception-réalisation, les marchés publics globaux de performance et les marchés publics globaux sectoriels.
- Les marchés publics globaux à paiement différé, appelés « marchés de partenariat » et destinés à succéder aux contrats de partenariat issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, sont des contrats avec un financement principalement privés des investissements ou travaux.

Les marchés publics globaux et les marchés de partenariat présentent la particularité de pouvoir déroger à l'obligation d'allotissement. En effet, conformément à l'article L2113-10 du code de la commande publique, les marchés publics doivent être passés en lots séparés. Ainsi, en ayant recours aux contrats globaux présentés dans la partie qui suit, les acheteurs peuvent dans certains cas passer un marché unique.



LES MONTAGES AVEC MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE : LES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX « CLASSIQUES »

La présente partie s'attachera à décrire les caractéristiques propres de ces montages à maîtrise d'ouvrage publique. À noter que les marchés globaux sectoriels, de par les domaines spécifiques qu'ils concernent, ne sont pas traités dans cette analyse.

Il convient également de préciser que l'objet même de performance énergétique induit la spécificité de l'exécution même du contrat qui souffrirait de la fragmentation des tâches. En effet, il peut s'avérer difficile et complexe pour le titulaire d'un marché d'exploitation de s'engager sereinement sur une obligation contractuelle de résultats de performance énergétique du bâtiment alors même qu'il n'a pas participé aux études et aux travaux. Cette difficulté impose de recourir à un contrat global pour pouvoir sécuriser les économies d'énergie et d'explorer les marchés publics séparés.

LES MARCHÉS INSÉCURISÉS : LES MARCHÉS PUBLICS DE CONCEPTION-RÉALISATION

Définition du contrat

Les marchés publics de conception-réalisation constituent des marchés globaux qualifiés de marchés publics de travaux (article L2171-2 du code de la commande publique). Il s'agit de marchés portant à la fois sur l'établissement d'études (la conception) et l'exécution de travaux (la réalisation).

Les conditions de recours

Avant d'envisager le recours à un marché public de conception-réalisation, il faut considérer les limites de recours imposées par la loi MOP (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). L'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le secteur HLM, les organismes privés de sécurité sociale et leurs mandataires peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation seulement si 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 (article L2171-2 du code de la commande publique).

De plus, dans la mesure où la performance énergétique n'est pas par elle-même un motif de dérogation

suffisant au principe de l'allotissement dans les marchés publics, le recours aux marchés publics de conception-réalisation par dérogation à la loi MOP ne présente aucune sécurité juridique. Cela reste soumis à l'interprétation du juge, et le niveau d'intégration technique n'est pas défini par ce dernier.

Par ailleurs, cette condition de dérogation à la loi MOP pour des motifs liés à l'amélioration de la performance énergétique n'est plus conditionnée aux seuls travaux de réhabilitation. En effet, si le Tribunal administratif de Nantes a estimé que : « ni les dispositions de l'article 37 du Code des marchés publics [l'article L2171-2 du code de la commande publique] ni aucune disposition législative ou réglementaire ne circonscrit à la réhabilitation de bâtiments existants les engagements contractuels en matière de performance énergétique susceptibles de justifier le recours au marché de conception-réalisation » (TA Nantes, 23 mars 2017, n° 1409222, 1409223, 1503301, Conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire : à propos de marchés portant sur la conception et la réalisation de collèges dits « modulaires »). Depuis l'article L2171-2 du code de la commande publique étend également le recours à ces marchés à la construction de bâtiments neufs dépassant la réglementation thermique en vigueur.

Le Tribunal administratif de Nantes a estimé que : « ni les dispositions de l'article 37 du Code des marchés publics [aujourd'hui article 91 du décret du 25 mars 2016] ni aucune disposition législative ou réglementaire ne circonscrit à la réhabilitation de bâtiments existants les engagements contractuels en matière de performance énergétique susceptibles de justifier le recours au marché de conception-réalisation » (TA Nantes, 23 mars 2017, n° 1409222, 1409223, 1503301, Conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire : à propos de marchés portant sur la conception et la réalisation de collèges dits « modulaires »).

