



BANQUE des
TERRITOIRES



Guide
méthodologique
pour accompagner
la mise en œuvre
d'un marché de
partenariat

SOMMAIRE

PRESENTATION ET AVANT-PROPOS.....	6
I-« UN PEU D’HISTOIRE » : LE CONTRAT DE PARTENARIAT INSTAURE EN 2004	7
II-UN NOUVEL OUTIL DE LA COMMANDE PUBLIQUE : LE MARCHÉ DE PARTENARIAT	8
PREAMBULE : POURQUOI UN GUIDE POUR L’ACCOMPAGNEMENT DES COLLECTIVITES DANS LA PROCEDURE DE MISE EN ŒUVRE D’UN MARCHÉ DE PARTENARIAT ?	9
I-OBJET DU GUIDE.....	11
II-QU’EST-CE QU’UN MARCHÉ DE PARTENARIAT ?	13
III-LES RAISONS DE RECOURIR A UN MARCHÉ DE PARTENARIAT	15
IV-MARCHÉ DE PARTENARIAT ET ECONOMIE MIXTE.....	17
PARTIE I LE « TRONC COMMUN » DE LA GESTION DE PROJET PUBLIC.....	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
I- LA DEFINITION DES BESOINS ET DU SERVICE A RENDRE.....	24
II- EQUIPE-PROJET	29
III- LE PREALABLE INDISPENSABLE : LE RECRUTEMENT D’UN ASSISTANT A MAITRISE D’OUVRAGE (AMO).....	31
IV- LE TRAITEMENT DE LA DOMANIALITE.....	34
V- LE FINANCEMENT ET LE TRAITEMENT COMPTABLE DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	36
VI- LA REALISATION D’UNE ETUDE DE FAISABILITE.....	41
PARTIE II LE RECOURS AU MARCHÉ DE PARTENARIAT.....	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
I-LA PROGRAMMATION	51
II-LA MATRICE DES RISQUES : UN OUTIL CENTRAL AU SERVICE DE L’ACHETEUR	53
III-L’EVALUATION PREALABLE ET LE ROLE DES ORGANISMES EXPERTS	56
IV-AUTORISATION PREALABLE AU LANCEMENT DE LA PROCEDURE	60
PARTIE III LA PASSATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
I- DETERMINATION DE LA PROCEDURE.....	67
II-LA REDACTION DU DOSSIER DE CONSULTATION DES ENTREPRISES (DCE)	70
III-LA SELECTION DES CANDIDATURES.....	72
IV-LA SELECTION DES OFFRES.....	78
V-LA PROCEDURE DE NEGOCIATION	82
VI-LE CHOIX DE L’OFFRE FINALE ET LE CLOSING DE L’OPERATION.....	85

PARTIE IV L'EXECUTION DU MARCHE DE PARTENARIAT.....	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
I-LA MISE A DISPOSITION DU TERRAIN / OUVRAGE / INFRASTRUCTURE	98
II-LES ETUDES PREALABLES DES SOLS	100
III-LES AUTORISATIONS PREALABLES ET LEUR OBTENTION.....	101
IV-REALISATION DES TRAVAUX ET MISE A DISPOSITION DE L'OUVRAGE	102
V-PHASE D'ENTRETIEN-MAINTENANCE-GER ET EXPLOITATION	105
PARTIE V LA GESTION DU MARCHE DE PARTENARIAT	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
I-LES MODIFICATIONS DU CONTRAT.....	113
II-LE CONTROLE DE L'EXECUTION ET LA GESTION DES DIFFERENDS	115
III-L'EXECUTION FINANCIERE DU MARCHE.....	120
III-LA REALISATION DE CERTAINS RISQUES.....	124
PARTIE VI LA FIN DU MARCHE DE PARTENARIAT	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
I-LES EVENEMENTS SUSCEPTIBLES D'ENTRAINER LA RESILIATION DU MARCHE EN DEBUT	
D'EXECUTION ET LEURS CONSEQUENCES.....	130
II-LA RESILIATION DU MARCHE DE PARTENARIAT ET SES CONSEQUENCES	131
III-LA CESSION DU MARCHE DE PARTENARIAT	139
ANNEXES	144
ANNEXE I : EXEMPLES DE CLAUSES DE MARCHES DE SELECTION D'AMO	145
ANNEXE II : EXEMPLES D'OPERATIONS EN MARCHE DE PARTENARIAT	157
ANNEXE III : MODELE DE PLANNING DE REALISATION D'UN MARCHE DE	
PARTENARIAT.....	160
ANNEXE IV : PLAN D'UN MARCHE DE PARTENARIAT.....	162
ANNEXE V : MODELE DE MATRICE DES RISQUES.....	167

PICTOGRAMMES



Bases légales et
réglementaires



Bonnes pratiques



Process et
méthodologie



Livrable (s)

PRESENTATION ET AVANT-PROPOS



I- « Un peu d'histoire » : le contrat de partenariat instauré en 2004

Avant d'être un instrument de financement, ou même un outil d'acquisition, le contrat de partenariat créé par l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 a d'abord été un nouvel outil de gestion de la commande publique qui devait permettre de répondre à des problématiques d'optimisation du service final rendu à la personne publique.

- Par l'amélioration de l'offre de services :

- le préfinancement privé permettait le lancement plus rapide de projets (accélérateur d'investissements publics),
- la puissance publique pouvait se concentrer sur la définition du service à fournir plus qu'aux spécifications techniques de l'ouvrage censé fournir ce service,
- le secteur public conservait l'expertise sur ses services externalisés,
- le dialogue compétitif permettait de tirer le maximum d'innovation et de créativité du secteur privé.

- Par un meilleur coût pour le citoyen :

- avec un coût global du projet inférieur, sur sa durée de vie ,grâce à une meilleure intégration des phases du projet : financement, conception, construction, exploitation, maintenance,
- l'inclusion de prestations de services payants destinés à des clients tiers (revenus annexes) qui permettent d'améliorer l'équilibre financier du projet et réduisent le niveau de la redevance à la charge du secteur public,
- des délais de réalisation plus courts augmentant l'utilité socio-économique du projet,
- une meilleure qualité de service grâce à la rémunération à la performance.

- Par un transfert de risques vers le partenaire privé.

Le contrat de partenariat a ainsi introduit de nouveaux concepts dans la sphère administrative tels que l'obligation de rendre compte et l'évaluation systématique aux différentes étapes de la vie du projet, en cohérence avec la réforme budgétaire entrée en vigueur en 2006.

Le contrat de partenariat est pourtant resté peu utilisé. Ainsi entre 2004 et mi-2014, 620 contrats ont été signés pour un investissement global de 18 milliards d'euros, ce qui ne représente que 5 % de l'ensemble des achats publics. Parmi les contrats, il est possible de citer la LGV Bretagne - Pays de la Loire ou la reconstruction des barrages manuels de l'Aisne et de la Meuse. Ce type de marchés suscite depuis sa création en 2004 de nombreux débats en particulier sur ses coûts.

