

Guide d'utilisation du Clausier CPE

Sommaire

Partie I : Présentation du Clausier CPE FNCCR.....	4
1. Objectifs du Clausier CPE FNCCR	4
2. Champ d'application du Clausier CPE FNCCR.....	5
2.1. LES ACHETEURS PUBLICS : LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC DE NIVEAU TERRITORIAL.....	5
2.2. LA NATURE DES OPERATIONS : LA RENOVATION ENERGETIQUE DES BATIMENTS ET LEURS INSTALLATIONS TECHNIQUES, DANS LE CADRE D'UN CPE	5
2.3. LE VEHICULE CONTRACTUEL: LE MPGP.....	6
2.3.1. <i>Mission globale du Titulaire</i>	6
2.3.2. <i>Objectifs d'un MPGP</i>	7
2.3.3. <i>Durée du MPGP</i>	7
3. Contenu du Clausier CPE FNCCR.....	8
Partie II : Points clés des CPE.....	10
4. Origine des CPE.....	10
5. Définitions actuelles du CPE.....	10
6. Familles de CPE	11
7. Objectifs du CPE.....	12
8. Durée du CPE.....	13
9. Procédures de passation.....	13
10. Garantie de performance énergétique.....	14
10.1. SITUATION DE REFERENCE.....	15
10.2. PLAN DE MESURES ET VERIFICATIONS ET CAUSES D'AJUSTEMENT.....	16
10.3. TUNNEL DE NEUTRALISATION.....	17
10.4. CONSEQUENCES DE LA SOUS-PERFORMANCE : GARANTIE DE PERFORMANCE ÉNERGETIQUE.....	17
10.5. CONSEQUENCES DE LA SUR-PERFORMANCE : L'INTERESSEMENT	18
10.6. ACTIONS DE SENSIBILISATION DES OCCUPANTS ET DE FORMATION DES AGENTS TECHNIQUES	19
10.7. GARANTIE FINANCIERE DE LA GARANTIE DE PERFORMANCE ÉNERGETIQUE	19
10.8. RESILIATION POUR FAUTE DU TITULAIRE.....	19
10.8.1. <i>Hypothèses de résiliation pour faute</i>	19
10.8.2. <i>Conséquences de la résiliation pour faute</i>	20
11. CPE et dispositif éco énergie tertiaire	20
11.1. L'OBLIGATION DE REDUCTION DES CONSOMMATIONS D'ENERGIE FINALE DES BATIMENTS A USAGE TERTIAIRE : LE DISPOSITIF ECO-ENERGIE TERTIAIRE	20
11.2. ARTICULATION ENTRE LE DISPOSITIF ECO-ENERGIE TERTIAIRE ET LE CPE	21
11.3. PERIODE DE REFERENCE DU CPE ET ANNEE DE REFERENCE DU DISPOSITIF ECO ENERGIE TERTIAIRE (DECRET TERTIAIRE)	22
11.4. AJUSTEMENTS CPE ET AJUSTEMENTS DISPOSITIF ECO ENERGIE TERTIAIRE.....	22
Partie III - Organisation opérationnelle.....	23
12. Les intervenants du CPE.....	23
12.1. LE MAITRE D'OUVRAGE.....	23
12.2. L'ASSISTANT A MAITRISE D'OUVRAGE (AMO).....	23
12.3. LE TITULAIRE : LA SOCIETE DE SERVICES D'EFFICACITE ÉNERGETIQUE (SSEE).....	24
12.3.1. <i>Forme du Titulaire</i>	24

12.3.2. <i>Forme du groupement</i> :.....	25
12.3.3. <i>Capacités du Mandataire</i>	26
12.3.4. <i>Changement de Mandataire</i>	26
12.4. LA SOUS-TRAITANCE	26
13. Schéma fonctionnel de mise en œuvre d'un projet de CPE.....	27
14. Définir son projet : de l'inventaire du patrimoine à la définition des objectifs	28
14.1. ETAT DES LIEUX DU PATRIMOINE.....	28
14.2. SELECTIONNER LE OU LES SITES.....	29
14.3. AUDITS ENERGETIQUES ET PISTES D'AMELIORATION.....	29
14.4. DEFINIR LE NIVEAU DE PERFORMANCE A ATTEINDRE	29
Partie IV - Points d'attention particuliers	31
15. Inclure ou non la fourniture d'énergie dans le CPE ?.....	31
16. La valorisation des CEE.....	31
17. La bonification des CPE	32
18. Assurances du Maître d'ouvrage	33
19. Changement de réglementation	34
20. Traitement des autorisations administratives.....	35
21. Droit moral de l'architecte initial	35
22. Traitement contractuel de l'amiante.....	36
23. Délais d'exécution de la Phase de Conception-Réalisation.....	36
24. Pénalités.....	37
25. Contenu et caractère des prix du Marché.....	38
26. Décompte général et définitif.....	38
26.1. ENJEUX DE L'ETABLISSEMENT DU DECOMPTE GENERAL ET DEFINITIF.....	38
26.2. PARTICULARITES DU DECOMPTE D'UN MPGP.....	38
27. Réception des Actions de Rénovation et garanties.....	40
28. Durée et délais d'exécution de la Phase d'Exploitation-Maintenance.....	40
29. Compte GER.....	41
30. Insertion sociale	41
Index.....	42
Annexe : Groupe de travail.....	43

Partie I : Présentation du Clausier CPE FNCCR

1. Objectifs du Clausier CPE FNCCR

La Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) est lauréate du Programme CEE ACTEE (Action des collectivités territoriales pour l'efficacité énergétique) dont l'objectif est de rénover partiellement ou entièrement environ 50 000 bâtiments sur l'ensemble des AMI et sous-programmes spécifiques. Le programme ACTEE a pour ambition la rénovation du patrimoine public bâti grâce à une approche long terme et pluriannuelle et souhaite favoriser la mutualisation de collectivités de toute taille afin de connecter les territoires en impulsant des dynamiques locales d'efficacité énergétique et bas carbone.

Ce programme apporte aux collectivités un accompagnement financier pour la réalisation de démarches mutualisées d'efficacité énergétique dans le cadre des différents appels à manifestation d'intérêt. Le programme ACTEE développe depuis son lancement une bibliothèque d'outils ainsi qu'un centre de ressource à destination des collectivités. Ce soutien à destination des collectivités se matérialisera également par la mise en place d'une cellule de soutien dès janvier 2021 apportant aux collectivités l'ingénierie juridique et technique nécessaire à la réalisation de leurs projets.

A cet égard, la FNCCR a été chargée par la Direction Générale de l'Énergie et du Climat du Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, de mettre à jour, avec le cabinet LexCity avocats, le Clausier CPE FNCCR relatif au Contrat de Performance Énergétique publié en 2012 et de le rendre compatible avec les nouvelles règles et outils de la commande publique afin qu'il s'insère dans les nouveaux schémas financiers et organisations territoriale et vienne compléter les outils méthodologiques à destination des collectivités en matière de rénovation énergétique.

Coordonné par la FNCCR, un groupe de travail (« GT ») composé de collectivités, d'opérateurs de CPE et de représentants des entreprises¹ a permis d'engager et de discuter la production de nouvelles pièces de marché adaptées à ce nouveau cadre (le « Clausier CPE FNCCR ») : un cahier des clauses administratives générales (CCAG), un cahier des clauses administratives particulières (CCAP), des modèles d'avis d'appel public à la concurrence et règlement de consultation, ainsi que le présent guide d'utilisation.

Ce guide, ainsi que les modèles de documents, intégreront des focus et des recommandations afin d'accompagner les collectivités dans la mise en place de leurs contrats de performance énergétique (« CPE »). Le Clausier CPE FNCCR constitue un outil opérationnel permettant aux collectivités de faire émerger des projets de rénovation énergétique adaptés à leur territoire. Il a été construit afin que les collectivités de toute taille puissent s'en saisir pour leur projet de rénovation énergétique.

Enfin, ce travail a été réalisé en collaboration étroite avec l'ensemble des parties prenantes intéressées par ce projet. Les consultations qui ont été menées auprès de ces différents acteurs à travers plusieurs réunions du GT, des réunions spécifiques et des contributions écrites ; ces échanges ont largement contribué à construire un Clausier CPE FNCCR adapté aux enjeux de terrain tant du niveau des

¹ Cf. Composition du GT en annexe.

collectivités territoriales que des opérateurs privés. En outre, il convient de rappeler que la démarche initiée par ce groupe de travail intervient concomitamment aux travaux de refonte des différents CCAG portés par la Direction des Affaires Juridiques de Bercy.

2. Champ d'application du Clausier CPE FNCCR

2.1. Les acheteurs publics : les personnes morales de droit public de niveau territorial

Le Clausier CPE FNCCR s'adresse aux acheteurs publics ayant la nature de personnes morales de droit public au sens des articles L.1210-1 et suivants du Code de la commande publique, de niveau territorial :

- Les collectivités territoriales,
- Les établissements publics locaux,
- Les établissements publics de coopération intercommunales (EPCI) et les groupements de collectivités territoriales,
- Les mandataires des acteurs précités.

L'acheteur public pour le compte duquel les Actions de Rénovation² et le Bouquet d'Amélioration de la Performance sont exécutés, dans le cadre d'un MPGP, est qualifié de Maître d'ouvrage.

NB : 1) Le Clausier CPE FNCCR n'a pas été conçu pour les acheteurs personnes morales de droit privé (organismes privés d'habitations à loyer modéré ou associations par exemple).

2) Le Clausier CPE FNCCR n'a pas été conçu pour les acheteurs publics de niveau national (État, établissements publics nationaux).

2.2. La nature des opérations : la rénovation énergétique des Bâtiments et leurs Installations Techniques, dans le cadre d'un CPE

Le Clausier CPE FNCCR est applicable aux CPE, pour les projets et opérations de rénovation énergétique des Bâtiments et de leurs Installations Techniques.

NB : 1) Le Clausier CPE FNCCR pourra être appliqué aux secteurs de la santé en intégrant les spécificités afférentes dans le CCAP.

2) Le Clausier CPE FNCCR n'est pas applicable aux CPE en matière d'infrastructures et notamment d'éclairage public, qui répondent à une logique contractuelle substantielle différente.

3) Les besoins et la stratégie patrimoniale du Maître d'Ouvrage conduiront souvent à étendre le champ de la rénovation au-delà du champ de la pure performance énergétique. Le Maître d'Ouvrage peut ainsi concevoir son Marché comme un projet immobilier d'ensemble et prévoir, à titre complémentaire et accessoire, des Actions de Rénovation plus classiques des Bâtiments qui s'avèreraient nécessaires : l'adaptation des locaux aux besoins, l'amélioration du confort des occupants, la mise aux normes (par exemple en termes d'accessibilité), le traitement de la vétusté, la construction d'extensions (par exemple en surélévation d'un Bâtiment), etc. En effet, l'intervention sur un Bâtiment peut conduire, pour des raisons opérationnelles et financières évidentes, un Maître d'Ouvrage à souhaiter une intervention unique pour procéder à la fois au

² Les termes débutant par une majuscule sont ceux faisant l'objet d'une définition par l'article 2 du CCAG CPE.

Bouquet d'Amélioration de la Performance Énergétique et à la rénovation plus classique du Bâtiment qui en est l'objet lorsqu'elle est nécessaire. Cette logique est notamment destinée à minimiser la gêne résultant des chantiers à conduire en site occupé, ainsi qu'à mutualiser les coûts entre la rénovation énergétique et la rénovation classique.

2.3. Le véhicule contractuel: le MPGP

Différents types de véhicules contractuels peuvent être utilisés pour mettre en œuvre un CPE. Il peut notamment s'agir d'un marché public global de performance dit « MPGP » (Art. L.2171-3 du Code de la commande publique), ou d'un marché de partenariat (Art. L.2211-1 à L.2213-14 du Code de la commande publique).

NB : Les marchés de partenariat ne rentrent pas dans le cadre du présent Clausier CPE FNCCR, lesquels ont déjà fait l'objet d'un modèle type.

L'ensemble des pièces produites par le groupe de travail sont applicables dans le cadre d'un CPE conclu sous la forme d'un MPGP.

Un MPGP « associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables ».

2.3.1. Mission globale du Titulaire

Un MPGP permet de confier au titulaire une mission globale comprenant :

- soit la réalisation, l'exploitation ou la maintenance des prestations ;
- soit la conception-réalisation, l'exploitation ou la maintenance des prestations.

Le choix entre conception indépendante ou intégrée dépend de la nécessité de maîtriser la conception pour s'engager sur des performances à atteindre.

NB : Pour les CPE qui ne nécessitent pas de maîtrise d'œuvre spécifique ou obligatoire, la conception/maîtrise d'œuvre peut être internalisée par l'entreprise de travaux ou l'exploitant. Par exemple, la mise en œuvre d'un CPE Services³ ne suppose pas d'intégrer un architecte ou un bureau d'étude au sein du groupement titulaire.

En toute hypothèse, les MPGP dérogent de plein droit au principe d'allotissement et dispensent l'acheteur public de faire la démonstration des motifs d'ordre technique, financier, organisationnel ou concurrentiel qui autorisent en principe le recours au marché global. Lorsqu'ils comportent des travaux entrant dans le champ 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 (désormais codifiés au Code de la commande publique), les MPGP dérogent également au principe de dissociation des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur.

En revanche, l'acheteur public demeure maître d'ouvrage et assume ainsi les obligations et responsabilités attachées à cette qualité.

Enfin, les MPGP ne dérogent pas à la règle de l'interdiction du paiement différé ni à la règle de distinction de la rémunération des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance. Le paiement du titulaire est donc effectué par l'acheteur public sous forme

³ Sur les différentes familles de CPE, cf. 6. Familles de CPE ci-dessous.

d'avance, d'acomptes, puis de solde, au fur et à mesure de l'avancement des travaux ou de la réalisation des prestations. En outre, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performance mesurables fixés par le contrat pour toute sa durée.