Cette procédure présente des insécurités juridiques dans la mesure où la collectivité devra justifier son choix par :

- la restriction de la concurrence qui résulterait de l'allotissement ;
- le risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations qui résulterait de l'allotissement ;
- l'impossibilité, qui résulterait de l'allotissement,

d'assurer par elle-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Enfin, cela est particulièrement inutile dans la mesure où le marché public global de performance, exposé ci-après, a été consacré.

LES MARCHÉS SÉCURISÉS : LES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX DE PERFORMANCE

Définition du contrat

Les marchés publics globaux de performance sont des contrats par lesquels un acheteur confie à un opérateur économique une mission globale comportant des prestations de nature différente. Afin de remplir des objectifs chiffrés de performance, l'acheteur peut associer à la prestation de conception-réalisation, l'exploitation ou la maintenance, moyennant une rémunération.

Il s'agit de marchés publics qui ne se limitent pas à l'exécution d'une prestation de nature homogène (des travaux, des prestations de service de même type...), mais qui confient au contraire des missions multiples.

Les conditions de recours

L'objectif du contrat de performance énergétique est de réduire la consommation énergétique par une amélioration de l'efficacité énergétique. Cependant, bien que ces contrats soient adaptés à des ouvrages existants, ils ne sont pas limités à la réhabilitation de ces ouvrages. À la différence des marchés publics de conception-réalisation, le recours à ce type de contrat n'est pas limité à un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique. Il est seulement exigé que ces marchés comportent des engagements de performance mesurables, pouvant notamment – la liste n'est pas restrictive – porter sur le niveau d'activité, la qualité du service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique.

La définition de l'objectif chiffré implique la connaissance des informations relatives au point de référence, décrivant les caractéristiques d'utilisation du bâtiment notamment, l'indicateur de performance envisagé, le seuil de performance à atteindre, les outils permettant de mesurer les engagements de performance, le délai dans lequel cet objectif devra être atteint et enfin, la sanction en cas de non-atteinte. Les objectifs chiffrés de performance doivent être définis dans les pièces de la consultation.

SYNTHÈSE MARCHÉ PUBLIC DE CONCEPTION-RÉALISATION

Marché global
Non alloti

Maîtrise d'ouvrage :
Publique

Mission de l'opérateur privé :
Études (phase conception)
Exécution de travaux (phase réalisation)

Contrainte :
Limité aux travaux de réhabilitation (existant)

Inconvénients :
Marché insécurisé (choix d'un marché dérogeant au principe de l'allotissement)
Performance énergétique à engagement limité (aucune garantie constructeur)

Avantage :
Coûts financiers portés directement par la collectivité

SYNTHÈSE MARCHÉ PUBLIC DE PERFORMANCE

Marché global :
Non alloti

Maîtrise d'ouvrage :
Publique

Mission de l'opérateur privé :
Études (phase conception)
et/ou exécution de travaux (phase réalisation)
Exploitation ou maintenance

Contraintes :
Limité aux travaux de réhabilitation (existant)
Engagements de performance mesurables

Inconvénient :
Nécessite la connaissance chiffrée des indicateurs de référence

Avantage :
Sanction en cas de non-atteinte des objectifs fixés
Coûts financiers portés directement par la collectivité

LES MONTAGES AVEC MAÎTRISE D'OUVRAGE PRIVÉE : LES MARCHÉS DE PARTENARIAT

Définition

Les marchés de partenariat sont susceptibles d'être passés par tous les « acheteurs », c'est-à-dire l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, de droit public ou de droit privé. Le marché de partenariat, désormais marché public, est un outil à disposition de l'acheteur qui souhaite confier à un opérateur économique une mission globale comprenant la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser et tout ou partie du financement. Cette mission n'est pas limitée à la rénovation et peut concerner la construction, la transformation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrage et d'équipement.

Avec la parution de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les anciens « contrats de partenariat » deviennent des « marchés de partenariat » et, ce faisant, des marchés publics à part entière. Ils absorbent les autres formes de partenariat public-privé sans transfert d'un risque d'exploitation, tels que les montages domaniaux type BEA (baux emphytéotiques administratifs).

Les conditions de recours

Ces marchés publics à maîtrise d'ouvrage privée restent néanmoins des contrats de performance énergétique qui ne sont utilisables qu'à condition de démontrer un bilan plus favorable que les autres formes contractuelles possibles et qu'à partir d'un seuil de valeur attribuée au marché.