Les rares études évaluant la performance des contrats de partenariat en cours (PwC et IAE de Paris) laissent à penser que leurs atouts concernant le respect des coûts et des délais de réalisation sont bien réels. Une comparaison a été réalisée portant sur des collèges du département du Loiret qui, sur la même période ont été construits tantôt en maîtrise d'ouvrage publique, tantôt en contrat de partenariat. Elle révèle ainsi que le coût d'investissement des collèges en contrat de partenariat s'est avéré, in fine, conforme aux prévisions, tandis que les coûts pour les projets en maîtrise d'ouvrage publique ont été supérieurs de 26%.

Ces études s'appuient toutefois sur des échantillons plutôt restreints et reposent souvent sur la perception des personnes publiques en charge des contrats. Elles ne questionnent ainsi ni les reproches généralement adressés aux contrats de partenariat, que ce soit le manque de flexibilité des contrats ou le surcoût d'investissement lié à la rémunération du partenaire privé, ni les gains obtenus en échange de ces surcoûts. Elles ne se prononcent pas sur ce que serait la performance de ces projets s'ils avaient été réalisés en maîtrise d'ouvrage traditionnelle.

II- Un nouvel outil de la commande publique : le marché de partenariat

La récente réforme du droit de la commande publique, telle qu'issue de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, a intégré le marché de partenariat au sein de la catégorie des marchés publics (ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, article 67). Les règles relatives aux marchés de partenariat ont été codifiées dans le code de la commande publique (CCP), publié au Journal Officiel du 5 décembre 2018, aux articles L.2200-1 à L.2236-1 et R.2200-1 à R.2236-1.

Désormais rattaché à la catégorie des marchés publics, il répond à l'objectif d'unification des montages contractuels antérieurs, complexes, associant des partenaires publics et privés (CP, BEH, BEA-CMD, etc.). Il vise à simplifier le cadre législatif de ces marchés, à sécuriser et rationaliser les conditions de recours, en les soumettant aux règles générales de la réglementation des marchés publics¹.

Plusieurs études ont d'ores et déjà crédité le marché de partenariat de nombreux avantages² :

- Il permet à la puissance publique de disposer d'une réponse globale à son appel d'offres, couvrant toutes les étapes du projet. Celle-ci connaît ainsi dès le départ le coût total de l'infrastructure ou de l'équipement qu'elle compte construire -construction, entretien et exploitation - et maîtrise ainsi son budget.
- Il représente un moyen pour la puissance publique de mobiliser l'expertise du secteur privé dans la maîtrise d'ouvrage de ses équipements et d'utiliser des financements privés pour accélérer les investissements."
- Une juste perception des avantages et inconvénients inhérents au marché de partenariat, en particulier de ses conséquences pour l'investissement public, via l'évaluation préalable, peut permettre à l'acheteur public d'opter pour ce dernier, ou pour une alternative telle que la maîtrise d'œuvre publique.

Il constitue ainsi une réponse en coût global (couvrant la totalité du projet) et une meilleure intégration des différentes étapes du projet, confiées à la même entité ; des délais de réalisation tenus et un cadre incitatif, du fait de clauses financières liées à l'atteinte de critère de qualité de service.

- La négociation d'un partenariat nécessite et permet toujours un partage des risques judicieux entre acteurs publics et acteurs privés, chacun prenant à sa charge les risques sur lesquels il dispose du meilleur levier d'action. Ce partage doit néanmoins respecter les intérêts de la personne publique.
- La délégation de la maîtrise d'ouvrage présente également un intérêt pour une personne publique dont les moyens seraient insuffisants, en termes quantitatifs (volume, délai) ou qualitatifs (complexité), tout en apportant de la flexibilité dans la gestion des ressources humaines.
- Le recours au marché de partenariat est de nature à favoriser l'innovation dans les réponses aux appels d'offres, notamment dans le cas où une phase de dialogue compétitif est possible et prévue.

Ce guide est un appui indispensable pour que le marché de partenariat puisse profiter aux villes de taille moyenne et à leurs habitants afin de favoriser leur développement pour que chacun puisse profiter sur l'ensemble des territoires de nouveaux services publics adaptés, modernes et efficaces.

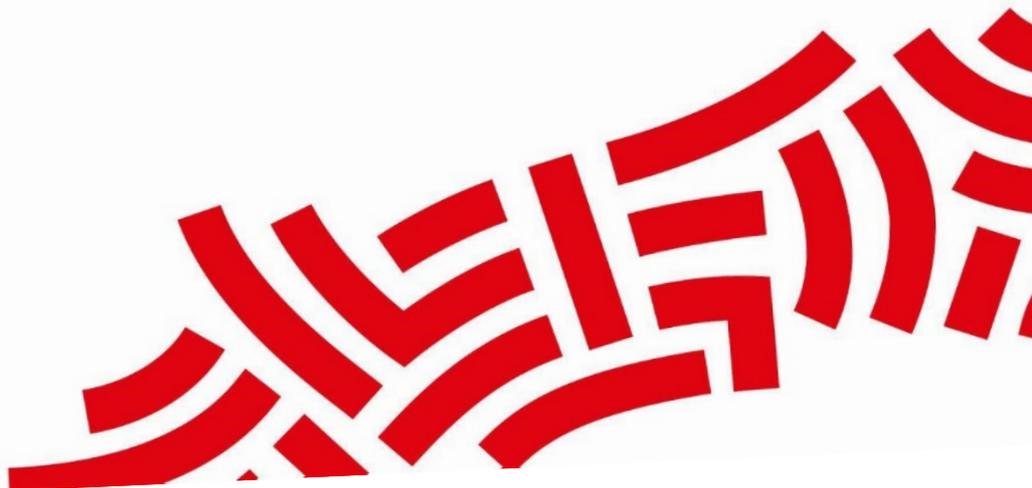
Puisse cette publication contribuer au développement de tous les territoires !

La Banque des territoires

¹ ANAP : Évaluation des procédures d'investissement en santé - Première approche, juin 2015.

² Commissariat général au développement durable « Quels domaines de pertinence pour les marchés de partenariat ? » 22 février 2016, n° 139 ; série "Etudes et documents"

PREAMBULE : POURQUOI UN GUIDE POUR
L'ACCOMPAGNEMENT DES COLLECTIVITES DANS LA
PROCEDURE DE MISE EN ŒUVRE D'UN MARCHÉ DE
PARTENARIAT ?



I- Objet du guide

A- L'assistance aux collectivités dans la procédure de mise en œuvre d'un marché de partenariat.

La relance de l'investissement, notamment dans les collectivités locales, passe par une utilisation de l'ensemble de la palette des outils de la commande publique et notamment les outils de gestion déléguée de projet (marché de partenariat, concession de service [ex-DSP] ou de travaux, etc.).

La récente réforme du droit de la commande publique, telle qu'issue de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, a intégré le marché de partenariat au sein de la catégorie des marchés publics (ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, article 67) suivant cette définition:

« I. - Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat ».