2.3.2. Objectifs d'un MPGP

Le Code de la commande publique prévoit qu'un MPGP ne peut être conclu que pour atteindre des objectifs chiffrés de performance, définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique, et sous réserve que le marché comporte à cet égard des engagements de performance mesurables.

La nature des objectifs qui justifient le recours à un MPGP est très large, des lors néanmoins qu'il s'agisse d'objectifs dont l'atteinte par le Titulaire nécessite de maîtriser à la fois les prestations de conception-réalisation et les prestations d'exploitation-maintenance. La définition des objectifs doit donc être mise en corrélation avec la nature globale du contrat.

Par ailleurs, un MPGP peut intégrer à titre complémentaire et accessoire, comme tout marché public, des objectifs de performance non directement liés à sa nature globale.

Pour être opérant, un objectif de performance est nécessairement associé à :

- Une situation de référence ou « point zéro » décrivant les usages et caractéristiques de l'immeuble à l'entrée en vigueur du contrat et exprimant le comportement génétique de l'immeuble ;
- Un indicateur de performance mesurable avec son unité ;
- Un seuil de performance à atteindre ;
- Un délai ou une date ;
- Une durée d'engagement ;
- Une indemnisation en cas de non-atteinte de l'objectif de performance ;
- Un intéressement en cas de surperformance.

Lorsqu'il comporte des objectifs de performance énergétique garantis, un MPGP est qualifié de CPE. En effet, l'approche performancielle du MPGP s'adapte parfaitement aux caractéristiques d'un CPE. Les MPGP ont d'ailleurs été initialement conçus pour faciliter la passation des CPE sous forme de marché public conformément aux recommandations de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite « Loi Grenelle 1 »)

2.3.3. Durée du MPGP

L'engagement dans la durée est un élément important du MPGP. La durée d'un MPGP doit permettre à l'acheteur public de constater l'atteinte durable des Objectifs de Performance et de lier la rémunération du Titulaire au respect de ses engagements (Art. R.2171-2 du Code de la commande publique). Ainsi, une durée trop courte ne permettrait pas au Maître d'Ouvrage de bénéficier d'une garantie suffisante.

En outre, la durée d'un MPGP doit demeurer compatible avec la nécessité d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques exigée pour tout marché public. L'article L.2112-5 du Code de la commande publique dispose en effet que :

« La durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, dans des conditions prévues par décret en

Conseil d'État, sous réserve des dispositions du présent livre relatives à la durée maximale de certains marchés. »

Une trop longue durée peut par ailleurs s'avérer intrinsèquement problématique :

- plus la durée est longue et plus il sera difficile de se projeter dans le futur et les évolutions de l'usage du bâtiment, tant pour l'acheteur public que pour le titulaire, ce qui risque de conduire à des aléas, des incompréhensions et des conflits au cours de l'exécution du marché ;
- la fixation de durées excessives est susceptible de pénaliser certains opérateurs économiques et de fausser les conditions de la concurrence. On songe sur ce point plus particulièrement aux petites et moyennes entreprises, qui éprouveront davantage de difficultés à établir leur pérennité pendant une période longue de garantie des objectifs de performance.

3. Contenu du Clausier CPE FNCCR

Le groupe de travail a permis au Cabinet LexCity et à la FNCCR de produire le Clausier CPE FNCCR détaillé ci-dessous :

- Le présent guide d'utilisation : Le guide d'utilisation et les modèles de documents intégreront des focus et des recommandations pour accompagner la collectivité dans la mise en place des contrats CPE.
- Le CCAG CPE : La référence aux différents Cahiers des clauses administratives générales « CCAG » existants et approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés, classique en marchés publics, n'est pas adaptée pour les marchés publics globaux en général, et pour les marchés publics globaux de performance énergétique en particulier. Par exemple, le CCAG travaux est basé sur la dualité Maître d'Œuvre/entreprise qui n'a pas cours dans le cas des marchés intégrant conception et réalisation où les deux parties appartiennent au groupement titulaire.

La rédaction par la FNCCR du présent CCAG consacré aux CPE en MPGP et destiné aux acheteurs publics locaux, fournit une réponse à cette situation.

NB : par « CCAG CPE » est entendu le présent document regroupant les clauses administratives générales du Marché, incluses par le Maître d'Ouvrage dans les documents contractuels ; il ne constitue donc pas, au sens strict, un cahier des clauses administratives générales approuvé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés au sens de l'article R.2112-2 du Code de la commande publique.

- Un modèle d'AAPC (Avis d'appel public à la concurrence) applicable en procédure de dialogue compétitif
- Un modèle de RC (règlement de consultation) applicable en procédure de dialogue compétitif
- Un modèle d'AAPC applicable en procédure avec négociation
- Un modèle de RC applicable en procédure avec négociation
- Un modèle de CCAP CPE fondé sur le CCAG CPE : Le CCAP CPE complète le CCAG CPE afin de tenir compte des spécificités de chaque projet, ainsi que des usages de chaque Maître d'Ouvrage. Le CCAP CPE ne contient ainsi que les clauses spécifiques et renvoie au CCAG CPE pour les clauses banales, si bien que l'appareillage contractuel est considérablement simplifié. Sauf stipulations

d'ordre public, le CCAP peut apporter toutes dérogations aux stipulations du CCAG CPE. Il comporte alors une liste récapitulative des articles du CCAG CPE auxquels il est dérogé.

Partie II : Points clés des CPE

4. Origine des CPE

Les CPE sont aujourd'hui plus que jamais indispensables à la transition énergétique et détiennent une place centrale dans la réalisation des objectifs de réduction des consommations d'énergie. Les objectifs fixés par le dispositif éco-énergie tertiaire aux horizons 2030, 2040 et 2050 sont ambitieux, c'est pourquoi les collectivités territoriales et les EPCI doivent pouvoir disposer d'outils performants et opérationnels pour réaliser leurs missions.

Les CPE jouent donc un rôle clé dans la réussite des projets de rénovation énergétique menés par les acheteurs publics, et les collectivités territoriales en particulier. Portés dans un premier temps par les directives européennes de 2006, 2010 et 2012 puis transposés en droit français dans le cadre des lois POPE de 2005, Grenelle de 2009 et 2010, puis par la Loi de transition énergétique pour la croissance verte (LTECV) de 2015 et la loi ELAN de 2018, les CPE sont aujourd'hui un outil adapté aux collectivités souhaitant se lancer dans la rénovation énergétique de leur parc de bâtiments.

A cet égard, et au vu des évolutions des règles de la commande publique, des nouveaux schémas financiers existants et des évolutions de l'organisation territoriale, la mise à jour des pièces constitutives des CPE est aujourd'hui essentielle à leur bonne mise en œuvre. Dans ce contexte, la FNCCR, accompagnée par le Cabinet LexCity avocats a donc engagé la mise à jour du clausier CPE de 2012.

5. Définitions actuelles du CPE

Dans le champ de la commande publique, un CPE peut être défini comme « *tout contrat conclu entre un acheteur public et une société de services d'efficacité énergétique visant à garantir, par rapport à une situation de référence contractuelle, l'amélioration de la performance énergétique d'un bâtiment ou d'un parc de bâtiments, vérifiée et mesurée dans la durée, par un investissement dans des travaux, fournitures ou services* » (O. Ortega, Les contrats de performance énergétique, Doc. fr., 2011). Peuvent être considérées comme agissant en qualité de « *sociétés de services d'efficacité énergétique* » (SSEE), « *toute entreprise, quel que soit son secteur principal d'activité, intervenant comme cocontractante d'un acheteur public et qui met en œuvre des travaux, fournitures ou services visant à réduire les consommations d'énergie dans le cadre d'un CPE* » (O. Ortega, *op. cit.*).

Cette définition du CPE s'inscrit en étroite cohérence avec celle issue de l'arrêté modifié du 29 décembre 2014, spécifique au dispositif des certificats d'économies d'énergie :

« *Un contrat de performance énergétique (CPE) est un contrat conclu entre un donneur d'ordre et une société de services d'efficacité énergétique visant à garantir une diminution des consommations énergétiques du maître d'ouvrage, vérifiée et mesurée par rapport à une situation de référence contractuelle, sur une période de temps donnée grâce à un investissement dans des travaux, fournitures ou prestations de services. En cas de non atteinte des objectifs du contrat, celui-ci prévoit des pénalités financières.* »

6. Familles de CPE

Derrière une définition commune, il existe différentes familles de CPE. Cette variété met à la disposition des acheteurs publics une palette de solutions qu'ils pourront retenir en fonction de l'état du bâtiment ou du parc concerné, de leur projet technique, de leurs ressources financières et des temps de retour sur investissement qu'ils attendent, etc.

Dans le Clausier CPE FNCCR, l'expression « Bouquet d'Amélioration de la Performance » désigne l'ensemble des prestations de travaux, fournitures et services conçus et mis en œuvre par le Titulaire pour atteindre les Objectifs de Performance. Les « Actions de Rénovation » désignent, au sein du Bouquet d'Amélioration de la Performance, l'ensemble des investissements conçus et réalisés par le Titulaire en début de contrat, avant les Périodes de Suivi : i) des prestations de fourniture et pose des Installations Techniques et/ou ii) des travaux sur le bâti.

On distingue habituellement quatre grandes catégories de CPE, en fonction de la nature et du type d'investissements réalisés en début de contrat, c'est-à-dire en fonction des Actions de Rénovation.

Toutes les combinaisons entre les éléments de ces familles sont également possibles et laissées au libre choix de l'acheteur. La classification retenue est alors fonction des investissements principaux mis en œuvre.

Ces quatre familles, classées par degré croissant d'ambition énergétique et de coût, sont les suivantes :

- Les CPE « Fournitures et Services » qui couvrent deux catégories, selon le type d'Installations Techniques fournis :
 - les CPE fondés sur l'évolution (remplacement, complément, amélioration) des équipements et systèmes de gestion, de régulation et de pilotage énergétiques du bâtiment ;
NB : Ce type de CPE est habituellement considéré comme permettant de réduire de 5 à 10% les consommations énergétiques du bâtiment, pour un investissement initial relativement faible ; le temps de retour est de ces investissements estimé dans une fourchette de 1 à 5 ans) ;
 - les CPE fondés sur l'évolution (remplacement, complément, amélioration) des équipements et systèmes de production, de distribution, de diffusion ou d'équipements consommateurs d'énergie dans le bâtiment ;
NB : Ce type de CPE est habituellement considéré comme permettant de réduire de 10 à 20% les consommations énergétiques du bâtiment pour un temps de retour estimé entre 10 et 12 ans ;
- les CPE « Travaux et Services » mettant en œuvre des travaux sur l'enveloppe même du bâtiment ; Cette famille regroupe les contrats qui visent principalement les travaux sur le bâti (ex : étanchéité du bâtiment).
NB : Ce type de CPE est habituellement considéré comme permettant de réduire les consommations énergétiques du bâtiment de 20% au moins, pour un temps de retour de plus de 15 ans. Compte tenu du coût des travaux, ces contrats ne peuvent habituellement pas être financés uniquement par les économies d'énergie réalisées.
- les CPE « Globaux » combinant l'ensemble des solutions précédentes. Cette famille fait appel à des compétences transversales ainsi qu'à l'ensemble des solutions de rénovation énergétique des différents CPE précités. Généralement, les entreprises doivent s'organiser en groupements pour porter ce type de CPE.

En toute hypothèse, chaque famille de CPE confie **nécessairement** au Titulaire :

- La conception du Bouquet d'amélioration de la performance énergétique (études techniques permettant d'élaborer le Bouquet d'Amélioration de la Performance Énergétique et mission de maîtrise d'œuvre le cas échéant). Par exception, certains CPE ne confient pas de mission de conception au Titulaire ;
- L'exploitation, la maintenance et le gros entretien et renouvellement pendant la durée du contrat ;
- Le suivi et le pilotage de l'amélioration de la Performance Énergétique des Bâiments, notamment en s'appuyant notamment sur la mise en œuvre d'un Plan de Mesures et de Vérifications ;
- Une dimension comportementale de sensibilisation des usagers et de formation des agents techniques à une utilisation éco-responsable du bâtiment. Par exception, certains CPE ne confient pas de mission de sensibilisation et de formation au Titulaire.

Selon le Code de la commande publique (Art. L.1111-5), les CPE constituent donc des marchés publics à objet « mixte » (services, fournitures et/ou travaux).

L'Observatoire des CPE, lancé par l'Ademe, le Cerema et le CSTB, recense également plusieurs catégories de CPE (https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/ocpe_chiffres-cles_n2.pdf):

- une catégorie « CPE services » correspondant à des actions d'optimisation et d'exploitation des systèmes dites « à faible investissement » visant la gestion, la régulation et l'optimisation en exploitation des équipements énergétiques,
- une catégorie « CPE systèmes » correspondant à des actions d'optimisation et d'exploitation réunies avec des travaux portant uniquement sur les systèmes,
- et une dernière catégorie « CPE globaux » correspondant à des rénovations globales associant travaux sur le bâti, travaux sur les systèmes énergétiques et actions d'optimisation et d'exploitation.

7. Objectifs du CPE

Dans le cadre d'un CPE, le Titulaire s'engage à atteindre les objectifs de performance suivants :

- A titre principal et *a minima*, un Objectif de Performance Énergétique « Réelle ».
- Éventuellement, à titre complémentaire, un Objectif de Performance Énergétique « Conventionnelle ».