Le bilan favorable constitue le critère selon lequel l'acheteur démontre que le recours à ce montage contractuel présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet. Ce bilan est réalisé au stade de l'évaluation du mode de réalisation du projet et il est établi notamment sur le plan financier.

Pour justifier le recours au marché de partenariat, la valeur du marché doit dépasser certains seuils fixés par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics :

- **2 millions d'euros HT** lorsque l'objet principal du marché porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs.
- **5 millions d'euros HT** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
 - des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports,

de l'aménagement urbain et de l'assainissement,

- des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne vise pas 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 ; ni 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.

- **10 millions d'euros HT** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés dans les deux points précédents.

Outre une évaluation préalable, notons par ailleurs l'exigence d'une étude de soutenabilité budgétaire « qui apprécie les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits ». Cette exigence est élargie aux collectivités territoriales et accompagne systématiquement l'évaluation préalable.

À noter : Une fois réalisée, chacune de ces études, est soumise à un organisme national, nommé FIN INFRA, pour avis (article R.2212-8 et article R. 2212-10 du code de la commande publique). Cet organisme expert est héritier de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPP) pour l'évaluation du mode de réalisation du projet et à l'administration en charge du budget l'étude de soutenabilité budgétaire. Ces avis sont obligatoires pour les collectivités territoriales.

SYNTHÈSE MARCHÉ DE PARTENARIAT

Marché global :
Alloté ou non

Maîtrise d'ouvrage :
Privé

Mission de l'opérateur privé :
Études (phase conception)
Exécution de travaux (phase réalisation)
Exploitation
Maintenance
Gestion de mission de service public
ou prestations de services

Contraintes :
Critère du bilan favorable
Seuils limites relatifs à la valeur du marché
Réalisation d'une étude de soutenabilité budgétaire

Inconvénients :
Évaluation préalable et étude de soutenabilité budgétaire

Avantages :
L'opérateur est en charge du marché
Engagement sur une performance énergétique

CAPACITÉ D'INVESTISSEMENT DE LA COLLECTIVITÉ

Pour définir au mieux son projet d'efficacité énergétique, la personne publique doit se demander quelles sont ses capacités d'investissement.

Évoquer le sujet du financement « public » ou du financement « privé » des contrats publics conduit à se poser la question de savoir si le titulaire du contrat peut « apporter » le financement. Ce choix doit être envisagé à l'aune des contraintes budgétaires et de la capacité d'endettement à long terme.

LES SOLUTIONS DE FINANCEMENT

Deux choix s'offrent à la personne publique, qui impactent différemment le budget et la nature du montage juridique :

Autofinancement public des travaux : caractéristique des marchés publics globaux

La collectivité confie la mission de réalisation des travaux à une société de services énergétiques (SSE). Elle assure le financement des travaux en ayant recours à la dette, grâce à son budget d'investissement, ou éventuellement grâce à des subventions ou des aides publiques. L'endettement est inscrit dans ses comptes.

Aussi, dans le cas où l'acheteur a recours à un marché global ayant pour objet, à la fois, la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, il devra faire apparaître de manière séparée leurs coûts, afin de distinguer les dépenses liées à l'investissement de celles liées à la maintenance et l'exploitation, sans qu'il soit possible de compenser l'une par l'autre.

Par ailleurs, la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur doit être prise en compte dans l'étude de soutenabilité budgétaire. Ainsi même si l'acheteur envisage le recours à un marché de partenariat, il doit au préalable évaluer sa capacité d'autofinancement.

Il faut être vigilant à ce que le titulaire réalise des investissements dans le cadre du contrat et qu'il puisse en percevoir le prix à hauteur des coûts engagés, pour éviter les paiements différés. Le paiement différé implique que le titulaire finance l'investissement nécessaire à l'exécution du marché et le répercute in fine à l'acheteur.

Les clauses de paiement différées sont interdites dans les marchés publics (article L.2191-5 du code de la commande publique). L'interdiction de

paiement différé signifie que les différentes prestations doivent être payées au fur et à mesure de leur exécution – paiement de la construction d'une part, paiement des prestations d'exploitation ou de maintenance d'autre part.