Le guide méthodologique proposé a pour vocation de présenter les marchés de partenariat et la procédure de mise en œuvre de tels marchés. Il aborde, en faisant référence aux bases légales, les étapes à suivre, les livrables à produire, les points de vigilance et bonnes pratiques en cette matière.

B- Champ d'application potentiel

Le champ sectoriel d'application du marché de partenariat demeure assez large. En effet, le cadre juridique et réglementaire applicable aux marchés de partenariat ne limite pas le type de réalisations possibles : celles-ci concernent aussi bien le bâtiment et les travaux publics que les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Par référence aux anciens contrats de partenariat, un certain nombre d'équipements publics pourront faire l'objet d'un marché de partenariat, à savoir :

- o les infrastructures scolaires (écoles, collèges, lycées, institut de formation ...),
- o les bâtiments et services sanitaires et sociaux (hôpitaux, crèches),
- o l'éclairage public et la signalisation tricolore,
- o la voirie, le stationnement et le transport, l'informatisation des services publics locaux,
- o les équipements culturels et sportifs (stades, piscines, musées, centres culturels, salles polyvalentes),
- o les projets d'aménagement urbain ou touristique,
- o certaines infrastructures dans le domaine de l'eau, de l'assainissement ou des déchets (stations d'épuration, incinérateurs),
- o conception ou modernisation d'un système d'information ou autre bien immatériel

Le marché de partenariat peut également concerner des prestations de service ou Construction ou rénovation (notamment thermique / extension puis exploitation / entretien dans la durée de tout infrastructure ou équipement public municipal.

C- La nécessité de mettre en œuvre les bonnes pratiques de gestion de projet

Afin de réussir la réalisation d'un projet en marché de partenariat, en respectant les délais, le budget et les ressources engagées, la collectivité locale se doit de mettre en place une équipe-projet et il est souvent nécessaire de se faire accompagner à un Assistant à la Personne Publique (APP)³, généralement assimilé à un Assistant à Maîtrise d'Ouvrage (AMO), venant soutenir et conseiller l'équipe de la personne publique tout au long des étapes du projet⁴.

L'intérêt d'une méthodologie de gestion de projet est de poser des règles et bonnes pratiques permettant de conduire un projet en accomplissant chaque étape du projet, de la planification à la mise en œuvre, dans un souci d'efficacité et rentabilité.

De nombreux projets évoluent au fur et à mesure qu'ils progressent et ont des exigences qui ne sont pas clairement définies. Il est donc déterminant de définir une méthodologie de gestion de projets efficace.

Le présent guide propose la mise en œuvre de la méthode adaptive dont le principal intérêt est la flexibilité permettant à tous les acteurs de travailler efficacement ensemble, en suivant des règles clairement définies, dans le respect du planning. Surtout, cette méthode permet de s'adapter continuellement aux changements de situation d'un projet.

En effet, la conduite d'un projet de construction ou rénovation d'infrastructures ou équipements publics repose sur de nombreux paramètres tels que :

- L'évolution du climat économique / de la demande / fréquentation des usagers
- Les besoins capacitaires qui en découlent,
- les perspectives de recettes des usagers, le cas échéant
- la technologie utilisée
- les coûts (construction / rénovation, financement, exploitation, entretien),
- les délais,
- la gestion de la complexité technique, contractuelle, financière,
- l'instabilité du marché économique,
- les compétences de l'équipe projet,
- les risques : anticipation et gestion

L'approche adaptative n'est pas figée et s'ajuste constamment aux différentes variables du projet.

Parce que chaque projet est différent, il doit être traité avec une approche différente.

Contrairement aux méthodes traditionnelles de management de projet où le planning des tâches est suivi scrupuleusement sans permettre le moindre ajustement alors que les aléas dans un projet d'une certaine envergure peuvent être nombreux et imprévisibles ; la méthode adaptative permettra de mieux appréhender une situation, d'en envisager les éléments d'adaptation nécessaires à sa bonne réalisation et surtout de mener un projet à réaliser en marché de partenariat, à son terme, dans les meilleures conditions possibles.

³ En conséquence, c'est cette appellation d'AMO qui sera privilégiée dans la suite du document.

⁴ Il faut toutefois noter que la Maîtrise d'Ouvrage est transférée à la société de projet dès lors que le marché lui est notifié. A l'achèvement du marché, la personne publique récupère l'ouvrage objet du marché.

II- Qu'est-ce qu'un marché de partenariat ?

A- Un marché public

Désormais rattaché à la catégorie des marchés publics, le marché de partenariat figure aux articles 66 et suivants de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après « l'ordonnance de 2015 ») qui procède ainsi à un élargissement du droit des marchés publics et à sa simplification. En effet, afin de s'aligner sur l'une des catégories binaires du droit de l'Union européenne, la France a choisi de le rattacher expressément à la catégorie des « marchés publics » et non à celle des « concessions ».

L'ordonnance a été complétée par son décret d'application n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (ci-après- « le décret de 2016 »).

Le marché de partenariat est désormais défini comme une catégorie spécifique de marché public *qui « permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale »* (Ord. art. 67) sous maîtrise d'ouvrage privée. Lorsqu'il est passé par une personne publique, il constitue un contrat administratif par détermination de la loi (Ord. art. 3).

En conséquence, les marchés de partenariat sont soumis aux trois principes de la commande publique : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures (Ord. art. 1^{er})

De même, en dehors de dispositions spécifiques visées des articles 66 à 90 de l'ordonnance de 2015 et des articles 143 à 166 du décret de 2016, c'est tout le droit de la commande publique qui s'applique aux marchés de partenariat. Ne s'appliquent cependant pas, les dispositions relatives à l'allotissement (Ord. art. 32, D. art. 12), à la durée du contrat, aux prix (D. art. 16 et 19), à l'exécution financière du contrat (Ord. art. 59 et 60 ; D. art. 109 à 132) et à la sous-traitance (Ord. art. 62 ; D. art. 133 à 137).

Les acheteurs ont désormais également la possibilité de conclure « *un accord-cadre de partenariat* » ayant pour objet d'« *établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées* » (Ord. art. 4).

L'accord-cadre de partenariat obéit aux mêmes conditions de passation que les marchés de partenariat. L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet (EMRP) et l'étude de soutenabilité budgétaire sont effectuées au moment de la passation de l'accord-cadre de partenariat. Les marchés subséquents sont ensuite conclus conformément aux dispositions de l'article 79 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

B- Un contrat global

Le marché de partenariat est un contrat global : qui doit comprendre au moins :

- ✓ la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;
- ✓ tout ou partie de leur financement ;

Ces missions confiées au titulaire du contrat sont considérées comme principales et obligatoires ; c'est une société de projet (Cf. partie III- Point VI – E) créée pour l'occasion qui porte l'ensemble de ces missions.

Dans le cadre des missions complémentaires, le titulaire du contrat peut se voir confier :

- tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
- l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
- la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

L'un des principaux intérêts du marché de partenariat est d'associer la conception à la réalisation et l'exploitation pour une meilleure efficacité du contrat.