NB : Par définition, un CPE consiste à proposer au Maître d'Ouvrage une garantie sur un niveau de consommations énergétiques réelles, contrairement à la situation habituelle dans laquelle le cocontractant s'engage seulement sur une performance énergétique conventionnelle souvent déconnectée des consommations effectivement constatées.

Ces deux dimensions de la performance énergétique – performance réelle et performance conventionnelle – peuvent toutefois être envisagées de façon complémentaire pour des bâtiments publics, l'une n'ayant pas par principe vocation à se substituer à l'autre. Par conséquent, il est fréquemment demandé au Titulaire d'un CPE de concevoir ses Action d'Amélioration de la Performance Énergétique de façon à atteindre une performance énergétique réelle et une performance conventionnelle des bâtiments (exemple obtention d'une certification).

- Éventuellement, à titre complémentaire, un ou des Objectifs de Performance Environnementale.
En effet, le Maître d’Ouvrage qui initie le Marché a généralement une vision plus vaste de la question énergétique, au-delà de la seule performance énergétique. Il peut ainsi être demandé au Titulaire de travailler sur la performance environnementale du ou des Bâtimens objets du Marché⁴ :
 - soit en s’engageant à produire de l’énergie à partir de sources renouvelables ou de récupération : photovoltaïque, biomasse, géothermie, déchets, etc. ;
 - soit en s’engageant à réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) par rapport à la Situation de Référence ;
 - soit en s’engageant sur un objectif relatif à la qualité de l’air intérieur.
- Éventuellement, à titre complémentaire, un ou des objectifs en termes de niveau d’activité (par exemple rationalisation des espaces occupés) et/ou de qualité de service.
- Éventuellement, à titre complémentaire, un ou des objectifs non spécifiquement liés à la nature globale du marché (par exemple des objectifs de performance au stade de la réception des Actions de Rénovation).

8. Durée du CPE

Les CPE pourront être conclus pour des durées assez longues s’ils comportent des Objectifs de Performance ambitieux dont il conviendra de vérifier et sanctionner l’atteinte ou la non atteinte sur une durée conséquente, proportionnelle aux enjeux du Marché.

En revanche, dès lors qu’ils incorporent une dimension travaux importante et génèrent structurellement un niveau d’investissement élevé, ces CPE ne sont que très peu aptes à être autofinancés au moyen des seules économies d’énergie sur la durée du marché, en l’état du prix des énergies. Ils apportent toutefois une amélioration incontestable de la valeur des Bâtimens qui doit être prise en considération : rénover ou améliorer un Bâtiment suscite mécaniquement une augmentation de la valeur de celui-ci dès lors que ces travaux le remettent à niveau et effacent une partie de sa dépréciation résultant de l’écoulement du temps. En d’autres termes, ces MPGP participent d’une stratégie patrimoniale plus large que la seule performance énergétique.

9. Procédures de passation

Selon l’article R.2171-15 du Code de la commande publique, lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs passent leurs marchés globaux de performance selon l’une des procédures mentionnées aux articles R.2124-2 à R.2124-5 du Code de la commande publique :

- Appel d’offres ouvert ou restreint ;
- Procédure avec négociation ;
- Dialogue compétitif.

⁴ Liste indicative, non limitative

En particulier, le choix entre ces différentes procédures peut être librement déterminé :

- « Lorsque le marché comporte des prestations de conception » au sens de l'article R.2124-3 du Code de la commande publique ;
- « Lorsque le marché 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 ».

La procédure de dialogue compétitif est régie par les articles L.2124-4 et R.2161-24 à R.2161-31 du Code de la commande publique. Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle le Pouvoir Adjudicateur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats au dialogue sont invités à remettre une offre. Il permet à la fois au Maître d'Ouvrage de finaliser son programme et aux participants de proposer des solutions innovantes et adéquates, dans le cadre d'une discussion juridiquement sécurisée.

La procédure avec négociation régie par les articles des articles L.2124-3, R.2124-3 et R.2124-4, et R.2161-12 à R.2161-23 du Code de la commande publique, est la procédure par laquelle un Maître d'Ouvrage négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Le Maître d'Ouvrage indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

La procédure de dialogue compétitif et la procédure avec négociation sont particulièrement pertinentes en marché global. En effet, la discussion doit notamment permettre au Maître d'Ouvrage et aux participants :

- de définir, discuter et adapter les prescriptions techniques concernant les Actions de Rénovation et le Bouquet d'Amélioration de la Performance Énergétique à mettre en œuvre pour répondre aux besoins du Maître d'Ouvrage ;
- d'arrêter les caractéristiques et performances des Bâtiements au jour de l'entrée en vigueur du Marché, pour les opérations de réhabilitation/réutilisation ;
- d'optimiser, répartir et sécuriser les risques d'interface (surcoûts, délais) entre la phase de conception et la phase de réalisation.

En revanche, le recours à une procédure d'appel d'offres, par définition sans discussion avec les candidats, risque au contraire de ne pas permettre à la concurrence de s'exprimer pleinement, ou de susciter des offres économiquement non maîtrisées.

Le dialogue compétitif et la procédure avec négociation peuvent être conçus de façon très proche, car les modalités de négociation et de dialogue sont définies librement par le Maître d'Ouvrage. Il est toutefois recommandé de privilégier le dialogue compétitif dans les hypothèses où le Maître d'Ouvrage est dans l'impossibilité de définir les moyens et les solutions techniques, juridiques et financières aptes à satisfaire ses besoins. Dans la procédure avec négociation, le projet du Maître d'Ouvrage est plus abouti ; la discussion est moins centrée sur les besoins du Maître d'Ouvrage et davantage sur les offres des soumissionnaires.

10. Garantie de performance énergétique

10.1. Situation de Référence

La Situation de Référence constitue le point « zéro » du contrat, c'est-à-dire l'état du Bâtiment ou du parc de Bâtiments, au regard de sa Performance Énergétique, avant la réalisation du Bouquet d'Amélioration de la Performance Énergétique prévu par le Marché.

Cette Situation de Référence vise à décrire, d'une part, les conditions d'usage et d'utilisation du Bâtiment ou du parc de Bâtiments et contient notamment :

- les plans ;
- l'usage du bâtiment ou du parc de bâtiments (logements, bureaux, commerces, établissements d'enseignement, centres techniques, ...) ;
- les surfaces chauffées et/ou refroidies ;
- les jours et horaires d'ouverture ;
- le niveau de degrés jours unifiés (DJU) utilisés contractuellement comme référence moyenne ;
- les sources de production d'énergie ;
- les Installations Techniques.

La Situation de Référence exprime, d'autre part, les consommations d'énergie observées sur une période historique représentative correspondant réellement à l'usage normal du Bâtiment ou du parc de Bâtiments (généralement de l'ordre de trois à dix ans), et éventuellement corrigées de tout facteur externe ayant un impact significatif sur la consommation énergétique.

La Situation de Référence est établie par le Maître d'Ouvrage et figure dans le Programme Fonctionnel remis aux candidats pour qu'ils préparent leurs propositions initiales. Elle est, le cas échéant, discutée entre les Parties pendant la phase de dialogue et de négociation, puis finalisée dans le dossier de demande des offres finales (DDOF) et contractualisée.

Cette définition de la Situation de Référence s'inscrit en étroite cohérence avec celle issue de l'arrêté modifié du 29 décembre 2014, spécifique au dispositif des certificats d'économies d'énergie :

« 1. La situation de référence permet de déterminer la consommation de référence pour le suivi de la performance énergétique des installations couvertes par le contrat.

Elle tient compte des consommations historiques corrigées de tout facteur externe ayant un impact significatif sur la consommation. L'effet de ces facteurs est jugé à l'aide d'indicateurs pertinents au regard des postes de consommation visés par le contrat.

La période de référence couvre au minimum trois années calendaires consécutives et récentes précédant la signature du contrat et est représentative de l'utilisation normale du poste de consommation. La période de référence peut être réduite à une ou deux années lorsque seules celles-ci sont représentatives.

La situation de référence est également ajustée en fonction des opérations d'amélioration énergétique qui auraient été mises en œuvre entre la période de référence et la période du contrat, ou pendant la période du contrat et qui ne sont pas comprises dans celui-ci. Pour cela, le maître d'ouvrage s'engage à informer le contractant des travaux récemment réalisés, en cours, ou envisagés. Si ceux-ci sont envisagés après le début du contrat, celui-ci doit faire l'objet d'un avenant pour modifier la situation de référence.

La consommation de référence retenue est dans tous les cas inférieure ou égale à la consommation historique moyenne sur la période de référence et corrigée des facteurs ayant une incidence sur la consommation visée. La consommation d'énergie de référence est exprimée en kWh/ an et est déterminée selon la méthode la plus appropriée pour le poste de consommation concerné. »

Enfin, la « Situation de Référence » est corrélée, sans être nécessairement identique, de la « consommation énergétique de référence » mentionnée au 1° du I de l'article L.111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation (Décret tertiaire – Dispositif éco-énergie tertiaire).

10.2. Plan de Mesures et Vérifications et Causes d'Ajustement

Le Plan de Mesures et Vérifications (« PMV ») de la performance énergétique est l'arbitre du CPE. Il définit la méthodologie employée pour vérifier l'atteinte des performances garanties.

Le Plan de Mesures et Vérifications doit être partagé par les deux Parties et identifier de manière explicite les limites de l'engagement du Titulaire, de sorte à réduire les risques de litige entre les cocontractants. Le Plan de Mesures et Vérifications est généralement élaboré dans l'offre du Titulaire, selon les exigences formulées par le Maître d'Ouvrage dans son Programme Fonctionnel.

Le protocole IPMVP (« International Performance Measurement and Verification Protocol ») sert, en l'état, de protocole méthodologique de mesures pour la plupart des acteurs du marché. L'IPMVP introduit un lexique et un niveau de rigueur satisfaisant dans l'élaboration d'un Plan de Mesures et de Vérifications.

Conclure un CPE ne peut toutefois pas signifier de diminuer pour le Maître d'Ouvrage l'évolutivité de son bâtiment : l'immeuble doit pouvoir être adapté aux besoins et contraintes des utilisateurs ou aux nouveaux besoins du Maître d'Ouvrage lui-même.

En conséquence, le Plan de Mesures et de Vérifications prévoit, de façon limitative, les cas dans lesquels l'Objectif de Performance Énergétique Réel est ajusté pour tenir compte des modifications des données et conditions fixées dans la Situation de Référence (« Causes d'Ajustement »). Deux types de Causes d'Ajustement doivent être envisagées dans le contrat : les ajustements récurrents et les ajustements exceptionnels.

D'une part, des ajustements annuels doivent être prévus dans des cas limitativement énumérés par le contrat. Ces ajustements s'appuient sur la batterie de facteurs techniques ayant servi à construire la Situation de Référence. Ils donnent lieu à application de formules mathématiques d'ajustement et n'appellent pas, par principe, de renégociation entre les Parties.

Dans le cadre de l'IPMVP, ces causes d'ajustement sont désignées sous le terme de « variables périodiques » (ou variables indépendantes) et définies comme « les paramètres indépendants (des variations d'un autre paramètre) censés varier régulièrement et qui ont un impact mesurable sur la consommation d'énergie d'un système ou d'un site ».

Dans la pratique, deux à trois variables d'ajustement essentielles sont généralement retenues et considérées comme suffisantes.

À titre d'exemple, les variables périodiques ci-dessous sont couramment utilisées dans les projets :

- DJU/Conditions climatiques ;
- nombre d'occupants/fréquentation ;
- consommation d'eau chaude sanitaire ;

- nombre d’heures d’éclairage ;
- heure d’occupation ;
- nombre de jours ouvrés ;
- nombre de jours de réduit ;
- nombre de jours de grand réduit ;
- ensoleillement ;
- température de consigne intérieure.

D’autre part, la vie du bâtiment peut conduire à des modifications des conditions d’utilisation de façon plus ponctuelles ou exceptionnelles. Le Maître d’Ouvrage peut également être conduit à modifier l’usage même de son bâtiment, c’est-à-dire sa destination et ses fonctionnalités.

Certaines modifications peuvent avoir pour effet de d’altérer ou d’améliorer les performances énergétiques garanties par le Titulaire. Un ajustement des objectifs contractuels doit alors être envisagé dans une approche pragmatique, généralement dans le cadre d’une clause de rencontre destinée à permettre la conclusion d’un avenant.

Dans le cadre de l’IPMVP, ces causes d’ajustement sont désignées sous le terme de « facteurs statiques » et définies comme étant les « caractéristiques d’un site affectant la consommation d’énergie, dans le périmètre de mesure sélectionné, mais qui ne servent pas comme base d’ajustements aux ajustements périodiques. Ils se composent de caractéristiques fixes, environnementales, de fonctionnement et de maintenance. Ils peuvent être constants ou variables » .

10.3. Tunnel de Neutralisation

Le CCAG CPE prévoit un tunnel de neutralisation de quelques % avant que la mise en jeu de la Garantie de Performance Énergétique ne débouche sur la réparation par le Titulaire ou sur son intéressement.

Ce tunnel de neutralisation a pour objectif de tenir compte de l’incertitude de la mesure technique, de simplifier le suivi et la sanction de la performance énergétique dans la durée, sans remettre en cause le principe de la réparation intégrale.

10.4. Conséquences de la sous-performance : Garantie de Performance Énergétique

L’obligation essentielle du Titulaire est de « garantir » la baisse des consommations d’énergie.

La Garantie de Performance Énergétique consiste pour le Titulaire à indemniser le Maître d’Ouvrage de la totalité du préjudice subi pour toute surconsommation par rapport à l’objectif contractuel.