Cette interdiction s'applique à l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Ainsi, les autres personnes publiques ne sont pas concernées par l'interdiction de paiement différé. Il en va de même, surtout, des acheteurs soumis à l'ordonnance relative aux marchés publics qui sont des personnes morales de droit privé, nombreux en pratique (sociétés à capitaux publics ou d'économie mixte, SA d'HLM, associations parapubliques, etc.).

Toutefois, la prohibition du paiement différé ne paraît pas interdire un préfinancement pendant la phase de réalisation des investissements.

Préfinancement des investissements : caractéristique des marchés de partenariat

Le (pré)financement, au moins partiel, des investissements par l'opérateur économique caractérise les marchés de partenariat, et il prend très souvent la forme d'un financement de projet. La collectivité confie une mission globale à une SSE qui préfinance les travaux. La société se rémunère ensuite sur les économies d'énergie et sur un « loyer » fixe que lui verse la collectivité à la mise à disposition des ouvrages et équipements.

Pour autant ce financement par le partenaire privé n'est pas nécessairement exclusif pour les raisons suivantes :

- une personne publique peut concourir au financement des investissements, étant précisé que les marchés de partenariat sont éligibles aux subventions et autres participations financières.
- les collectivités territoriales et autres organismes publics peuvent participer, de manière minoritaire, au capital de la société dédiée titulaire.
- ce co-financement peut aussi se traduire par le versement de sommes avant la réalisation des investissements, qui viennent à due concurrence limiter l'effort d'investissement du partenaire privé, et son coût.
- ce co-financement peut aussi se traduire par le paiement d'avances et d'acomptes.

La collectivité conserve ainsi des marges de manœuvre financières dans son budget

d'investissement. L'inscription de l'endettement dans ses comptes est retardé jusqu'à la fin des travaux.

En termes de financement, le marché de partenariat est l'outil le plus sécurisant dans les cas de recours au mécanisme de tiers-financement. En effet, depuis la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte (TECV) du 17 août 2015, le maître d'ouvrage privé peut financer l'opération déterminée par le marché.

PROCÉDURES DE PASSATION

Réglementation associée aux seuils de procédures

Les marchés publics globaux sont passés selon les modalités fixées par voie réglementaire, ils sont soumis aux seuils européens de procédure, publiés au Journal officiel de la République française.

Lorsque la valeur estimée du besoin, sur la base du montant total hors taxe du ou des marchés envisagés (article R. 2121-1 et s. du code de la commande publique) est égale ou supérieure aux seuils européens, le marché public est passé selon l'une des procédures formalisées suivantes :

- **appel d'offres**, ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. Il est dit ouvert lorsqu'un prestataire peut sous-missionner c'est-à-dire s'engager par écrit au respect d'un cahier des charges et restreint lorsque seuls les candidats présélectionnés par l'acheteur peuvent déposer une offre dans les délais impartis ;
- **concurrentielle avec négociation**, par laquelle un acheteur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- **dialogue compétitif** dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens, le marché public est passé selon une procédure adaptée. Les conditions sont alors librement déterminées par l'acheteur, dans le respect des principes de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et transparence).

À noter : C'est l'ensemble de la rémunération prévisionnelle du titulaire du contrat global qui doit être prise en compte, versée par l'acheteur ou provenant potentiellement d'autres sources (recettes annexes notamment). En cas de marché public alloti, l'acheteur prend en compte la valeur totale estimée de l'ensemble des lots.

Dans le cas d'un contrat global la rémunération versée par l'acheteur est susceptible d'inclure une composante investissement, une composante fonctionnement et, le cas échéant, une composante financement, qu'il convient de prendre en compte sur la durée du contrat. De plus, il peut être nécessaire de procéder à une estimation des éventuelles recettes de valorisation qui pourront être perçues par le titulaire.

Contraintes imposées aux acheteurs

En effet, si le choix entre les deux formes d'appels d'offres (ouvert ou restreint) est libre, le choix de la procédure de dialogue compétitif ou de la procédure concurrentielle avec négociation implique de se trouver dans l'un des six cas suivants (article R. 2124-3 du code de la commande publique) :

- lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- lorsque le besoin consiste en une solution innovante ;
- lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;
- lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;
- lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées.

Recommandation en fonction du type de contrat

L'appel d'offre permet à l'acheteur de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché où à ses conditions d'exécution, sans négociation, c'est ce qui le différencie de la procédure concurrentielle avec négociation ou du dialogue compétitif. Ces deux procédures permettent d'établir un échange entre l'acheteur et les candidats avant la remise des offres.