En outre, les missions complémentaires peuvent porter sur l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages ou de biens immatériels. De même, l'ordonnance de 2015 consacre la possibilité de déléguer la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice d'une mission de service public. Toutefois, la gestion d'une mission de service public dans un marché de partenariat ne peut être qu'accessoire à la construction de l'équipement.

D- Un contrat de longue durée

Le marché de partenariat n'a de sens que sur une certaine durée, déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues. En effet, il ne peut y avoir de justification économique à recourir à un marché de partenariat que sur la durée :

- ✓ par la baisse du coût du service attendue de la conception, de la réalisation, de l'exploitation/ maintenance par la même personne ;
- ✓ par un meilleur entretien planifié et soutenu des ouvrages qui allonge leur durée de vie et accroît leur valeur patrimoniale ;
- ✓ par la liberté laissée aux partenaires de choisir une durée tenant compte des caractéristiques du financement du projet.

E- Un contrat aux modalités de rémunération performancielles

La rémunération du cocontractant par la personne publique présente cinq éléments caractéristiques et doit être distinguée des différents types de coûts (article 160 du décret de 2016):

- ✓ Le titulaire (la société de projet) est rémunéré par l'acheteur, sous forme de loyers, à compter de la mise à disposition des ouvrages construits, objet des travaux. Le paiement est ainsi dit différé parce qu'il rémunère les prestations commandées par l'acheteur, à partir de l'achèvement des travaux. Cette modalité de rémunération suppose donc un préfinancement privé mis en place par le titulaire du contrat.
- ✓ Elle est étalée sur toute la durée du contrat : les marchés de partenariat autorisent une rémunération dans laquelle les investissements initiaux ne sont pas nécessairement réglés à « *leur réception* » mais peuvent donner lieu à des paiements tout au long de la phase d'exploitation.
- ✓ Elle est liée à des objectifs de performance : l'objet premier du marché est l'amélioration du service rendu aux usagers, il est donc légitime que la rémunération tienne compte des résultats obtenus en la matière. Cette logique performancielle permet d'imposer au titulaire du marché de partenariat des objectifs de résultat, notamment en matière d'entretien et de maintenance, permettant de garantir la disponibilité de l'ouvrage objet du contrat ou encore, en termes de consommation d'énergie ou de développement durable. Le non-respect de ces objectifs conduit à une pénalisation financière du cocontractant, sous la forme d'une minoration de sa rémunération.
- ✓ la personne publique a également la faculté de concourir au financement des investissements.

- ✓ Le marché peut intégrer des recettes annexes. Le marché de partenariat permet la mise en place de financements innovants combinant plusieurs éléments : versement direct par la collectivité locale, revenus provenant de la valorisation du domaine public, recettes supplémentaires d'exploitation...

III- Les raisons de recourir à un marché de partenariat

A- Une délégation d'une opération globale favorisant la bonne coordination des différentes phases du projet ainsi que l'innovation

Le marché de partenariat permet de :

- Simplifier la mission des personnes publiques dans la gestion contractuelle de leurs équipements en intégrant dans une procédure unique des contrats normalement séparés (conception – construction – maintenance & entretien – exploitation), favorisant ainsi la bonne coordination et l'interface entre les acteurs privés dans les différentes phases de réalisation du projet
- Disposer, s'agissant de l'acheteur public, d'une réponse en coût global à son appel d'offres, couvrant toutes les étapes du projet. La collectivité publique connaît ainsi dès le départ le coût total et réel de l'infrastructure ou de l'équipement qu'il compte construire, sa valeur à l'issue du contrat (construction, entretien et exploitation, maintien en l'état) et maîtrise ainsi son budget sur la durée du contrat.
- Définir objectivement le niveau de maintenance et d'entretien des infrastructures exigé, le cas échéant en prévoyant la faculté pour la personne publique de le moduler dans le temps, et bénéficier d'engagements de résultat de la part de l'opérateur (particulièrement dans les marchés publics de performance énergétique).
- Bénéficier du savoir-faire des partenaires privés mais également favoriser l'accès aux innovations développées par ces derniers et plus particulièrement lorsque la procédure de mise en concurrence par dialogue compétitif a été retenue. Cette procédure permet aux candidats de proposer d'autres solutions techniques que celles envisagées par le commanditaire (rédaction de programme par objectif), et de révéler des solutions innovantes qui n'auraient pas été trouvées spontanément si le partenaire privé avait été contraint par un cahier des charges rédigé par prescriptions techniques. Dans le cas de projets complexes, le marché de partenariat garantit que la réponse apportée est celle qui optimisera les coûts globaux du projet tout en assurant la qualité de service recherchée et sans faire peser sur la collectivité de risque lié à l'innovation.

En outre, la maîtrise d'ouvrage portée par le titulaire du contrat (privé) permet :

- de trouver la meilleure réponse à des besoins fonctionnels et techniques complexes supposant des compétences de pointe (d'autant plus quand il est fait appel à l'innovation), parfois non internalisées par la collectivité locale ;
- de mutualiser et simplifier des missions de maîtrise d'ouvrage répétitives, disséminées dans le temps (et parfois géographiquement), aux bénéfices des différents services en responsabilité du projet ne disposant pas des moyens suffisants pour garantir la qualité des rendus (temps et parfois compétence);
- de réaliser dans un délai contraint une opération donnée, complexe et/ou au volume d'investissement en temps important, en inadéquation avec les moyens d'intervention disponibles au sein des services de la personne publique ;

- d'encadrer les évolutions possibles dans le temps (travaux et services complémentaires notamment).

A- La maîtrise des délais et l'amélioration du service rendu à l'utilisateur⁵

- Le marché de partenariat donne au cocontractant privé une incitation particulièrement forte à tenir ses délais. En effet, celui-ci ne bénéficiera des loyers versés par la personne publique ou de la redevance payée par l'utilisateur qu'à partir de la mise à disposition de l'ouvrage. En cas de retard de livraison, le partenaire privé prend le risque de supporter des frais financiers supplémentaires (décalage des recettes, des loyers et frais d'intérêts différés).
- Le contrat unique présente moins de risques de dépassement de délais (le titulaire portant directement la maîtrise du calendrier opérationnel du projet), de sorte qu'à budget égal, comparativement aux marchés publics classiques (MOP), la personne publique peut réaliser plus rapidement un ouvrage ou un service mis à disposition du public.
- Le marché de partenariat permet de livrer un projet dans les coûts et dans les délais fixés, en particulier dans le cas d'un programme de construction / rénovation d'équipements similaires (massification, et notamment sur des équipements scolaires, de l'éclairage public), le cas échéant avec des accords-cadres.
- Le marché de partenariat peut concourir à l'exercice de missions du service public
- Il peut être à l'origine d'améliorations du service rendu aux usagers grâce aux services annexes que le titulaire peut proposer (restauration, internet mobile, stationnement, conciergerie, boutiques, offres de services, etc.), le risque de recette issue de ces services (et la marge prévisionnelle associée) étant porté par ce dernier.
- Ces recettes complémentaires (dites d'exploitation), intégrées dans l'équilibre économique global du marché, peuvent permettre *in fine* de réduire le poids financier porté par la collectivité (optimisation), ce qui est encore plus sensible lorsqu'est réalisé à côté de l'équipement un Programme Immobilier d'Accompagnement.
- De plus, ce marché permet la mise en place d'un cadre incitatif : la plupart des contrats contiennent des clauses modulant les loyers ou les tarifs en fonction de l'atteinte d'un certain nombre de critères de qualité du niveau de service et donc de performance à atteindre (dans le cas des MPPE, les économies sur performance sont souvent partagées).
- Ce marché permet enfin d'assurer la pérennité de l'ouvrage, par une phase d'exploitation-maintenance clairement définie, garantissant ainsi la qualité de son entretien et son bon état sur la durée du contrat jusqu'à sa restitution finale à la personne publique.