La mise en jeu de la Garantie de Performance Énergétique prend *a minima* la forme d’une réparation « en numéraire », par le versement d’une indemnité établie sur la base d’un calcul du type :

$$I_{GPE} = \overline{Plu} * (Em - Eca)$$

Avec :

\overline{Plu} = Prix unitaire TTC du MWh (prix total des factures énergétiques concernées, hors part abonnement, divisé par les consommations) moyen sur la Période de Suivi considérée, sauf lorsque les documents particuliers du Marché fixent une autre référence de prix ;

I_{GPE} = Montant en euros de l'indemnité due en application de la Garantie de Performance Énergétique sur la Période de Suivi ;

E_m = quantité d'énergie effectivement consommée et mesurée sur la Période de Suivi (n_i), selon la méthode définie dans le Plan de Mesures et de Vérifications (en MWh) ;

E_{ca} = quantité d'énergie E_c ajustée pour tenir compte des variations au cours de la Période de Suivi (n_i) des conditions fixées dans la Situation de Référence.

Le Titulaire doit ainsi verser au Maître d'Ouvrage une indemnité correspondant à l'équivalent économique de l'écart entre la performance contractuellement fixée et la performance effectivement constatée, toutes choses égales par ailleurs. Cette indemnisation annuelle des surconsommations n'a pas vocation à être plafonnée afin de donner son plein effet à l'obligation de résultat du Titulaire.

A titre complémentaire ou alternatif, les documents particuliers du Marché peuvent prévoir une réparation « en nature », c'est-à-dire la reprise du Bouquet d'Amélioration de la Performance exécuté et/ou des actions complémentaires, financées par le Titulaire et destinées à permettre l'atteinte effective (ou à défaut s'en rapprocher) de l'objectif contractuel, pour la durée restant à courir du Marché et au-delà pour la durée de vie des Bâtiements.

Cette réparation en nature permet de couvrir le préjudice complémentaire du Maître d'Ouvrage, notamment en cas de surconsommation excessive, au-delà du seul préjudice financier lié à la surconsommation. En effet, ce qui constitue le motif déterminant ayant conduit le Maître d'Ouvrage à s'engager et investir dans un CPE est bien la diminution effective des consommations énergétiques, et non pas la réalisation de travaux, la fourniture de biens ou la prestation de services.

Ainsi, cette réparation en nature se justifie notamment lorsque l'investissement initial est significatif, ou encore lorsque l'atteinte effective de l'Objectif d'Amélioration de la Performance Énergétique constitue un enjeu politique majeur ou un engagement incontournable auprès des usagers.

Par dérogation au principe de réparation intégrale, cette réparation en nature doit néanmoins être plafonnée afin de respecter l'équilibre financier du contrat entre les Parties et responsabiliser le Maître d'Ouvrage qui a *in fine* approuvé le Bouquet d'Amélioration de la Performance en choisissant le Titulaire.

La réparation en nature peut être « alternative » au paiement d'une indemnité afin de donner un peu de souplesse au Titulaire qui dispose d'un moyen d'action pour rectifier la surconsommation.

Lorsque les caractéristiques du Marché le justifient, la réparation en nature peut être « complémentaire » au paiement d'une indemnité lorsque la surconsommation apparaît excessive. Le(s) seuil(s) quantitatifs et temporels de déclenchement, ainsi que le plafonnement de cette réparation en nature complémentaire doivent être fixés au cas par cas par les documents particuliers du Marché (en fonction de l'ambition de l'opération, du montant des Actions de Rénovation, des risques portés par les Parties, etc.).

10.5. Conséquences de la sur-performance : l'intéressement

En cas de sur-performance, un bonus ou intéressement mérite d'être versé à l'opérateur.

La clé de répartition de l'intéressement du Titulaire à la surperformance est classiquement fixée à 50% pour le Titulaire et 50% pour le Maître d'Ouvrage. Un partage différent peut être mis en place pour tenir compte des particularités de chaque projet (place de l'occupant des locaux s'il est différent du Maître d'Ouvrage lui-même, rôle spécifique de l'opérateur, ...).

Il est également possible de prévoir des seuils de l'intéressement en fonction du pourcentage de dépassement de l'Objectif de Performance Énergétique Réelle.

10.6. Actions de sensibilisation des occupants et de formation des agents techniques

Afin de donner sa pleine portée aux missions permettant d'améliorer la performance énergétique des Bâtiments, il est recommandé de charger le Titulaire d'une mission de sensibilisation des occupants et de formation des agents techniques, accompagnant les Actions de Rénovation et l'exploitation-maintenance des Installations Techniques.

Dans la plupart des cas, le Maître d'Ouvrage invite les candidats, dans le cadre de la consultation, à proposer une démarche de sensibilisation et de formation et évalue la pertinence de cette démarche grâce à un sous-critère d'attribution dédié. Les exigences du Maître d'Ouvrage relatives à cette action de sensibilisation et de formation sont prévues au Programme Fonctionnel. Selon les projets et les attentes du Maître d'Ouvrage, une plus ou moins grande latitude peut donc être laissée aux candidats.

Le Maître d'Ouvrage peut également choisir de fixer le contenu de l'action de sensibilisation et dans les documents de la consultation, sans la soumettre aux propositions des candidats, les missions s'imposant alors au Titulaire telles que décrites au Programme Fonctionnel.

Il est pertinent de démarrer les actions de formation et de sensibilisation dès le démarrage du Marché, afin que les agents et usagers soient correctement préparés aux changements et de ne pas perdre de temps sur la Période de Neutralisation.

10.7. Garantie financière de la Garantie de Performance Énergétique

Selon l'article L.2191-7 du Code de la commande publique, « *les marchés publics peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire* ».

Pris en application de cette disposition, l'article R.2191-43 du Code de la commande publique précise que « *Le marché peut prévoir d'autres garanties que celle prévues à la sous-section 1 pour l'exécution d'un engagement particulier* ».

Est par la même envisageable la mise en place d'une garantie financière (garantie autonome à première demande, cautionnement, etc.) – destinée à garantir le Maître d'Ouvrage contre tout défaut de paiement de la Garantie de Performance Énergétique, le Maître d'Ouvrage pouvant alors actionner le garant plutôt que le Titulaire lui-même pour recouvrer les sommes qui lui sont dues.

Cette possibilité offerte au Maître d'Ouvrage s'ajoute à la faculté qu'on les personnes publiques de recouvrer ses créances par l'émission d'un titre de recettes exécutoire, dont il est toutefois admis de longue date que tout recours contre lui en suspend l'exécution.

10.8. Résiliation pour faute du Titulaire

10.8.1. Hypothèses de résiliation pour faute

Aux cas de résiliation pour faute du Titulaire classiques d'un marché public, et figurant au CCAG Travaux et au CCAG FCS, il convient d'ajouter des cas spécifiques au MPGP et au CPE.

Ainsi, ces cas spécifiques de résiliation formalisent la possibilité pour le Maître d'Ouvrage de résilier le Marché aux torts du Titulaire si celui-ci méconnaît de manière grave et récurrente les engagements qu'il contracte et qui font l'essence du MPGP, à savoir les Objectifs de Performance et le Niveau de Service Contractuel qui les accompagne.

10.8.2. Conséquences de la résiliation pour faute

Le CCAG CPE prévoit une indemnité qui est le pendant de la Garantie de Performance Énergétique.

Elle consiste à mettre à la charge du Titulaire, en cas de résiliation pour faute, une indemnité visant à compenser la perte de la Garantie de Performance Énergétique dont il aurait été redevable envers le Maître d'Ouvrage jusqu'à la fin du Marché, si celui-ci n'avait pas été résilié de manière anticipée.

Pour ce faire, l'indemnité est calculée sur la base des surconsommations constatées au cours de l'exécution du Marché, jusqu'à sa résiliation, surconsommations dont il est calculé la moyenne. L'indemnité est égale à la surconsommation moyenne, multipliée par le prix de l'énergie au moment de la résiliation. En d'autres termes, le Titulaire indemnise le Maître d'Ouvrage comme si ce dernier avait bénéficié de la Garantie de Performance Énergétique jusqu'à la fin du Marché, pour une surconsommation moyenne se répétant pour chaque Période de Suivi jusqu'à la fin du Marché.

A contrario, en l'absence de surconsommation moyenne au moment de la résiliation, le Titulaire n'est redevable d'aucune indemnité.

Ce mécanisme d'indemnité spécifique peut être adapté si les documents particuliers du Marché prévoient une réparation en nature au titre de la de la Garantie de Performance Énergétique.

L'objectif de ce mécanisme d'indemnité spécifique est de s'assurer que la résiliation pour faute ne soit pas plus favorable au Titulaire que la poursuite du Marché et l'exécution de ses engagements de performance énergétique.

11. CPE et dispositif éco énergie tertiaire

11.1. L'obligation de réduction des consommations d'énergie finale des bâtiments à usage tertiaire : le dispositif éco-énergie tertiaire

– Obligation de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire :

La loi Grenelle 2 a posé en 2010 le principe de l'obligation d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments existants à usage tertiaire.

L'article L.111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation, dans sa version en vigueur au 1^{er} janvier 2021, prévoit notamment :

- le champ d'application de l'obligation qui pèse sur tout bâtiment, partie de bâtiment ou ensemble de bâtiments du parc tertiaire,
- l'option entre le respect soit d'un niveau de consommation d'énergie finale fixé en valeur absolue, soit d'un niveau de consommation d'énergie finale réduit, respectivement, de 40 %, 50 % et 60 % par rapport à une consommation énergétique de référence qui ne peut être antérieure à 2010.

Le décret n°2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire a été pris en application de ces dispositions législatives. Il a fait l'objet d'un arrêté dit « Méthodes » en date du 10 avril 2020 et d'un premier arrêté modificatif relatif aux valeurs absolues en date du 24 novembre 2020.

– Modulation des objectifs :

Ces objectifs peuvent être modulés en fonction :

- De contraintes techniques, architecturales ou patrimoniales relatives aux bâtiments concernés,
 - D'un changement de l'activité exercée dans ces bâtiments ou du volume de cette activité,
 - De coûts manifestement disproportionnés des actions par rapport aux avantages attendus en termes de consommation d'énergie finale.
- Coopération entre propriétaires et preneurs :

La loi pose le principe selon lequel les propriétaires et les preneurs à bail sont soumis à l'obligation pour les actions qui relèvent de leurs responsabilités respectives en raison des dispositions contractuelles régissant leurs relations.

Elle impose ainsi une coopération entre ces deux acteurs, dès lors que bailleurs et preneurs doivent définir ensemble les actions destinées à respecter cette obligation et mettent en œuvre les moyens correspondants chacun en ce qui les concerne.

L'annexe environnementale au bail, codifiée aux l'article L.125-9 et D.137-1 à D.137-3 du Code de l'environnement, contient, s'agissant du volet énergétique, d'une part la liste, le descriptif complet ainsi que les caractéristiques énergétiques des équipements existants dans le bâtiment et relatifs au traitement des déchets, au chauffage, au refroidissement, à la ventilation et à l'éclairage ainsi qu'à tout autre système lié aux spécificités du bâtiment et, d'autre part, les consommations annuelles énergétiques réelles des équipements et systèmes dont il a l'exploitation ;

11.2. Articulation entre le dispositif éco-énergie tertiaire et le CPE

Le dispositif éco-énergie tertiaire exprime l'obligation de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire et aménage les conditions et modalités de mise en œuvre de cette obligation (modulation, soutenabilité financière, ...).

Le CPE constitue l'un des outils les plus efficaces de mise en œuvre opérationnelle de l'obligation du dispositif éco-énergie tertiaire applicable à tel ou tel bâtiment.

Les règles et paramètres du dispositif éco-énergie tertiaire et du CPE n'ont donc pas vocation à être strictement identiques même si elles poursuivent un objectif commun :

- Le dispositif éco-énergie tertiaire s'applique aux seuls propriétaires et preneurs alors que le CPE organise les relations entre le maître d'ouvrage d'une part et le Titulaire du CPE d'autre part,
- Le CPE, qui s'inscrit dans la trajectoire du dispositif éco-énergie tertiaire peut porter sur une période plus courte et ne pas assurer, en une seule fois, l'intégralité de la réduction légale des consommations énergétiques pour la période concernée,
- Le CPE met en place un appareillage contractuel très détaillé que l'obligation légale et réglementaire ne décrit pas (ce qui est normal),
- Le CPE peut s'appliquer à des bâtiments soustraits à l'obligation de réduction de la consommation d'énergie finale,
- ...

NB : L'analyse de la GPE doit être conduite de manière attentive avec le choix, par rapport aux objectifs portés le dispositif Eco-Energie Tertiaire, d'une approche en valeur absolu ou en valeur relative »

11.3. Période de référence du CPE et année de référence du dispositif éco énergie tertiaire (décret tertiaire)

La période de référence du CPE désigne la période historique représentative permettant d'établir la Situation de Référence, c'est-à-dire la Performance Énergétique des Bâtimens à la Date d'Entrée en Vigueur du CPE. Dans le cadre du dispositif éco énergie tertiaire, l'année de référence est choisie plus librement par la maîtrise d'ouvrage, sans être antérieure à 2010. Elle fait l'objet d'un choix stratégique en vue de l'atteinte des objectifs du dispositif éco-énergie tertiaire.

Ces références sont corrélées sans être nécessairement identiques.

11.4. Ajustements CPE et Ajustements dispositif éco énergie tertiaire

L'ajustement des données de consommations en fonction des variations climatiques permis dans le cadre du dispositif éco énergie tertiaire figure systématiquement dans le Plan de Mesures et de Vérifications d'un CPE.

Le CPE fait l'objet de Causes d'Ajustement spécifiques, généralement plus larges que les seules variations climatiques. Le Plan de Mesures et de Vérifications prévoit, de façon limitative, les cas dans lesquels l'Objectif de Performance Énergétique Réel est ajusté pour tenir compte des modifications des données et conditions fixées dans la Situation de Référence.