Ainsi, la procédure de dialogue compétitif est plus longue que celle de l'appel d'offres, car elle nécessite un temps de dialogue avec les différents candidats. Cependant, cette procédure présente l'avantage de pouvoir permettre d'associer étroitement la SSE à la définition des besoins, mais également de négocier avec elle les conditions du marché. L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont également précisées dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Les offres résultant d'un dialogue compétitif ne seront pas, dès le début, enfermées dans des spécifications techniques trop précises. Cette procédure constitue donc un sérieux avantage dans le cas d'un contrat de performance énergétique qui suppose une solide analyse préalable de la situation du bâti afin de définir clairement les objectifs à atteindre. Elle a également l'avantage de conférer une vision plus complète et comparative des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir et d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites.

Les marchés de partenariat ne bénéficient pas de dispositions spécifiques en termes de procédure de passation à l'exception de la reconduction du cas de « financement ajustable » en fin de procédure de passation. Ainsi, les modalités de financement indiquées dans l'offre finale peuvent être ajustées après que le candidat pressenti a été retenu, à condition de ne pas remettre en cause le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et de ne pas engendrer un bouleversement de l'économie de l'offre choisie. Les candidats pourront donc, sans risque, être autorisés à remettre une offre finale dans laquelle ils s'engagent sur un prix global ferme, mais dont les volumes des financements nécessaires à la réalisation du projet ne sont pas intégralement affermis par les comités de crédit des banques considérées à ce stade de l'offre.

L'EXÉCUTION

La durée du contrat

Les marchés publics globaux obéissent aux règles de droit commun concernant la durée des marchés publics. Celle-ci est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Dans le cas des marchés publics globaux, en principe, le paiement des investissements est public. Compte tenu de l'application de l'interdiction des paiements différés, la durée de ces marchés ne saurait dépendre de la durée d'amortissement des investissements, le titulaire ne (pré-)finançant pas les investissements. La durée ne doit donc pas dépendre de l'amortissement des travaux mais d'un certain délai nécessaire à l'atteinte de la performance énergétique attendue et contractuellement définie.

Dans les textes il n'est pas précisé les éléments à prendre en compte pour apprécier la durée du marché public global de performance. Il n'est pas non plus prévu de durée maximale. Plus la durée d'un contrat est long, plus il permet d'envisager la réalisation de travaux aux objectifs de performance énergétique plus élevés. Il faut cependant être vigilant à ne pas excéder dans une trop large mesure les délais nécessaires à la réalisation des objectifs et engagements de performance au risque de contrevenir aux principes généraux du droit des marchés publics, en particulier à ceux de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

D'autre part, les garanties proposées par les entreprises vont changer en fonction de la durée du contrat. Il est plus difficile de mutualiser les risques sur une durée longue, ce qui permet de proposer de fortes garanties. *A contrario*, peu de garanties seront proposées sur une durée courte.

Rémunération du titulaire du marché

Les actions d'efficacité énergétique d'un projet de rénovation doivent permettre de réduire les coûts d'entretien et de maintenance pour les collectivités en utilisant des matériaux plus durables. La personne publique peut choisir de ne pas conserver cette mission en interne au sein de ses services, et la déléguer à une SSE. La société assure alors l'entretien et la maintenance sur performance des installations et des bâtiments pour le compte de la collectivité pendant toute la durée du contrat contre le paiement d'un loyer.

Les économies d'énergie constituent, elles aussi, une source de rémunération pour la SSE si elles sont en prise en compte comme une part du financement de l'opération. Ce mécanisme de rémunération permet à la personne publique de réduire la rémunération versée à la SSE. Toutefois ces économies d'énergie ne seront pas en mesure de couvrir la totalité des investissements. Elles peuvent assurer de 20 % à 70 % du coût d'une rénovation. Cette couverture dépendra de la taille, de l'état et du type de

bâtiment concernés, mais également du montage juridique retenu.

La délégation de la maintenance et l'entretien sur performance du bâtiment ne peut s'opérer que dans le cadre d'un marché de partenariat ou d'un marché global de performance. Il est donc nécessaire de prendre en compte le mécanisme de financement au moment du choix de la forme juridique du marché public.