B- Certains risques transférés à la société portant le projet

- Le marché de partenariat permet de transférer un certain nombre de risques vers le secteur privé, et notamment le risque de dérive des coûts, tout en incitant la personne publique à stabiliser son besoin fonctionnel.
- Le prix pour la personne publique est défini à l'entrée en vigueur du contrat et c'est au partenaire privé de supporter les dérives en matière de coûts de construction ou d'exploitation sans déroger aux mentions stipulées et pièces annexées au contrat. Le marché de partenariat est donc un moyen pour la personne publique de maîtriser son budget sur la durée.

⁵ Cf. Annexe I – Calendrier-type de passation d'un marché de partenariat.

- Le partenaire privé porte les risques d'optimisation du coût global par la prise en charge des risques d'interface entre les intervenants et les différentes phases du marché. Il est le garant de la conduite des engagements de ses intervenants sur la durée.
- Cependant, chaque type de risque doit être anticipé et caractérisé pour être imputé à la partie qui est le plus à même de l'assumer (acteur privé tout comme personne publique), c'est ainsi que le contrat est rédigé.

IV- Marché de partenariat et économie mixte

Un marché de partenariat peut se combiner avec l'économie mixte au sens large, et plus particulièrement différentes structures de portage :

- Les sociétés d'économie mixte (SEM) locale : sociétés anonymes régies par le livre II du Code de commerce, compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement et de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ainsi que toutes autres activités d'intérêt général. Les collectivités locales ne peuvent toutefois leur confier des missions qu'au terme d'une mise en concurrence et les SEM sont soumises aux règles de la commande publique et à un certain nombre de contrôles. A ce titre, une SEM peut candidater à un marché de partenariat.
- Les sociétés publiques locales (SPL) : sociétés anonymes créées par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 (CGCT l'article L. 1531-1) sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. L'originalité de la SPL consiste dans la composition de son capital, constitué exclusivement de participations publiques (au minimum, deux personnes publiques). En outre, une SPL jouit de l'attribution directe des contrats publics. En effet, la SPL ne disposant pas de l'autonomie vis-à-vis de ses actionnaires – collectivités publiques – elle agit exclusivement pour satisfaire leurs besoins. Bénéficiant dès lors de l'exception « *in house* », les collectivités associées à ses structures peuvent leur confier directement la gestion d'un service public industriel et commercial ou toute autre activité d'intérêt général, sans l'obligation de respecter une quelconque procédure de mise en concurrence préalable. A ce titre, par l'exercice d'une relation « *in-house* » avec une SPL constituée avec un autre partenaire public, une collectivité locale donc être exemptée des règles de publicité et de mise en concurrence obligatoire en cas d'attribution d'un marché de partenariat.
- Les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) : créées par les dispositions de la loi n°2014-744 du 1er juillet 2014 sont constituées, à titre exclusif, en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la personne publique dont l'objet unique, qui ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat, est :
 - La réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement,
 - La gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service,
 - Toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la personne publique.

La durée de vie de la SEMOP est calquée sur la durée du contrat : à l'expiration de la convention, la SEMOP sera également dissoute. A l'instar d'une SEM « classique », la SEMOP donc être composée par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales avec au moins une personne privée. A la différence cependant d'une SEM « classique », la SEMOP déplace la procédure de publicité et de mise en concurrence au stade du choix du partenaire privé et non plus au stade de l'attribution du contrat (CGCT art. L.1541-1).

Comme le précise l'article L.1525-2 du CGCT, la procédure de publicité pour la mise en place d'une SEMOP serait celle applicable pour le type de contrat destiné à être conclu entre la collectivité ou le

groupement de collectivité et la SEMOP : à ce titre un marché de partenariat peut être le contrat support d'une SEMOP.

Les principales étapes du processus de préparation par une collectivité locale du marché de partenariat sont les suivantes :

- La définition des besoins de la collectivité locale (réalisation d'un pré-programme : contour du projet) ;
- La mise en place d'une équipe projet structurée au sein de la collectivité et la désignation éventuelle d'un assistant à maîtrise d'ouvrage pour l'accompagner dans la définition et l'organisation du processus ;
- Le cas échéant, la réalisation d'une étude de faisabilité visant à aboutir au choix du montage et confirmer la décision de poursuivre le processus par la collectivité ;

Ces différents éléments constituent une étape commune à tous les projets menés par une collectivité et s'interrogeant sur le mode de montage à choisir (I).

Si la collectivité locale choisit de recourir à un marché de partenariat, des études préalables visant à confirmer qu'il est possible d'y recourir (évaluations préalables et étude de soutenabilité budgétaire), devront être réalisées, afin que ce choix soit définitivement validé (II).

A son issue, et en fonction de choix juridiques, financiers, techniques et politiques, elle pourra donner lieu au lancement de la procédure de passation d'un marché de partenariat ou d'un autre mode contractuel d'intervention publique. Si le recours au marché de partenariat devait être confirmé, les étapes suivantes seraient à réaliser :

- La phase de passation du marché de partenariat (III) ;
- Sa phase d'exécution (IV) et de sa gestion (V) qui se dérouleront jusqu'à son achèvement (VI).