Partie III - Organisation opérationnelle

La rénovation énergétique du patrimoine des collectivités constitue un enjeu majeur pour poursuivre la transition énergétique. Le décret éco-énergie tertiaire, issu de la loi évolution du logement de l'aménagement et du numérique (ELAN), impose une réduction progressive de la consommation d'énergie dans les bâtiments à usage tertiaire de -40% en 2030, -50% en 2040 et -60% en 2050.

Ce chantier impose de mobiliser des outils techniques et juridiques importants induisant des économies substantielles sur les charges énergétiques. L'utilisation d'un CPE permet à la collectivité de fiabiliser les économies d'énergie réalisées, tout en sécurisant les investissements.

12. Les intervenants du CPE

12.1. Le Maître d'Ouvrage

L'acheteur public pour le compte duquel les Actions de Rénovation et le Bouquet d'Amélioration de la Performance sont exécutés, dans le cadre d'un MPGP, est qualifié de Maître d'ouvrage.

Dans le champ du Livre IV de la Deuxième Partie du Code de la Commande Publique (opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage), il s'agit de la personne responsable principal de l'ouvrage et remplit une fonction d'intérêt général (article L2411-1 du CCP) :

- Il s'assure de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération ;
- Il détermine sa localisation ;
- Il élabore le programme ;
- Il fixe l'enveloppe financière prévisionnelle ;
- Il finance l'opération ;
- Il choisit le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé ;
- Il conclut des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération.

12.2. L'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO)

L'implication du Maître d'Ouvrage pour développer et suivre un CPE est un élément crucial dans la réussite du CPE. Elle doit se traduire par la création d'une équipe projet ou la mise à disposition de ressources humaines. Le rôle peut être assuré par une ressource interne ou externalisée. Les compétences techniques, architecturales, juridiques et financières sont indispensables de la préparation à l'aboutissement du contrat, compte tenu notamment de l'internalisation de l'équipe de maîtrise d'œuvre au sein du groupement Titulaire.

Face à la difficulté de réunir en interne toutes ces compétences qui permettront de fixer et d'atteindre les objectifs du contrat, le maître d'ouvrage peut s'entourer dès le début des réflexions d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) spécialisé dans le montage de projets de CPE.

Le marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage (Article L2422-2 CCP) est le contrat par lequel un Maître d'Ouvrage public ou privé fait appel aux services d'une personne publique ou privée spécialisée dans un ou plusieurs domaines, pour la réalisation d'études ou de prestations nécessaires à la réalisation ou à la conduite d'un projet. L'AMO apporte au maître d'ouvrage une aide spécialisée, le conseille et l'accompagne dans l'élaboration et la réalisation du projet. Il facilite la coordination de projet et permet au maître d'ouvrage de réaliser le projet envisagé au titre de ses prérogatives.

L'AMO peut intervenir en amont de la création du CPE et faciliter la définition du contrat et en aval pour garantir la bonne marche du contrat.

En phase amont :

L'AMO peut assister le maître d'ouvrage dans la réalisation de l'état des lieux afin de l'aider à modéliser le projet de rénovation énergétique :

- Réalisation des études énergétiques préalables afin de définir la situation de référence, modélisation des scénarios de rénovation énergétiques ;
- Détermination des principaux choix du CPE : périmètre, famille du CPE (Fournitures et Services, Travaux et Services, Globaux), objectif d'amélioration minimum de la performance énergétique garanti, coût et durée prévisionnels, intégration d'autres dimensions ;
- Définition du montage juridique et financier et procédure de passation adaptés au CPE ;
- Calendrier prévisionnel de mise en œuvre du CPE.

En phase amont, les missions de l'AMO vont se poursuivre afin de :

- Assister le Maître d'Ouvrage dans la rédaction du dossier de consultation des entreprises comprenant : le programme fonctionnel, le projet de contrat, la définition des critères de sélection des offres et le déroulement de la procédure ;
- Aider le Maître d'Ouvrage pour sélectionner le meilleur candidat notamment dans les échanges préalables à la sélection, analyse des offres des candidats et rédaction du rapport d'analyse. Il aura notamment un rôle très important dans les procédures de passation de dialogue compétitif ou des procédures concurrentielles avec négociation qui requièrent des échanges approfondis avec le ou les candidats lorsque le marché est défini comme « particulièrement complexe ».

En phase de mise en œuvre du CPE :

Les actions de l'AMO peuvent se poursuivre au-delà avec notamment :

- Une assistance lors de la réalisation et de la réception des Actions de Rénovation (participation aux réunions de chantier et réception des Actions de Rénovation) ;
- Une assistance tout au long de la durée du contrat pour accompagner le Maître d'Ouvrage (participation aux réunions annuelles, suivi et évaluation des performances, durabilité des actions d'amélioration de la performance énergétique, suivi des mesures correctives...).

12.3. Le Titulaire : la Société de Services d'Efficacité Énergétique (SSEE)

12.3.1. Forme du Titulaire

Dans le cadre d'un CPE, le Titulaire du Marché est communément dénommé « sociétés de service d'efficacité énergétique (SSEE) » ou encore « opérateur d'efficacité énergétique » ou « opérateur économique du CPE ».

Les candidats peuvent se présenter à l'attribution du Marché sous la forme d'une entreprise unique (candidat individuel) ou sous la forme d'un groupement d'opérateurs économiques, conformément à l'article R.2142-19 du Code de la commande publique.

Le groupement d'opérateurs économiques, encore appelé « cotraitance », permet à des entreprises distinctes de présenter une candidature de manière groupée. Le groupement sera alors « Opérateur économique du CPE » et pourra être constitué d'entreprises spécialisées en matière d'ingénierie, de travaux, d'installations techniques, d'exploitation- maintenance, de sensibilisation, etc. tout en permettant au Maître d'Ouvrage d'avoir face à lui un interlocuteur unique.

Cette possibilité de recourir à la cotraitance permet aux entreprises de s'organiser à plusieurs pour répondre à un marché auquel elles ne pourraient soumissionner seules. Ce type d'organisation s'inscrit dans un cadre momentané, pour un marché et une durée déterminés. Le groupement d'opérateurs économiques ne dispose d'aucune personnalité morale, chaque entreprise membre du groupement dispose de la qualité de cotraitant.

12.3.2. Forme du groupement :

Deux types de groupements existent et peuvent être mise en place dans le cadre d'un CPE (Art. R.2142-19 du Code de la commande publique). :

- Le groupement d'opérateurs économiques « conjoint », avec mandataire commun. Chaque opérateur est alors engagé sur les prestations qui lui sont attribuées au titre du Marché. Si le Marché le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du Marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du Maître d'Ouvrage.
- Le groupement d'opérateurs économiques « solidaire », avec mandataire commun. Dans ce cas, chaque entreprise est financièrement engagée pour la totalité du Marché.

En toute hypothèse, le groupement communique auprès du Maître d'ouvrage via un mandataire désigné, représentant du groupement. Il est expressément désigné par le groupement dans la déclaration de candidature (généralement le formulaire DC1). Il détient a minima un rôle de coordination des prestations et s'assure de la bonne exécution du marché auquel le groupement a répondu.

La forme du groupement peut être imposée après attribution par le Maître d'Ouvrage si cette transformation est nécessaire à la bonne exécution du Marché (Art. R.2142-22 du Code de la commande publique).

Dans le cadre d'un CPE :

- Il est recommandé de prévoir *a minima* un groupement conjoint avec mandataire solidaire. Le Mandataire est alors solidaire, pour l'exécution du Marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du Maître d'Ouvrage.
- La forme du groupement solidaire est également envisageable, pour autant qu'elle ne heurte pas les règles déontologiques de certains membres du groupement relevant de professions réglementées, tels que les architectes. Enfin, la nature solidaire du groupement peut constituer un obstacle à la participation des petites et moyennes entreprises.

En effet, il n'est pas souhaitable pour le Maître d'Ouvrage de devoir attribuer lui-même la non-atteinte des Objectifs de Performance à l'un ou l'autre des membres du groupement. Cette situation est source de différends faisant obstacle au demeurant à la diffusion des bonnes pratiques en matière de marché

public global de performance. La solidarité du Mandataire, voire des membres du groupement sera un réel gage de réalisation des Objectifs de Performance.

12.3.3. Capacités du Mandataire

En principe, l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale et le Maître d'Ouvrage cumule les capacités de l'ensemble des membres du groupement dans leur analyse des candidatures (Art. R.2142-25 du Code de la commande publique).

Le Conseil d'État (CE 24 juin 2011, *Commune de Roue*, n° 347840) a cependant précisé qu'un Maître d'Ouvrage peut exiger que le Mandataire du groupement, compte tenu de ses responsabilités propres, dispose de garanties notamment financières suffisantes, sans rechercher si l'absence de telles garanties peut être compensée par celles offertes par les autres membres du groupement. Cette exigence devra figurer dans l'avis de publicité.

12.3.4. Changement de Mandataire

En cas de groupement conjoint avec Mandataire solidaire, les candidats sollicitent souvent la possibilité d'un changement de Mandataire en cours d'exécution du Marché, par exemple depuis l'entreprise de travaux vers l'exploitant, sans pour autant que la composition et l'identité des membres dudit groupement ne soient modifiées. Cette possibilité est généralement demandée à l'expiration du délai de parfait achèvement.

Pour autant, un tel changement, compréhensible dans ses motifs, ne doit pas priver le Maître d'Ouvrage des garanties que lui offre la solidarité du Mandataire du groupement conjoint. Il sera nécessaire de prévoir, dans la clause relative au changement de Mandataire, l'agrément préalable par le Maître d'Ouvrage. Celui-ci pourra refuser la réorganisation du groupement Titulaire pour les motifs précisés au CCAP et en particulier l'insuffisance des garanties notamment financières présentées par le nouveau Mandataire au regard de l'engagement de solidarité qu'il prend à son égard. Le changement de Mandataire peut également être subordonné à l'atteinte des Objectifs de Performance pendant une ou plusieurs Périodes de Suivi.

12.4. La Sous-traitance

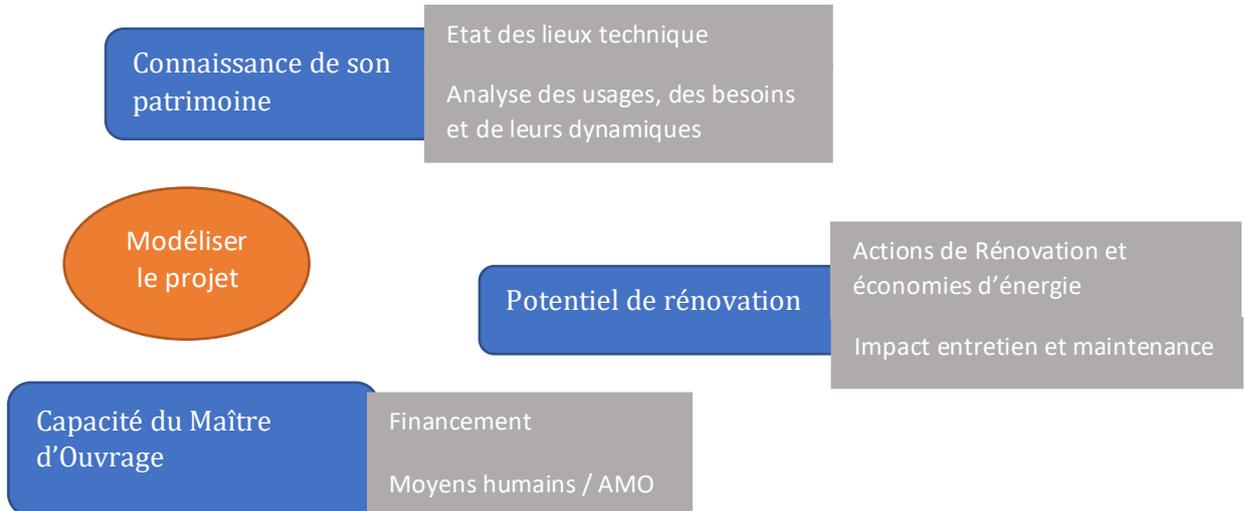
Les textes en vigueur admettent que la sous-traitance constitue un mode normal d'exécution des marchés publics – y compris des marchés publics globaux de performance, associant sur une longue durée des opérateurs économiques chargés de prestations diverses – sous réserve que le Titulaire observe les obligations mises à sa charge par les textes en vigueur, dont la principale consiste à faire accepter ses Sous-Traitants par le Maître d'Ouvrage, ainsi que leurs conditions de paiement.

Il est précisé qu'il n'est pas possible au titulaire d'un marché public de sous-traiter en totalité l'exécution de son marché, alors que la sous-traitance des marchés privés peut en principe être totale.