Rémunération du titulaire dans le cadre d'un marché public global

Le versement du prix par l'acheteur sera en général effectué au fur et à mesure de la réalisation des prestations en raison de l'interdiction de paiement différé. Les prix doivent être séparés pour la réalisation, l'exploitation ou la maintenance.

Dans le cas d'un marché public global de performance, les prestations d'exploitation ou de maintenance doivent prendre en compte dans leur mécanisme de rémunération l'atteinte des engagements de performances mesurables fixés par le marché sur toute sa durée. Le caractère financier de la rémunération du titulaire est, comme le partage des risques, obligatoire.

Concernant la réalisation des travaux, le prix pourra commencer à être payé au titulaire du contrat uniquement à compter de l'achèvement des opérations de construction. Le paiement d'avances et d'acomptes constitue une rémunération anticipée sous la forme de pré-rémunération. Les éventuelles recettes de l'usager peuvent constituer une source de rémunération pour le titulaire seulement si elles sont reversées par l'acheteur. Les revenus d'autres natures, issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine, peuvent être directement perçus par le titulaire, sans passer par l'acheteur. Le contrat devra déterminer les conditions dans lesquelles ces revenus viendront diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur.

Recettes de valorisation pour les titulaires des marchés de partenariat

Si dans le cadre des marchés globaux il n'existe pas de prohibition de principe à la possibilité de recettes annexes pour le titulaire, les marchés de partenariat bénéficient d'un cadre juridique plus élaboré pour ces recettes annexes.

Les recettes de valorisation que peut percevoir le titulaire d'un marché de partenariat concernent :

- celles issues de la valorisation foncière (autorisations d'occupation du domaine public, baux de droit privé ou droits réels à durée limitée) ;
- la possibilité pour l'acheteur d'autoriser le titulaire à procéder à des cessions de biens en vue de valoriser une partie du domaine.

LE NIVEAU DE TRANSFERT DES RISQUES

La personne publique doit définir si elle souhaite ou non transférer les risques en fonction de sa capacité d'investissement et de ses marges de manœuvre financières d'une part, et de l'importance du projet et de sa complexité d'autre part. Chaque type de marchés publics relève d'un niveau de risque différent :

Dans le cas des marchés publics de conception-réalisation, la personne publique contrôle la réalisation de chacune des phases des opérations, qu'elle confie à différentes entreprises, et conserve le rôle d'entretien du patrimoine : le niveau de transfert de risque est dit « faible ». L'engagement est limité en matière de performance énergétique à cause de la fragmentation des marchés publics et donc des responsabilités. Si les économies d'énergie ne sont pas atteintes, la collectivité ne peut demander aucune garantie au constructeur.

Dans le cas des marchés globaux de performance, la personne publique confie la réalisation des travaux de rénovation, concernant à la fois la conception des actions à engager, la réalisation des travaux et l'exploitation des bâtiments sur critères de performance énergétique. La personne publique porte le financement des travaux et conserve son rôle de maître d'ouvrage public. Cependant le marché est plus sécurisé que dans le précédent modèle : le niveau de transfert des risques est dit « moyen ». Le risque de retard est bordé par des pénalités appliquées à la société privée. La collectivité peut faire jouer la garantie de performance si les objectifs d'efficacité énergétique ne sont pas atteints. La rémunération de l'opérateur privé peut être modulée en cas de sous-performance ou de surperformance énergétique.

Dans le cas d'un marché de partenariat, la maîtrise d'ouvrage devient privée, rendant possible le préfinancement des investissements par l'opérateur privé. Le transfert total du rôle de maîtrise d'ouvrage permet à la collectivité de sécuriser ses risques, qui seront toutefois provisionnés par l'opérateur privé, renchérissant ainsi le coût du projet : le niveau de transfert des risques est dit « total ». Si les conditions financières sont moins avantageuses, la société privée peut cependant avoir accès plus facilement à des financements bancaires. De plus, comme pour le marché global de performance, les risques de retard sont largement limités par un système de pénalités. La société s'engage à atteindre le niveau d'économies d'énergie prévu, à défaut elle offre une garantie financière.

BILAN COMPARATIF

Tableau récapitulatif comparant les différents montages juridiques évoqués dans cette analyse.