HUIT « BONNES RAISONS » DE RECOURIR AU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Le marché de partenariat permet de :

- Sécuriser le financement dès le lancement du projet. Le remboursement de la dette, payé sous forme de loyers est comptabilisé par la collectivité à la mise à disposition du projet et/ou des ouvrages.
- Acter les coûts du projet (coûts globaux) dès la notification au titulaire sur la durée (investissement, fonctionnement).
- Augmenter les chances de mettre à disposition le projet dans les coûts et dans les délais prévus grâce à la mise en place de cette procédure unique de validation spécifique aux marchés de globaux.
- Optimiser le montage financier pour la collectivité en panachant les sources de financement disponibles et en s'appuyant sur l'expertise de financement structurée par la société de projet titulaire (optimisation des coûts d'opération et de la structuration du financement des coûts).
- Concilier marché de partenariat et économie mixte : faculté pour la collectivité ou pour un organisme public (dont la CDC) de prendre une participation minoritaire dans la société de projet portant le marché de partenariat (Ord. art. 80) offrant la possibilité aux acteurs publics et actionnaires de participer et influencer les décisions de gouvernance de la société de projet.
- Utiliser cette possibilité pour les collectivités et/ou les organismes publics (dont la CDC) d'entrer au capital de la société de projet dès le lancement de la procédure pour ainsi faciliter l'accès aux projets aux entreprises privées en capacité (PME et ETI).
- Améliorer l'allocation des risques dans le cadre de projets d'une certaine complexité ou comportant une part d'innovations ou d'incertitudes.
- Dégager des économies d'échelle en ayant recours aux regroupements de projets (massification) par le lancement de marchés de partenariat en coopération entre plusieurs collectivités (l'une d'entre elle pouvant être chargée par les autres de conduire la procédure) ou par le recours à des accords-cadres dont les marchés subséquents sont déclenchés en fonction des besoins.

PARTIE I

LE « TRONC COMMUN » DE LA GESTION DE PROJET PUBLIC

GRILLE DE LECTURE

INTERVENANTS	<p>Elus Direction technique interne Direction administrative (juridique) interne Direction financière interne Equipe-projet (à identifier ou à créer) AMO (à recruter)</p>
PRE-REQUIS	<p>Identification d'un besoin, d'un projet</p>
INSERTION DANS LE PROCESSUS DE PASSATION DU MARCHE DE PARTENARIAT	<p>Etape préalable et indispensable avant tout lancement du processus de passation d'un marché de partenariat</p>
CALENDRIER ET IMPERATIFS POLITIQUES	<p>Eléments de programme politique Bonne appréhension des équipes internes en vue de la constitution d'une équipe-projet Choix d'un AMO Décision de poursuivre la procédure au vu de l'étude de faisabilité</p>
CALENDRIER ET IMPERATIFS JURIDIQUES ET FINANCIERS	<p>Identification d'un service public à créer/rénover Identification d'un budget (ou subvention ou niveau de capacité d'emprunt)</p>
DOCUMENTS A PRODUIRE DURANT CETTE PHASE AVANT DE PASSER A L'ETAPE SUIVANTE	<p>Identification des besoins (via le sourcing par exemple) Mise en place d'une équipe projet Procédure de recrutement d'un AMO Elaboration d'un pré-programme Elaboration d'une étude de faisabilité et d'une matrice des risques préliminaire (V0)</p>
ETAPE SUIVANTE	<p>Lancement des étapes préalables à la passation du marché de partenariat (Partie II).</p>

ECHELLE DE TEMPS DE REALISATION

	Nom de tâche	01		02				03			04			05			06			07			08										
		52	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31
1	Définition des besoins		■	■	■	■																											
2	Mise en place d'une équipe projet						■	■	■	■																							
3	Passation d'un marché d'AMO									■	■	■	■	■	■	■	■	■	■														
4	Élaboration d'un pré-programme et d'une étude de faisabilité																			■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	

Ce planning (en semaine) est indicatif ; ces délais peuvent être plus ramassés dès lors qu'une collectivité locale dispose d'ores et déjà d'un accord-cadre de marchés d'AMO ou dispose déjà d'éléments assez clairs, à défaut d'être bien formalisés, pour leur définition de besoin.

Le pré-programme et l'étude de faisabilité peuvent être entamés avant le recrutement de l'AMO, qui peut intervenir en « challenge » d'une V0 élaborée par les services de la collectivité avant son intervention. Ceci peut contribuer à réduire la durée totale de cette phase également.

STRUCTURATION DE LA PARTIE I

Les points et les notions suivants sont abordés dans la présente partie :

- La définition des besoins : sourcing et projet éligible (I)
- La mise en place d'une équipe-projet : comités techniques et de pilotage (II)
- Le choix d'un assistant à maîtrise d'ouvrage : sa sélection et ses missions (III)
- Le traitement de la domanialité : modalité d'occupation et valorisation du domaine public et privé de la collectivité locale (IV)
- Le financement et le traitement comptable du marché de partenariat (V)
- La réalisation d'une étude de faisabilité (VI)

Cette phase est commune à tous les projets menés par une collectivité locale.

Sa réalisation est la garantie du succès qu'un projet sera mené jusqu'au bout

A son issue, et en fonction de choix juridiques, financiers, techniques et politiques, elle pourra donner lieu au lancement de la procédure de passation d'un marché de partenariat ou d'un autre mode contractuel d'intervention publique.

I- La définition des besoins et du service à rendre

La démarche de programmation technique, économique, budgétaire, financière, juridique- est primordiale pour le maître d'ouvrage public car elle lui permet d'exprimer ses besoins ainsi que les objectifs, contraintes et exigences du projet dont il a la charge et qu'il souhaite mener à bien.

Cette démarche se doit d'être un vecteur de création de valeur par le respect des coûts envisagés, la qualité architecturale du projet, sa sobriété énergétique, l'optimisation des usages, par les gains financiers générés, la qualité des espaces publics, par la visibilité et l'accès facilités et surtout par la valeur engendrée via la mise en relation des usagers.

Souvent matérialisées par la rédaction d'un programme d'opération, les études programmatiques peuvent également continuer en phase de conception du projet sous la forme d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

A- La détermination interne des besoins de la collectivité et les services attendus



Selon l'article 30 de l'ordonnance de 2015 (complété par les articles 4 à 11 du décret de 2016) :

« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».



Les besoins à satisfaire correspondant à l'objet du marché doivent être recensés : non seulement par rapport à l'évolution prévisible des services concernés (ouvrages, infrastructures,...), mais également au regard de la nature et du volume des mêmes besoins déjà identifiés par le passé. Il convient d'évaluer les besoins à leur juste niveau sans conduire à une sur-qualité des prestations (nature de l'ouvrage, des équipements et des prestations d'exploitation et d'entretien).

Contrairement à la précédente rédaction du code des marchés publics, il n'est plus exigé de l'acheteur qu'il présente dans les pièces de la consultation une description détaillée des spécifications techniques demandée, mais simplement d'avoir une vision plus fonctionnelle et objective des besoins.

En application de cet article 30, l'acheteur public doit également systématiquement prendre en compte les objectifs de développement durable dans la définition de ses besoins.



La réalisation d'une structure de cahier des charges de programmation d'opération ou d'un pré-programme, conçu comme un outil de planification permettant de cartographier, d'anticiper les besoins et de les recenser en fonction de leur pertinence économique et de leur urgence.

COMPLEMENTS MPPE (1)

Le Contrat de Performance Énergétique (CPE) est une expression générique désignant un outil contractuel issu du droit communautaire qui peut contribuer à faciliter la réalisation des objectifs du Grenelle de l'environnement en termes de réduction de consommation énergétique des bâtiments. De tels contrats sont passés entre des opérateurs professionnels du bâtiment et des consommateurs finaux.