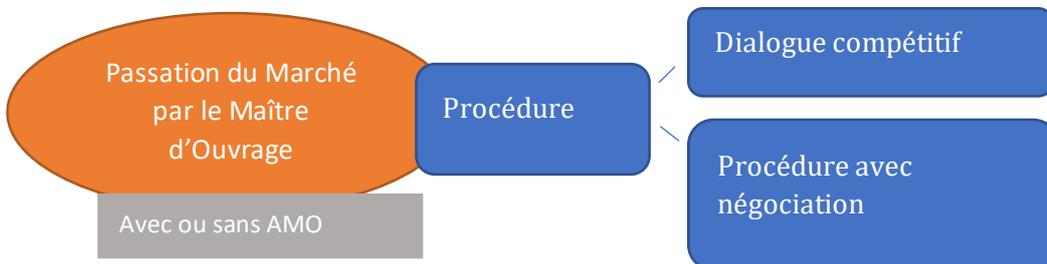
13. Schéma fonctionnel de mise en œuvre d'un projet de CPE

La préparation et la mise en œuvre d'un CPE peut se décomposer en 4 phases :

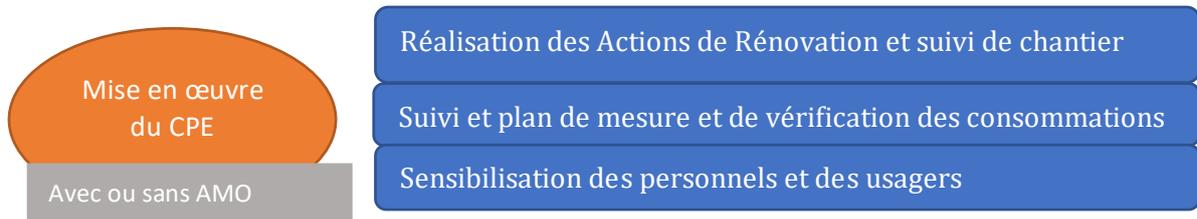
Phase 1 : modélisation du CPE



Phase 2 : Passation du marché



Phase 3 : Mise en œuvre du CPE



Phase 4 Reprise du bâtiment par le maitre d'ouvrage



14. Définir son projet : de l'inventaire du patrimoine à la définition des objectifs

La définition du projet de rénovation énergétique est une étape cruciale pour réussir la mise en œuvre opérationnelle d'un CPE. Celle-ci devra permettre de définir le périmètre et le Bouquet d'Amélioration de la Performance à engager et fixer les objectifs de performance énergétique.

Cette étape initiale permettra aux entreprises qui vont opérer le service énergétique de bien appréhender le patrimoine sur lequel ils vont intervenir.

Il est important d'adopter une rigueur méthodologique pour définir un CPE au regard des engagements entre les parties. Comme dans tous les marchés publics, il convient à l'acheteur public d'exprimer au mieux ses besoins au regard de ces capacités. Pour un CPE, il s'agira de diminuer les consommations d'énergie pour le patrimoine, par rapport à une situation de référence sur la base d'une méthode de mesure permettant d'évaluer et de vérifier que les objectifs ont été atteints.

14.1. Etat des lieux du patrimoine

L'objectif de cette première partie est d'analyser le patrimoine du Maître d'Ouvrage au regard des enjeux énergétiques et organisationnels.

L'analyse devra porter sur plusieurs points (technique, documentation et organisationnel).

- Analyse patrimoniale :
 - Plans et coupe des bâtis,
 - Système constructif et niveau d'isolation,
 - Surfaces utiles et bâtis,
 - Activités- effectifs,
 - Occupation actuelle et future.
- Analyse énergétique :
 - Installations techniques des bâtiments (chauffage, ventilation, climatisation)
 - Éclairage – ECS et autres équipement consommateur d'énergie
 - Factures et indicateurs énergétiques (relevé de compteurs, factures, étiquette DPE...), avec a minima, 3 années de données pour les consommations énergétiques
- Organisation interne pour la gestion de l'énergie
 - Recensement des ressources internes, des outils de suivi et des outils de pilotage
 - Contrat d'exploitation et maintenance des ressources énergétiques

L'objectif de cette première partie est de réaliser un premier bilan énergétique, sur la base des éléments précédent afin de disposer d'un premier état des lieux énergétiques du Maître d'Ouvrage et de commencer à préciser et hiérarchiser les pistes d'actions.

14.2. Sélectionner le ou les sites

Tous les sites n'ont pas les mêmes contraintes, d'ordre architectural par exemple, et le même potentiel d'amélioration énergétique. A ce stade, il convient de sélectionner le ou les bâtiments qui possèdent le meilleur bilan coût – efficacité énergétique pour la mise en œuvre du CPE. Il s'agit de réaliser une première sélection qui pourra être affinée lors de la réalisation des audits énergétiques dans laquelle il convient de sélectionner les bâtiments le plus énergivores.

Il conviendra également de réaliser cette sélection dans le cadre des objectifs et des bâtiments ou surfaces soumis au dispositif Éco énergie tertiaire.

14.3. Audits énergétiques et pistes d'amélioration

Une fois le patrimoine identifié, il est recommandé de réaliser des diagnostics détaillés et les plus exhaustifs possibles. L'audit énergétique doit permettre, à partir d'une analyse détaillée des données des bâtiments, de dresser une proposition chiffrée et argumentée de programmes d'économie d'énergie cohérents.

Sur la base du travail précédent, la dernière phase passe par la formulation de préconisations qui peuvent être techniques, organisationnelles dans les domaines suivants :

- Bâti : amélioration de la performance de l'enveloppe, isolation, menuiseries...
- Chauffage : rénovation de l'outil de production, distribution, régulation, émetteurs,
- Ventilation
- Équipements électriques et notamment le système d'éclairage,
- Gestion de l'énergie : pilotage, régulation, gestion et temporisation
- Énergies renouvelables

Afin d'aiguiller les bons choix, chacune des préconisations devra être spécifiée :

- Investissement prévisionnel,
- Économie annuelle potentielle en termes énergétiques et économiques
- Temps de retour sur investissement
- Aide envisageable
- Classement de l'action en fonction de sa priorité de mise en œuvre (pertinence, temps de retour, importance)

Les actions devront être scénarisées en fonction des objectifs du Maître d'Ouvrage à l'échelle d'un bâtiment ou d'un patrimoine.

14.4. Définir le niveau de performance à atteindre

La bonne réalisation d'un CPE réside dans la capacité des parties à fixer le niveau de performance énergétique à atteindre à l'issue de la mise en œuvre du Bouquet d'Amélioration de la Performance. En effet, ce type de contrat vise à améliorer la performance énergétique des bâtiments à partir d'une situation de référence chiffrée qu'il s'agira d'améliorer au terme du contrat.

Les performances énergétiques garanties doivent donc être préalablement fixées, et l'évolution de la situation énergétique du bâtiment devra pouvoir être mesurée pour vérifier l'efficacité du Bouquet

d'Amélioration de la Performance réalisé par le Titulaire du Marché. En cas de non atteinte des niveaux de performances garanties, des indemnités seront appliquées au Titulaire par la mise en jeu de la Garantie de Performance Énergétique.

La Garantie de Performance Énergétique doit donc être déterminée de manière précise et claire, afin d'optimiser les résultats du Bouquet d'Amélioration de la Performance.

Plusieurs éléments sont essentiels pour bien définir le niveau de performance contractuellement garanti :

- L'engagement du Titulaire du Marché auprès du Maître d'ouvrage représente un pourcentage d'amélioration, en comparaison avec une Situation de Référence. La Garantie de Performance Énergétique est donc relative, et mesurable par rapport à la situation initiale des bâtiments (usage du bâtiment, environnement climatique...). La Situation de Référence du bâtiment, basée sur les mesures antérieures au CPE permettra ensuite de vérifier l'atteinte des objectifs.
- Pour définir une Situation de Référence la plus pertinente possible, il est donc essentiel de tenir compte de l'utilisation réelle du bâtiment. Le Maître d'Ouvrage pourra faire appel à un AMO pour réaliser le calcul des consommations de la Situation de Référence.
- En outre, une fois la Situation de Référence calculée, il est nécessaire d'assurer un suivi des consommations des bâtiments afin de s'assurer de l'atteinte des Objectifs de Performance Énergétique, de suivre les performances prévues tout au long du CPE. Il sera prévu une grille de suivi et ainsi qu'un protocole précis pour s'assurer du respect des engagements contractuels de performance sur lesquels l'opérateur s'est engagé.

Partie IV - Points d'attention particuliers

15. Inclure ou non la fourniture d'énergie dans le CPE ?

Le Maître d'Ouvrage peut décider librement d'inclure ou non dans son CPE la fourniture d'énergie (P1).

Ce choix correspond à un traitement plus vaste de la question énergétique. Il demeure de la responsabilité du Maître d'Ouvrage de mesurer les avantages et les inconvénients d'une telle solution qui, en droit, n'est ni proscrite ni prescrite.

Les précisions suivantes visent à éclairer ce choix :

- Certains systèmes de production d'énergie impliquent presque systématiquement de confier au Titulaire du CPE la fourniture de la matière première énergétique (P1 dit « spécifique »). Tel sera par exemple le cas lorsque le titulaire du CPE intègre dans le programme de rénovation énergétique la mise en place d'une chaufferie biomasse (ou autre système de chauffage collectif fonctionnant à partir de source d'énergie renouvelables ou de récupération). Tel sera également le cas lorsque le Titulaire se voit confier la gestion du réseau de chaleur qui alimente collectivement les bâtiments objets du CPE. En effet, les réseaux de chaleur fonctionnent généralement avec des installations multi énergies et/ou des énergies renouvelables, dont la gestion optimisée nécessite des compétences particulières.
- Dans le cas où un P1 non spécifique serait intégré au contrat, il conviendra d'anticiper les effets de ce choix sur le champ effectif de la mise à concurrence à venir.
- À titre alternatif, le Titulaire peut être simplement chargé d'assurer par délégation la gestion de l'énergie nécessaire au fonctionnement du chauffage en qualité de « payeur divergent ». Dans cette hypothèse, les polices d'abonnement sont conservées par le Maître d'Ouvrage et le Titulaire se voit simplement confier la gestion des factures et les relations avec les fournisseurs.

16. La valorisation des CEE

Le CPE permet de garantir la réalisation d'économies d'énergies sur des bâtiments ciblés. Ces économies d'énergie permettent d'obtenir des Certificats d'économies d'énergie (CEE), pouvant ensuite être valorisés.

La valorisation des CEE peut être envisagée de plusieurs manières différentes pour un Maître d'ouvrage (voir en ce sens la fiche de la DAJ⁵).

(a) Valorisation par le Maître d'Ouvrage :

⁵ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/CEE_et_commande_publique.pdf?v=1644944367

Cette valorisation est réalisée par le Maître d’Ouvrage lui-même ou par un acteur intermédiaire, notamment :

- Le Syndicat d’énergie de son territoire. En effet, de nombreux syndicats d’énergie proposent à leurs membres de s’occuper de la valorisation des CEE liés aux économies d’énergie réalisées. Dans le cas d’un regroupement, plusieurs éligibles confient à l’un d’entre eux le rôle de regroupeur afin que ce dernier dépose les CEE pour l’ensemble des membres.
- Un acteur obligé ou un délégataire : ce montage vise à mettre en place un partenariat entre la collectivité et un acteur obligé ou un délégataire (qui remplissent les obligations pour le compte de certains acteurs obligés) sur une opération unique ou une période définie. Dans ce cadre, il est important de bien définir, le rôle de chacun, les opérations éligibles aux partenariats (fiches spécifiques, collectivité uniquement, opérations de territoire...), les volumes de CEE, les prix (fourchette, formule de calcul...).

Cela implique *a minima* que le Titulaire produise pour le compte du Maître d’Ouvrage l’ensemble des pièces écrites (attestations, notices techniques, facturation) nécessaires à la valorisation des CEE.

À titre complémentaire, le CCAG CPE demande au Titulaire de garantir un volume de CEE. Le Maître d’Ouvrage sera ainsi en droit d’exiger le versement d’une indemnité dans l’hypothèse où le projet ne permettrait pas d’obtenir tout ou partie du volume de CEE garanti. Cette indemnité sera égale à la valeur des CEE non obtenus, calculée sur la base de l’engagement du Titulaire exprimé en MWh cumac et d’un prix unitaire de valorisation fixé par les documents particuliers du Marché (en €/MWh cumac), ferme ou révisable.

(b) Valorisation par le Titulaire :

Conformément aux recommandations de la DAJ, le Maître d’Ouvrage peut autoriser une valorisation des CEE par le Titulaire du Marché. Dans cette hypothèse, le Titulaire peut garantir au Maître d’Ouvrage un volume de CEE ainsi qu’un montant en euros pour la valorisation des CEE. Le montant des CEE garanti viendra en déduction des prix versés par le Maître d’Ouvrage au titre des Actions de Rénovation, y compris dans l’hypothèse où le montant des CEE effectivement obtenus par le Titulaire serait inférieur aux engagements du Titulaire.

Conformément aux recommandations de la DAJ, les documents particuliers du Marché doivent laisser la possibilité aux candidats de valoriser ou non les CEE et en conséquence, i) soit de s’engager uniquement sur le volume des CEE obtenus (en MWh cumac), ii) soit de s’engager également sur le montant des CEE obtenus (en €).

17. La bonification des CPE

Selon l’arrêté modifié du 29 décembre 2014 relatif aux modalités d’application du dispositif des certificats d’économies d’énergie (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030001603/>), le volume des CEE délivrés pour les opérations d’économies d’énergie standardisées ou spécifiques engagées dans le cadre d’un contrat de performance énergétique, hors contrats de conduite des installations et les contrats de services pour la maintenance, l’exploitation et l’optimisation des installations de chauffage, peut bénéficier d’une bonification, définie comme suit :

a) Si la durée de la garantie de performance du CPE est inférieure à 10 ans :

- $1 + 2 \times E$, pour les opérations relevant des secteurs résidentiel et tertiaire ;
- $1 + E$ pour les opérations relevant des autres secteurs, engagées jusqu’au 31 décembre 2021 ;

b) Si la durée de la garantie de performance du CPE est supérieure ou égale à 10 ans :

- $1 + 3 \times E$, pour les opérations relevant des secteurs résidentiel et tertiaire ;
- $1 + 1,1 \times E$ pour les opérations relevant des autres secteurs, engagées jusqu'au 31 décembre 2021 ;

où E est le niveau d'économies d'énergie finale garanti par le CPE.