Critère	Marché public global de performance	Marché de partenariat	Analyse comparative
Budget et endettement Qui porte l'endettement ? Sur quelle section le financement est imputé ?	Les dépenses sont affectées en section d'investissement et financées par l'autofinancement et/ou l'emprunt. Les dépenses pèsent directement sur les ratios d'endettement de la collectivité et indirectement (charge de la dette) sur le fonctionnement.	L'amortissement du capital est affecté en section d'investissement. Les intérêts et les dépenses de maintenance et le gros entretien renouvellement sont affectés en section de fonctionnement. Cela pèse directement sur les ratios d'autofinancement de la collectivité et indirectement sur sa capacité d'endettement.	Le choix entre les deux montages impose de répondre à la question suivante : quelles sont les marges de manœuvre que la collectivité souhaite préserver ? - l'autofinancement (montage 1) - ou l'endettement (montage 2)
Critère économique Décomposition et appréciation du coût global des opérations ?	Les coûts financiers sont moindres, car portés directement par la collectivité.	La charge de la dette est plus élevée, car refacturée à la collectivité. Les coûts de maintenance et d'exploitation sont moindres par économies d'échelles. Il faut rajouter un coût d'assurance pour garantir la performance énergétique.	Les coûts d'investissement sont identiques quel que soit le montage. Chaque montage présente des forces et des faiblesses selon la nature des dépenses Les différences en termes de coût global sont relativement faibles.
Critère risque Qui le porte et le garantit ?	Les risques sont portés par la collectivité. Elle doit gérer les délais et la bonne réalisation de chacune des phases des opérations. La collectivité s'engage sur une durée relativement longue.	Partage des risques. La performance énergétique des opérations est garantie, ce qui limite les risques pour la collectivité.	Le contrat global et la garantie de performance énergétique qui lui est associée permettent à la collectivité de couvrir des risques liés aux opérations. Mais elle s'engage sur une longue durée.
Critère délais de procédure et de réalisation des investissements	Formalisme de l'ordonnance relative aux marchés publics	Formalisme de l'ordonnance relative aux marchés publics	Les deux contrats sont intégrés au régime de droit commun des marchés publics
Critère efficacité énergétique Quel niveau de performance « énergétiques » associé à ces montages ?	La dilution des responsabilités et la fragmentation des actions rendent les investissements réalisés sous cette forme moins performants.	La réalisation plus rapide des travaux permet de concrétiser rapidement le potentiel d'économie d'énergie. Grâce à l'existence d'un seul responsable, les économies attendues sont susceptibles d'être plus importantes.	L'efficacité énergétique est plus importante dans un contrat type marché de partenariat. Ce postulat est nécessaire pour apprécier les différences d'efficacité entre les montages.
Nature des travaux et état du patrimoine Quelle prise en compte la nature des actions sur le choix du montage ?	Ce montage est adapté lorsqu'il y a une visibilité incertaine sur les bâtiments et/ou la nécessité de réaliser différents types d'intervention.	Ce montage est adapté pour réaliser des travaux sur l'enveloppe du bâti, si l'on possède une visibilité suffisante à moyen/long terme.	Le niveau de connaissance du bâti conditionne le choix du montage.
Freins et barrière dans la mise en œuvre Quelles seront les contraintes à dépasser ?	La collectivité conserve la maîtrise d'ouvrage stratégique. Elle peut renforcer ses moyens d'intervention pour prendre en charge des opérations supplémentaires ou plus complexes.	Ce montage induit une perte de flexibilité pour la collectivité dans le fonctionnement.	La relative complexité des montages envisagés doit être prise en compte mais également être appréciée au regard d'investissements et d'enjeux de long terme.

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION
Fouad Awada
COORDINATION
Narjis Mimouni,
département Énergie-climat

RÉDACTION
LLC & Associés
Narjis Mimouni
Charlotte Rouchon
MAQUETTE
Agnès Charles
FABRICATION
Sylvie Coulomb



15, RUE FALGUIÈRE
75740 PARIS CEDEX 15
TÉL. : 01 77 49 79 89
contact.arec@institutparisregion.fr
www.arec-idf.fr



L'AREC EST UN DÉPARTEMENT DE **L'INSTITUT PARIS REGION**,
ASSOCIATION LOI 1901

15, RUE FALGUIÈRE - 75740 PARIS CEDEX 15 - TÉL. : 01 77 49 77 49