

Le marché global de performance énergétique avec tiers financement

Ce nouveau type de marché public a été validé dans le but d'accélérer considérablement le rythme de la rénovation énergétique des bâtiments publics en facilitant leur financement.

Le principe adopté consiste à autoriser, par dérogation au Code de la Commande Publique, la possibilité de prévoir un tiers financement associé à un paiement différé du marché.

La création du MGPE-TF a été validé par la loi du 30 mars 2023.

1. La procédure à suivre

- Pour bénéficier de cette possibilité, les maîtres d'ouvrage publics devront obligatoirement recourir à la procédure du marché global de performance (MGP)
- Cette possibilité est encadrée par une procédure spécifique qui rappelle la procédure mise en œuvre dans le cadre des contrats de partenariats (PPP). Une étude préalable de faisabilité et une étude de soutenabilité financière devront être présentées et validées en amont de la phase de passation du marché.
- L'étude de faisabilité devra être transmise à Fin Infra qui disposera d'un délai de 30 jours pour se prononcer. La non-réponse vaudra acceptation.
- L'étude de soutenabilité financière sera transmise aux services de l'État qui disposera également d'un délai d'analyse de 30 jours. L'absence de réponse valant acceptation.

2. Les opérations éligibles

- Toutes les opérations de rénovation énergétique de bâtiments publics sont concernées ;
- Aucun seuil minimum du montant de l'opération n'est requis ;
- L'opération peut concerner un seul ou plusieurs bâtiments. Dans ce dernier cas, les performances attendues devront être détaillées pour chacun des bâtiments concernés.

3. Les maîtres d'ouvrages concernés

- Les collectivités territoriales et l'Etat, ainsi que ses établissements publics, peuvent avoir recours à ce nouveau type de marché public.
- Les sénateurs ont amendé le texte, notamment pour favoriser les synergies locales, en permettant la prise en charge des travaux par les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) et les syndicats d'énergie.
- Plusieurs maîtres d'ouvrage pourront mutualiser des travaux à effectuer sur leurs bâtiments respectifs dans un même marché.

Cette expérimentation est encadrée :

- La durée de l'expérimentation est limitée à cinq ans à compter de la publication de la loi. Compte tenu de la durée envisagée du montage de ce type de marché, ce délai implique que les maîtres d'ouvrage publics intéressés mettent en œuvre rapidement les études préalables.
- Des modalités de contrôle par le Parlement sont mises en place et un bilan sera fait avant une éventuelle reconduction.

4. Modalités de mise en œuvre

Le décret du 3 octobre 2023 est venu préciser les modalités de mise en œuvre de ce type de marché.

1. Ce décret détermine en premier lieu les conditions de réalisation de l'étude préalable, devant comprendre :
 - Une présentation générale (caractéristiques du projet, équilibre économique, enjeux...)
 - La description des options de montages contractuels de la commande publique écartées et des options envisagées pour mettre en œuvre le projet
 - Une appréciation portant sur l'ensemble des avantages et inconvénients d'un tel dispositif par rapport aux autres options considérées
 - Ainsi que les conditions dans lesquelles l'organisme expert visé au IV de l'article 2 de la loi du 30 mars 2023 rend son avis sur cette étude
2. Ce décret fixe en deuxième lieu les conditions de réalisation de l'étude de soutenabilité budgétaire devant être mise en œuvre préalablement à la décision de recourir à ce type de contrat, laquelle doit prendre en compte l'ensemble des aspects financiers du projet (coût prévisionnel du contrat hors prise en compte des risques, le coût représenté du projet par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur, l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur...), ainsi que les conditions dans lesquelles le ministre du budget rend son avis sur cette étude.
3. Ce décret précise également les conditions de réalisation lorsque le projet résulte d'une mutualisation de projets relevant de plusieurs acheteurs.
4. Ce décret détermine en dernier lieu les autorités administratives auprès desquelles les services de l'Etat et de ses établissements publics doivent obtenir une autorisation préalable au lancement de la procédure d'attribution d'un tel contrat et une autorisation préalable à la signature de ces contrats.

5. Points d'attention restant à éclaircir dans l'attente d'un mode d'emploi plus précis qui est en préparation.

- **Quels sont les travaux pouvant être inclus dans l'enveloppe de ces MGP spécifiques ?**

Qu'en sera-t-il dans le cas d'une rénovation globale dépassant le cadre d'une stricte rénovation énergétique ? L'obligation de scinder une telle opération en plusieurs marchés engendrerait une complexité de passation et d'exécution difficilement acceptable pour un maître d'ouvrage et source de nombreuses difficultés.

- **Quelle interprétation fera le juge administratif de l'obligation faite de démontrer la pertinence du recours à ce type de marché par rapport à un MGP classique ?**

Il est donc important que le mode d'emploi attendu apporte des éléments de précision concernant le contenu de l'étude de faisabilité préalable qui permettront aux maîtres d'ouvrage de se prévaloir du respect de normes clairement définies.

Fiche rédigée par Jacques Fournier de Laurière, président honoraire de la Cour Administrative d'Appel de Paris, spécialiste du droit des contrats