L'annexe IX du dispositif des CEE fournit des définitions spécifiques :

- Du CPE
- De la Situation de Référence
- De l'objectif d'économie d'énergie
- De la pénalité financière prévue en cas de non atteinte de l'objectif garanti

Le CPE doit respecter les conditions suivantes :

- l'objectif d'économie d'énergie finale est d'au moins 20 % sur le périmètre du contrat par rapport à la situation de référence ;
- la période durant laquelle cette économie d'énergie est garantie est d'au moins 5 ans ;
- les variables utilisées dans la définition de la situation de référence sont décrites dans le contrat, de façon regroupée : période de référence, caractéristiques du bâtiment (puissance totale de la chaufferie hors secours, énergies entrantes, opérations engagées ou réalisées pendant la période de référence, etc.), consommation de référence (modalités de calcul, méthode de correction, etc.), paramètres d'ajustements (température extérieure, eau chaude sanitaire, affectation des locaux, taux d'occupation, durée de fonctionnement, etc.) ;
- la situation de référence est contrôlée par un organisme accrédité selon les dispositions de la norme NF EN ISO/ CEI 17020 applicable en tant qu'organisme de type A ou équivalente, ou par un prestataire externe répondant aux exigences du 1° de l'article D. 233-6 du code de l'énergie et fait l'objet, selon le cas, d'un rapport de contrôle ou d'un rapport d'audit ;
- il comporte un plan de mesure et de vérification de la performance énergétique, faisant l'objet d'un bilan annuel écrit, dont le format est décrit dans le contrat. Ce bilan compare la consommation énergétique de l'année calendaire écoulée à la situation de référence décrite dans le contrat et est accompagné des éléments justificatifs de la prise en compte, le cas échéant, des paramètres d'ajustement. Il indique si la performance garantie par le contrat est respectée et dans le cas contraire le montant de la pénalité due. Le rapport annuel est transmis au bénéficiaire et mis à disposition de l'administration ;
- la pénalité financière prévue en cas de non atteinte de l'objectif garanti par le contrat est au moins égale à 66 % du coût total, taxes et contributions comprises, répercuté au bénéficiaire dû à l'écart de consommation constaté par rapport à l'engagement contractuel.

18. Assurances du Maître d'ouvrage

Il est nécessaire de bien maîtriser, tant pour les acheteurs publics que pour les opérateurs économiques, le sujet des assurances liées aux prestations objets des marchés publics. Il constitue en effet un enjeu financier majeur. Une rédaction appropriée et proportionnée des marchés sur ces points permet ainsi non seulement le respect du principe d'accès à la commande publique mais également une bonne gestion des deniers publics.

Les questions relatives aux assurances dans un MGP se posent dans des termes proches de tout marché public « classique ». Le recours à un contrat collectif d'assurance par le Maître d'Ouvrage apparaît peu pertinent compte tenu de l'absence d'allotissement.

19. Changement de réglementation

Le Marché, d'une durée relativement longue, expose les Parties au risque ou à l'éventualité que ses conditions d'exécution se trouvent modifiées par l'entrée en vigueur d'une réglementation nouvelle relative aux prestations incluses dans le périmètre du Marché.

En pratique, il convient de distinguer selon que la réglementation nouvelle entre en vigueur avant ou après la formation du Marché :

- après la formation du Marché : l'article L.221-4 du Code des relations entre le public et l'administration rappelle le principe selon lequel les réglementations nouvelles (qui en gouvernent les conditions de formation et leurs effets) ne s'appliquent pas aux contrats formés avant la date de leur entrée en vigueur, sauf si la loi ou le Marché lui-même en disposent autrement ;
- avant la formation du Marché : par hypothèse, la règle énoncée à l'article L.221-4 du Code des relations entre le public et l'administration ne s'applique pas, ce qui expose tous les candidats au risque – le plus souvent théorique – d'un changement de réglementation entre le dépôt de leurs offres finales et l'entrée en vigueur du Marché.

En présence de ce risque, la pratique contractuelle majoritaire est la suivante :

- il est généralement considéré que les candidats, compte tenu de leur connaissance du secteur économique concerné, s'obligent à anticiper tout changement de réglementation antérieur à la date de remise de leurs offres finales ;
- il est également souvent considéré que les candidats ne peuvent en revanche être tenus d'assumer des changements de réglementation intervenus entre la date de dépôt de leurs offres finales et l'entrée en vigueur du Marché. Un tempérament est apporté s'agissant des changements de réglementation prévisible.

Il est possible de prévoir un partage des risques différent, susceptible de reposer :

- sur la nature du changement de réglementation en distinguant d'une part, la prise en charge des changements de réglementation générale et, d'autre part, la prise en charge des changements de réglementation spécifique, c'est-à-dire dont le champ d'application est spécifique au domaine objet du Marché, ou
- sur la durée de la prise en charge du risque par le Titulaire, ou
- sur le montant de la prise en charge du risque par le Titulaire, qui le provisionne alors partiellement.

20. Traitement des autorisations administratives

La réalisation du projet peut être subordonnée à l'octroi d'Autorisations Administratives particulières (telles qu'un permis de construire). Il s'agit d'un risque opérationnel que le Titulaire en charge de la conception est le mieux à même d'assumer, dans la limite des diligences raisonnablement nécessaires.

Le CCAG CPE confie ainsi au Titulaire le soin de constituer les dossiers de demande d'Autorisations Administratives et lui transfère la responsabilité associée à l'accomplissement de cette tâche.

Cette mission confiée au Titulaire est également conforme à l'article D.2171-9 du Code de la commande publique qui définit le contenu des études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif confiées à l'équipe de maîtrise d'œuvre pour les marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment :

« Les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif comprennent l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction. »

21. Droit moral de l'architecte initial

En application de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». L'article L.111-3 du même Code précise que « la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

Les œuvres architecturales soulèvent une question particulière, le droit moral de l'architecte sur son œuvre devant être concilié avec le droit de propriété du maître d'ouvrage et le caractère impératif des règles d'urbanisme.

En particulier, lorsque l'édifice a une « vocation utilitaire », la jurisprudence recherche un compromis entre la protection de l'œuvre et la nécessité d'adapter l'édifice à des besoins spécifiques :

- La Cour de cassation a ainsi jugé que « la vocation utilitaire du bâtiment commandé à un architecte interdit à celui-ci de prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre, à laquelle son propriétaire est en droit d'apporter des modifications lorsque se révèle la nécessité de l'adapter à des besoins nouveaux » (Cass. 1^{ère} civ, 7 janvier 1992, n°90-17534) puis, dans un arrêt ultérieur, qu'« attendu que la vocation utilitaire du bâtiment commandé à un architecte interdit à celui-ci de prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre, à laquelle son propriétaire est en droit d'apporter des modifications lorsque se révèle la nécessité de l'adapter à des besoins nouveaux ; qu'il importe néanmoins pour préserver l'équilibre entre les prérogatives de l'auteur et celles du propriétaire, que ces modifications n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire et ne soient pas disproportionnées au but poursuivi » (Cass. 1^{ère} civ. 11 juin 2009 n°08-14138).
- Le juge administratif n'admet quant à lui « des modifications à l'ouvrage que dans la seule mesure où celles-ci sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux » (CE 11 septembre 2006, M. Agopyan, n°265174). Il procède toutefois à un renversement de la charge de la preuve, mettant à la charge du maître d'ouvrage public l'obligation d'établir que la dénaturation ainsi apportée à l'œuvre de l'architecte est strictement indispensable par les impératifs dont il se prévaut.

Le risque que l'architecte initial conteste le projet de rénovation énergétique objet du CPE constitue un risque opérationnel que le Titulaire en charge de la conception est le mieux à même d'assumer, dans la limite des diligences raisonnablement nécessaires. Dans cette perspective, le Marché peut mettre à la charge du Titulaire le soin de prendre les dispositions nécessaires afin de s'assurer de l'accord du maître d'œuvre initial des Bâtiments en cas de modification de son œuvre.

A titre complémentaire ou alternatif, il est également envisageable :

- que le Maître d'Ouvrage associe en amont le maître d'œuvre initial des Bâtiments à la programmation des Actions de Rénovation ;
- que les candidats soient invités, dans le cadre de la préparation de leurs offres, à se rapprocher du maître d'œuvre initial des Bâtiments.

22. Traitement contractuel de l'amiante

La problématique de l'amiante est un sujet central dans tous les chantiers de réhabilitation, qui touche directement et particulièrement les projets de CPE, les bâtiments les plus énergivores étant généralement les plus anciens, c'est-à-dire ceux dans lesquels la probabilité de trouver de l'amiante est la plus élevée.

Ainsi, il n'est pas rare de découvrir des éléments amiantés en cours de chantier CPE qui n'ont pas été identifiés par les diagnostics et repérages préalables. Il est donc indispensable que le Marché anticipe contractuellement les modalités de gestion du risque amiante, et en particulier définisse dans quelles conditions le Titulaire sera en charge de réaliser les prestations de traitement de ce risque.

Plusieurs pratiques de marché permettent d'organiser la prise en charge des coûts consécutifs à la découverte d'un risque d'exposition à l'amiante en cours de chantier :

- Prise en charge du risque par le Maître d'Ouvrage ;
- Prise en charge du risque par le Titulaire ;
- Partage du risque entre les Parties.

Le choix entre ces différentes modalités d'organisation du risque d'exposition à l'amiante dépend notamment des sites et du niveau d'information dont dispose les Parties au moment de la passation du Marché.

23. Délais d'exécution de la Phase de Conception-Réalisation

Le Marché est conclu pour une durée globale fixe, au sein de laquelle on distingue le plus souvent :

- les délais d'exécution d'une phase consacrée aux prestations de conception-réalisation. Le Marché prévoit en outre généralement une ou plusieurs dates contractuelles de Réception des prestations de réalisation ;
- les délais d'exécution d'une phase consacrée aux prestations d'exploitation et de maintenance.

Il s'agit bien, dans le cas précis, de délais d'exécution par Phase, et non de délais d'exécution par lots techniques et/ou nature d'ouvrages.

Il appartient au Titulaire de veiller au respect de ces délais et de la durée du Marché ; il s'agit d'une obligation de résultat. L'un des principaux avantages du marché global est de réduire, voire de

supprimer, tout risque d'interface entre le concepteur et le constructeur et, en conséquence, de réduire sinon de supprimer le risque de dérapage du calendrier d'exécution.

Le non-respect des délais d'exécution de la Phase de Conception-Réalisation a, pour le Titulaire, les conséquences suivantes :

- l'infliction de pénalités de retard ;
- le report de la ou des Dates Effectives de Réception, du transfert de la garde des ouvrages et du point de départ des garanties légales ;
- éventuellement la réduction de la durée de la Phase d'Exploitation-Maintenance lorsque la durée globale du Marché est fixe et que le Titulaire n'est chargé d'exploiter et maintenir les Installations Techniques qu'à compter de la Réception.

Il reste que certains événements ou circonstances, extérieurs au Titulaire, sont susceptibles de compromettre le respect par ce dernier de la durée et des délais stipulés au Marché. En phase de conception et de réalisation, ces événements ou circonstances sont le plus souvent désignés, par convention, comme des « Causes Légitimes ».

Les Parties au Marché s'accordent généralement à considérer que la survenance d'un événement constitutif d'une Cause Légitime :

- Proroge les délais contractuels,
- Ne peut donner lieu à l'application de sanctions contractuelles.

En ce qui concerne la rédaction du Marché :

- la liste exhaustive des événements réputés constitutifs d'une Cause Légitime doit être élaborée avec soin et refléter un partage des risques opérationnels du projet réaliste et performant ;
- la procédure de déclaration et de reconnaissance d'une Cause Légitime doit être décrite avec précision, de sorte notamment que les Parties soient dispensées d'observer le formalisme propre à la conclusion d'un avenant.

24. Pénalités

Comme dans tout marché public, il y a lieu de prévoir dans un MPPG un mécanisme pragmatique de pénalités afin de sanctionner le Titulaire en cas de non-respect de ses obligations contractuelles. Les pénalités doivent correspondre, à chaque fois que possible, à des pénalités usuelles dans un marché de travaux ou de fournitures.

Les pénalités, qui ont par nature une double fonction de sanction et de réparation, sont forfaitaires. Leur application n'est pas conditionnée par l'existence d'un préjudice subi mais par la caractérisation d'un manquement contractuel. En contrepartie, les pénalités ont un caractère libératoire : le Maître d'Ouvrage ne peut prétendre à une réparation complémentaire dans l'hypothèse où le montant de la pénalité s'avère insuffisant pour couvrir le préjudice effectivement subi du fait du manquement contractuel qu'elle sanctionne.

Ces pénalités se distinguent dans leur objet et leur finalité des indemnités définies au titre des Objectifs de Performance garantis.

La Garantie de Performance Énergétique quant à elle a par nature une fonction purement indemnitaire qui doit couvrir l'intégralité du préjudice effectivement subi par le Maître d'Ouvrage du fait de la non

atteinte de la Performance Énergétique. Ainsi, il est important de prévoir que le caractère libératoire des pénalités ne diminue ni n'interdit pas l'application de la Garantie de Performance Énergétique.

Le CCAG CPE FNCCR prévoit un plafonnement des pénalités. L'insertion de plafonds de pénalités dépend des pratiques et de la politique du Maître d'Ouvrage dans ce domaine.

Plusieurs paramètres sont à prendre en compte :

- Un plafonnement est de nature à rassurer les candidats, il leur permet d'encadrer les risques qu'ils prennent et partant de proposer des prix plus compétitifs.
- Il est possible de plafonner les pénalités de la Phase Conception-Réalisation et/ou les pénalités de la Phase Exploitation-Maintenance.
- Le montant de ces plafonds doit permettre au Maître d'Ouvrage de conserver un moyen de sanction dissuasif et efficace.
- L'introduction de plafonds de pénalités est généralement associée à une contrepartie pour le Maître d'Ouvrage : en cas d'atteinte des plafonds de pénalités, le Maître d'Ouvrage dispose de la possibilité de résilier le Marché pour faute du Titulaire.