La directive CE 2006/32 du 5 avril 2006, relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques, définit le CPE comme « *un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur (normalement une Société de Services Énergétiques) d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini.* »

La loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (« Grenelle I ») identifie le CPE comme un outil pouvant utilement concourir à atteindre l'objectif de réduction d'au moins 40 % des consommations d'énergie des bâtiments de l'État et de ses établissements publics d'ici 2020.

La taille du patrimoine des collectivités territoriales les désigne naturellement comme acteur essentiel du Grenelle en ce qui concerne la rénovation énergétique des bâtiments (un patrimoine de 280 millions de m²), et le CPE, décliné en la forme d'un Marché Public Global de Performance Énergétique (MPGP-E) ou d'un Marché de Partenariat de Performance Énergétique (MPPE) peut, à cet effet, constituer un outil privilégié pour la réalisation d'objectifs de performance énergétique et de développement durable.

B- Le cas échéant, le recours au sourcing



Selon l'article 4 du décret de 2016 :

« Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences [...] ».



Le sourcing permet la recherche et l'évaluation d'opérateurs économiques innovants, et leur mise en relation avec des acheteurs publics dans le cadre d'une démarche active pour repérer dans un domaine donné, des procédés émergents ou des solutions pertinentes (lors d'une consultation restreinte, par exemple). Il est considéré comme un facteur d'amélioration et de performance de l'achat public :

l'adéquation entre les besoins de l'acheteur et l'offre est améliorée ; les fonds publics mieux utilisés ; la concurrence avec les opérateurs dynamisée.

Le choix de l'opérateur économique ainsi sollicité dépendra de l'opération envisagée : constructeur ou exploitant-mainteneur pour un bâtiment ; énergéticien pour l'amélioration de la performance énergétique....



Les opérateurs sollicités peuvent produire **un avis, une étude de marché**... permettant à l'acheteur public de disposer d'éléments techniques, juridiques (sur un montage contractuel à privilégier), et financiers.

C- La détermination du périmètre du projet et de son éligibilité, a priori à un marché de partenariat.



Selon l'article 67 de l'ordonnance de 2015 :

« I. - Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'utilisateur de prestations exécutées en vertu du contrat ».

L'acheteur public doit vérifier si son projet présente bien un caractère global : que tout ou partie du financement, ainsi que la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement, la destruction d'ouvrages ou d'équipements voire de biens immatériels, nécessaires au service public ou à une mission d'intérêt général peuvent, à titre principal, être confiés à un opérateur.

Dans le cadre des missions complémentaires, le titulaire du contrat peut se voir confier tout ou seulement une partie de la mission de conception.



Note interne à la collectivité permettant d'apprécier les objectifs du projet, la faisabilité, et l'intérêt de recourir à un marché de partenariat.

COMPLEMENTS MPPE (2)

Le MPPE peut porter, soit sur un bâtiment, soit sur un parc de bâtiments, et inclure des travaux sur le bâti, sur les systèmes de production, de distribution et régulation du chauffage, de la climatisation, de l'éclairage, de l'eau chaude sanitaire (plus généralement sur l'amélioration de l'efficacité énergétique de tout équipement ou système producteur, ou consommateur d'énergie), comprendre des actions sur l'exploitation/maintenance, être complété par des actions faisant évoluer le comportement des usagers,...

POINTS DE VIGILANCE DEFINITION DES BESOINS ET DU SERVICE A RENDRE

Concernant le sourcing, toutes les précautions doivent être prises pour que la concurrence ne soit pas faussée par la suite, en particulier quand l'opérateur a eu accès à des informations ignorées des autres candidats et qu'il soumissionne à la consultation lancée par la suite. En effet, les résultats de ces études peuvent être utilisés par l'acheteur à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

S'agissant de la détermination du périmètre du projet, le point III de l'article 67 ouvre la possibilité pour la collectivité de structurer en marché de partenariat une activité entraînant le paiement des usagers tout en gardant une meilleure capacité d'influer sur la politique tarifaire, de lutte contre la fraude, de relance des impayés... que dans un modèle de concession / DSP où le tarif est fixé contractuellement (i.e. pas de transfert du risque de recettes), tout en permettant la mise en place d'un financement de projet à moindre coût pour la collectivité qu'en concession. Toutefois, le recours au marché de partenariat pour un équipement donnant lieu à paiement des usagers dans le cadre du III de l'article 67 expose la collectivité à devoir financer un écart défavorable entre les recettes des usagers et le loyer payé au titulaire (ex. zoo de Vincennes).

II- Equipe-projet

A- La disposition de la collectivité territoriale à la passation d'un marché de partenariat



La passation d'un marché de partenariat, au regard de sa complexité et de ses enjeux peut parfois justifier que la collectivité publique aménage certains de services. Cette action peut consister en la réalisation de formations spécifiques sur les contrats publics, au renforcement de certains services de l'acheteur voire au recrutement de personnel, également pour la phase d'exécution du marché. La collectivité doit s'assurer de la transversalité de l'équipe projet, car les différents services devront travailler ensemble (différentes directions technique, juridique, financière...).



chef de projet.

Mise à jour éventuelle **de l'organigramme** de l'acheteur public passant soit par une réorganisation des services, soit par le recrutement de personnels spécifiques (juridique, financier, technique...). Création d'un groupe projet multidisciplinaire sous la conduite d'un

B- Les comités techniques et de pilotage



Si la réussite d'un projet mené en marché de partenariat réside en tout premier lieu dans la formalisation précise du besoin, la préparation et le cadrage de la mission permettront d'affiner sa définition.

C'est pourquoi, l'acheteur public peut créer des structures spécifiques accompagnant la passation du marché de partenariat, lesquelles interviendront de concert avec l'éventuel assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) recruté en ce sens :

- **Un comité de pilotage** : garant des décisions stratégiques du projet, il est composé d'élus dont l'exécutif et de représentants des directions opérationnelles ou services en charge du marché (DGS, représentants des services juridique, financier et technique). Il est un organe de validation devant lequel l'AMO présentera ses livrables et en obtiendra la validation afin de passer à la phase suivante de la passation du marché de partenariat. Structure décisionnelle, il est le relais de la volonté politique et impulse la dynamique à l'ensemble des acteurs.
- **Un groupe projet** (comité technique) composé de référents techniques juridiques et financiers du projet et ayant pour mission d'assurer le suivi régulier des différentes étapes de réalisation du projet. Le comité projet sera l'interlocuteur privilégié de l'AMO durant l'ensemble de la procédure de passation du marché de partenariat.



Mise en place **de structures de suivi** de la passation du marché de partenariat (voire d'exécution) par l'acheteur public, n'obéissant pas à un formalisme particulier.

POINTS DE VIGILANCE EQUIPE-PROJET

La mise en place d'un comité de pilotage et/ou d'un comité technique est la garantie de la réussite de la passation d'un marché de partenariat par le suivi et le respect, tant de la procédure que du planning envisagé.

Pour des raisons d'efficacité, ces structures dont le comité de pilotage, doivent être les plus restreintes possibles. Il est préférable de les renforcer ponctuellement en faisant participer des spécialistes selon les besoins identifiés.