25. Contenu et caractère des prix du Marché

Le Marché, en dépit de sa longue durée et de la complexité des missions confiées à son Titulaire, est conclu à prix global et forfaitaire, et que le Titulaire n'est fondé à demander une rémunération complémentaire seulement lorsque cette possibilité est expressément prévue et organisée par le Marché, la loi ou la jurisprudence.

26. Décompte général et définitif

Le décompte général et définitif constitue la dernière phase de l'exécution du Marché. Il a pour objet de récapituler l'ensemble des éléments financiers constitutifs de cette exécution et de permettre ainsi qu'il soit procédé au calcul et au paiement du solde.

26.1. Enjeux de l'établissement du décompte général et définitif

L'enjeu pour les parties est essentiel. Il est de jurisprudence constante que le solde du décompte détermine la situation créancière ou débitrice du titulaire à l'égard du maître de l'ouvrage. Le décompte général constitue un tout unique et indivisible de sorte qu'aucune obligation contractuelle ne saurait produire des effets financiers entre les parties en dehors de ce compte terminal et exclusif. Outre son caractère indivisible, le décompte général et définitif est gouverné par un principe d'intangibilité entendu de manière très rigoureuse par le juge administratif de telle sorte qu'il rend impossible sa révision, à quelques exceptions près.

26.2. Particularités du décompte d'un MPPG

a) Inapplicabilité des stipulations du CCAG Travaux

Traditionnellement, dans les marchés allotis, la procédure d'établissement de ce décompte est organisée par l'article 13 du CCAG Travaux – et qui n'est pas applicable en l'espèce pour les raisons exposées *supra*. Cette procédure s'articule entre trois étapes clés qui visent à assurer la participation

de chaque acteur de l'exécution des travaux, et notamment du maître d'œuvre, à l'établissement du décompte général.

La procédure d'établissement du décompte général et définitif obéit à une dynamique de navette entre les différents intervenants de l'exécution du marché. Son organisation vise à permettre et à encadrer le dialogue entre l'entrepreneur, le maître d'œuvre et le Maître d'Ouvrage. En effet, la procédure décrite par l'article 13 du CCAG Travaux organise les modalités d'intervention de chacun des acteurs clés de l'exécution du marché. Elle prévoit également les délais dans lesquels chacun doit intervenir de manière à éviter un blocage de la procédure et faciliter ainsi le paiement final du Titulaire puisque la date de réception du décompte général et définitif constitue le point de départ du délai global de paiement.

En présence d'un MPGP, dans lequel le Titulaire inclut la maîtrise d'œuvre de l'opération, qui n'est dès lors pas distincte de/des entreprise(s), la procédure prévue au CCAG Travaux, qui repose essentiellement sur la distinction des fonctions de maîtrise d'œuvre et d'entreprise, ne peut être mise en œuvre. Des stipulations *ad hoc* sont donc stipulées dans le présent CCAG CPE pour organiser, dans ce cadre particulier, l'établissement des comptes entre les parties.

b) Procédure unique ou procédures distinctes à chaque Phase

Le présent CCAG CPE prévoit deux procédures de règlement des comptes distinctes, l'une au terme de la Phase de Conception-Réalisation et des opérations de Réception, l'autre au terme de la Phase d'Exploitation-Maintenance, de telle sorte que la maîtrise d'œuvre et les entreprises de travaux se trouvent désintéressées à un horizon raisonnable. Il revient alors au groupement momentané d'entreprises Titulaire, qui associe en général le Maître d'Œuvre, le(s) constructeur(s) et l'exploitant de régler, dans leur convention de groupement, les conséquences de la non-atteinte éventuelle des Objectifs de performance, dont le Titulaire ne se trouve nullement exonéré par l'établissement d'un décompte général et définitif de la Phase de Conception-Réalisation (étant précisé qu'il n'appartient pas, en principe, au Maître d'Ouvrage d'identifier le membre du groupement fautif à cet égard).

Il reste que les règles régissant le décompte ne sont pas d'ordre public, si bien que les Parties peuvent choisir d'y déroger (CE 3 novembre 2014, *Société Bancillon BTP*, n°372040). Le Maître d'Ouvrage est alors libre d'organiser contractuellement la procédure de règlement des comptes de son choix. Il peut ainsi envisager une procédure de règlement des comptes unique, au terme du Marché. Cette alternative présente l'inconvénient, dans les contrats de longue durée, de reporter le règlement définitif des comptes du Marché au terme de la Phase d'Exploitation-Maintenance alors que les prestations de conception et de réalisation, par hypothèse, sont généralement achevées de longue date, au risque de laisser la maîtrise d'œuvre et les entreprises de travaux dans une incertitude financière relative.

27. Réception des Actions de Rénovation et garanties

Le Marché doit prévoir les modalités de Réception des prestations de conception et de réalisation, qui seront fonction (i) de la nature des Actions de Rénovation envisagées et (ii) des moyens de la Maîtrise d'Ouvrage, qui ne peut s'appuyer sur une maîtrise d'œuvre distincte de l'entreprise de travaux, et peut ainsi ressentir le besoin de recourir à un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO).

- L'opération de Réception est un évènement clé dans les relations entre le Maître d'ouvrage et le Titulaire, en constatant la réalisation technique des Actions de Rénovation. Elle doit être distinguée du règlement des comptes, puisqu'elle marque la fin des obligations contractuelles sur le plan technique, tandis que le règlement du décompte général et définitif indique l'achèvement des relations contractuelles sur le plan financier.
- La Réception ouvre la période des garanties légales qui, selon la jurisprudence administrative, relève des « principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil » (garantie décennale et de bon fonctionnement). La Réception, manifestation de la volonté du Maître d'ouvrage, est un acte juridique unilatéral, dont les modalités, précisées dans le Marché, doivent être respectées. Elle implique en principe que les Actions de Rénovation soient en état d'être reçus. En ce cas, la Réception est un droit pour le Titulaire et son prononcé est une obligation pour le Maître d'ouvrage. À défaut d'acte de Réception, la jurisprudence analyse l'importance de la prise de possession par le Maître d'ouvrage et peut admettre la Réception tacite.

En ce qui concerne le cas particulier de la Réception dans les MPGP, il convient de préciser :

- qu'aucune disposition du Code de la commande publique n'impose une Réception unique des prestations de conception-réalisation dans le cadre d'un MPGP et des Réceptions partielles peuvent être envisagées. Bien que ne comportant qu'un lot unique, au sens de l'article L.2113-10 du Code de la commande publique, un MPGP peut comporter plusieurs sites ou prévoir plusieurs lots techniques, répondant à des exigences contractuelles distinctes propres à chaque nature de prestations, y compris en matière de Réception ;
- que la Réception des prestations de conception-réalisation n'exonère nullement le Titulaire de son obligation d'atteindre les Objectifs de Performance.

28. Durée et délais d'exécution de la Phase d'Exploitation-Maintenance

Il est souvent prévu que la Phase d'Exploitation-Maintenance débute dès le début du Marché : soit dès la Date d'Entrée en Vigueur du Marché, soit à compter l'Ordre de Service de démarrage des Actions de Rénovation.

Dans ce cas la Phase d'Exploitation-Maintenance est décomposé en 2 Périodes :

- Période A : Les prestations portent sur les Installations Techniques Existantes, jusqu'à la Réception des Actions de Rénovation ;
- Période B : A compter de la Réception des Actions de Rénovation, les prestations portent sur les Installations Techniques Existantes et Nouvelles.

A titre alternatif, il est possible de prévoir que la Phase d'Exploitation-Maintenance ne comporte qu'une Période B et débute ainsi postérieurement à la Réception des Actions de Rénovation. Dans ce

cas, il est nécessaire d'organiser contractuellement la répartition des risques entre l'exploitant en place et le Titulaire pendant la Phase de réalisation des Actions de Rénovation.

Les circonstances ou événements constitutifs d'une « Cause exonératoire » sont l'équivalent, pour les prestations de la Phase Exploitation-Maintenance, des « Causes Légitimes » évoquées s'agissant de la Phase de Conception-Réalisation.

29. Compte GER

Les modalités de gestion du Compte GER prévues au CCAG CPE FNCCR sont sécurisantes pour le Maître d'Ouvrage et par conséquent souvent pratiquées dans le secteur public :

- L'excédent éventuel du Compte GER est intégralement restitué au Maître d'Ouvrage ;
- Le solde négatif est intégralement supporté par le Titulaire.

Elles sont néanmoins facultatives et des évolutions sont envisageables selon les pratiques du Maître d'Ouvrage.

30. Insertion sociale

Le deuxième alinéa de l'article L.2112-2 du Code de la commande publique prévoit que « *Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.* »

A ce titre, le Marché peut comporter une clause sociale imposant au Titulaire de consacrer un certain nombre d'heures à une action d'insertion.

Le Maître d'Ouvrage peut :

- Soit choisir de fixer un nombre d'heure d'insertion minimal qui sera à respecter par le Titulaire ;
- Soit ériger en critère d'attribution la qualité et/ou la démarche d'insertion sociale, et inviter à ce titre les candidats à proposer une démarche d'action d'insertion et un volume d'heures (le cas échéant, en fixant un nombre plancher d'heures d'insertion). Le volume d'heures qui s'imposera au Titulaire sera alors celui qu'il aura proposé dans son offre finale.

Le volume d'heures d'insertion est souvent fixé proportionnellement au montant des Actions de Rénovation ou au montant du Marché. Le Maître d'Ouvrage peut exiger que les heures d'insertion portent sur certaines prestations du Marché (par exemple, la conception-réalisation) ou laisser libre le Titulaire d'allouer comme il l'entend les heures d'insertion auxquelles il est engagé, pour la réalisation des prestations objets du Marché. Cette dernière solution est plus souple pour le Titulaire et peut ainsi inciter les candidats à l'attribution du Marché à proposer de s'engager sur un volume d'heures d'insertion plus élevé.

En tout état de cause, le Maître d'Ouvrage doit veiller à ce que le nombre minimum d'heures d'insertion exigé ne soit pas trop important, faute de quoi cette condition d'exécution du Marché serait de nature à porter atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique.

Index

- Amiante, 36
- Annexe environnementale, 21
- Appel d'offres, 14
- Architecte, 35
- Assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO), 23
- Assurances, 33
- Autorisations administratives, 35
- Causes d'Ajustement, 16
- CEE
 - Bonification, 32
 - Valorisation, 31
- Certificats d'économies d'énergie (CEE), 31
- Changement de réglementation, 34
- Cotraitance, 25
- Décompte général et définitif, 38
- Délais
 - Délais d'exécution, 40
 - Délais d'exécution de la Phase de Conception-Réalisation, 36
- Dispositif éco énergie tertiaire, 20
- Dispositif éco-énergie
 - Année de référence, 22
 - Modulations, 22
 - Obligation de réduction des consommations énergétiques, 20
- Durée, 13
- Familles de CPE, 11
 - CPE « Fournitures et Services, 11
 - CPE « Globaux », 11
 - CPE « Travaux et Services », 11
- Faute du Titulaire, 19
- Fourniture d'énergie (P1), 31
- Garantie de performance énergétique, 14
- Garantie de Performance Énergétique, 17
- Garantie financière, 19
- GER, 41
- Groupement
 - Mandataire, 26
- Insertion sociale, 41
- Intéressement, 18
- Maître d'Ouvrage, 23
- Pénalités, 37
- Prix, 38
- Procédures de passation, 13
- Résiliation, 19
- Sensibilisation, 19
- Situation de Référence, 15
- Sous-performance, 17
- Sous-traitance, 26
- Sur-performance, 18
- Titulaire, 24
 - Groupement, 25
- Tunnel de Neutralisation, 17

Annexe : Groupe de travail

Les membres du groupe de travail :

SICECO	ANCERY	Manon
VINCI ENERGIES MANAGEMENT	BLANCHET	Pierre
MAIRIE DE PARIS	BOCQUILLON	Philippe
SPL OSER	BOGIRAUD	Laurent
ENGIE SOLUTIONS	BOUTET	Victor
MAIRIE DE VITRY-SUR-SEINE	CROSSAY	Alexandre
SIPPEREC	DEBOUCHE	Céline
EIFFAGE ENERGIE SYSTEMES	DESTOMBES	Anaïs
LILLE METROPOLE	DUPUIS	Laura
SERCE	DUROUX	Gilles
SERCE	DURUOHA	Thierry
VILLE DE LYON	GUILHOT	Anne
SNEC - FEDENE	GUILLAUME	Hugo
FFB UMGCCP	LANNEREE	Bruno
ENGIE	LAUGIER	Patrick
DALKIA	LEFORT	Jacques
VILLE DE PARIS	LI YUNG HSIANG	Julien
IGNES	MICHEL	Valérie
LEXCITY	ORTEGA	Olivier
DGEC	PAPIN JAN	Sophie
IGNES	PERRISSIN-FABERT	Anne-Sophie
VINCI ENERGIES	PIEJOS	Yvan
SDEEG33	RAVAILLE	William
FFIE	RIFAUX	Philippe
ENGIE SOLUTIONS	ROLAND	Jean
SIEL-TE42	ROLLAND	Philippe
ADEME	ROSENSTEIN	Frédéric
EIFFAGE ENERGIE SYSTEMES - G&D	SADKI	EMIRA
VILLE DE LYON	SEBBAN	Chloé
FFB	STEPHAN	FREDERIQUE
DGEC	TUDESQ	Martin
SERCE	VALACHS	Anne
FIN INFRA	VITAL	Nicolas
GIMELEC	VORMUS	Joël
CIPREB MTE	YVERNAULT	Virginie