Toutefois, il est essentiel d'associer les services / élus concernés dès le début du projet, en s'assurant notamment du décloisonnement entre équipes techniques, juridiques et financières.

III- Le préalable indispensable : le recrutement d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO)

A- Pourquoi et quand recourir à un AMO



L'assistance à maîtrise d'ouvrage est une activité difficile à cerner ; elle ne fait l'objet d'aucune définition légale. La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP) ne définit pas de manière explicite les missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage. Le législateur évoque seulement la possibilité pour le décideur, désigné dans le cas des ouvrages de bâtiments et d'infrastructures de « *maître d'ouvrage* », de s'entourer de compétences publiques ou privées pour élaborer son programme ou estimer l'enveloppe financière prévisionnelle de son opération.



La décision de faire appel à une prestation d'assistance à la maîtrise d'ouvrage peut être motivée par :

- l'absence ou le besoin de renforcer les compétences dans un domaine particulier au sein de la maîtrise d'ouvrage ;
- une politique générale de la maîtrise d'ouvrage en matière de conduite de projets et/ou de gestion de ressources humaines ;
- le besoin de renforcer en moyen humain complémentaire, l'équipe projet interne de la collectivité pour organiser le déroulement du projet au sein de la collectivité (comité de pilotage et comité technique) ;
- la nature même de la mission confiée au prestataire qui, en l'espèce, doit commencer par accompagner la personne publique dans sa décision de faire, notamment par la réalisation de l'étude de faisabilité.

L'intérêt de l'appui par un AMO est également :

- de bénéficier d'une expérience préalable de la mise en œuvre du marché de partenariat du point de vue de collectivités et de groupements privés,
- d'assurer le DGS / le chef de projet qu'au moins un acteur à ses côtés dispose, au quotidien, d'une vision panoramique sur les enjeux et questionnements abordés par l'équipe projet et veille à la transversalité nécessaire entre représentants de différents services qui pourraient fonctionner en silo.

Il convient rapidement dès le projet identifié de passer un marché public d'assistance à maîtrise d'ouvrage.



Décision du pouvoir adjudicateur de recourir à un marché d'AMO.

B- Les missions de l'AMO



L'assistant à maîtrise d'ouvrage aura pour missions essentielles de réaliser les différentes étapes suivantes qu'il est possible d'appréhender de manière chronologique :

- l'étude préalable d'opportunité et de faisabilité du projet (phase facultative),
- l'évaluation et de la gestion des crédits alloués au projet,

- la réalisation du ou des cahiers des charges : définition des besoins tant fonctionnels que techniques par la réalisation d'un préprogramme,
- Si le projet est validé : la rédaction du rapport d'évaluation préalable et du rapport de soutenabilité budgétaire,
- La liaison avec les organismes experts,
- Le lancement de la procédure du marché de partenariat,
- Le suivi de la procédure de passation du marché de partenariat (rédaction du dossier de consultation des entreprises, analyse des candidatures et des offres, conduite des négociations éventuelles, mise au point du marché, finalisation de la procédure)
- le pilotage et de la coordination des activités des différents acteurs du projet,...

A ce titre, l'assistance à maîtrise d'ouvrage peut être juridique, technique et financière en fonction de la nature du marché de partenariat. Il revient à la collectivité locale de déterminer le niveau d'assistance souhaité.

La mission de l'AMO peut être prolongée en phase initiale d'exploitation pour contrôler la mise en œuvre des actions du titulaire concourant au respect des engagements contractuels.



L'AMO restituera **les études et les analyses** demandées par le maître d'ouvrage.

C- La passation d'un marché d'AMO



Il est envisageable de recourir à un AMO selon trois catégories de marchés :

- Le marché ferme (Ord. 2015 ; art. 4)
- Les accords cadres (Ord. 2015 ; art. 4 ; complétés par les articles 78 à 80 du décret de 2016)
- Les marchés publics à tranches optionnelles (D., art. 77)

Les marchés fermes constituent la forme la plus adaptée aux AMO parfaitement cadrée et maîtrisée.



L'engagement du marché peut se faire, alors en une seule fois :

- Les caractéristiques, le volume et la durée des prestations sont déterminés avec certitude,
- La durée du marché fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique (D. art. 16),
- La collectivité dispose des moyens budgétaires pour financer la mission d'AMO.

Il s'agit alors d'une commande simple et classique.

Les accords-cadres :

L'accord-cadre se présente comme un dispositif qui permet de sélectionner un certain nombre de prestataires qui pourront ultérieurement être remis en concurrence lors de la survenance du besoin de la personne publique.

Ce contrat pose les bases essentielles de la passation de marchés ultérieurs pris sur son fondement et accorde en conséquence une exclusivité unique ou partagée aux prestataires ainsi retenus.

Par ailleurs, un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre (D. art 78 78 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016).

S'il prend plus de temps à l'initialisation (phase de référencement), l'accord-cadre permet de gagner du temps (et de la confidentialité) pour les bons de commandes/marchés subséquents si plusieurs opérations d'investissements sont envisagées dans une période courte.

Les marchés à tranches optionnelles :

Les marchés à exécution fractionnée constituent la forme la plus adaptée lorsque la nature de la prestation, le prix et les modalités d'exécution de la prestation sont définis mais que, cependant il subsiste une incertitude sur la possibilité de réaliser le programme dans son intégralité (notamment pour des problèmes de financement, tel que l'attente d'une aide financière extérieure ou l'obtention d'une autorisation administrative). Un découpage de l'opération en parties cohérentes s'effectue avec application d'un délai de réalisation propre à chacune des tranches ferme et conditionnelle.

L'acheteur ne s'engage vis à vis de l'AMO que sur la réalisation de la tranche ferme. S'il décide d'affermir la tranche conditionnelle, l'acheteur ne peut mettre à la charge de l'AMO des obligations non prévues dans son engagement initial.

Il est ainsi possible d'envisager une tranche ferme pour la caractérisation du projet et la comparaison des modes de réalisation ainsi que la soutenabilité budgétaire, puis une tranche optionnelle par mode de réalisation envisagé (marché de partenariat, SEMOP, concession, marché public ...)



Réalisation d'un **marché d'AMO** par l'acheteur

POINTS DE VIGILANCE CHOIX D'UN AMO

Au regard de la complexité de la procédure de passation d'un marché de partenariat et de ses enjeux financiers, il est vivement recommandé d'être assisté par un AMO.

IV- Le traitement de la domanialité

A- Modalités d'occupation du domaine public



La question de la domanialité est visée à l'article 85 de l'ordonnance de 2015.



Le marché de partenariat doit préciser les modalités d'occupation du domaine public nécessaire à la réalisation de son objet. Par principe, l'autorisation que confère le contrat emporte des droits réels.

Les clauses du contrat doivent en outre prévoir avec précision le régime des biens immobiliers, la possibilité pour l'acheteur de bénéficier d'une option d'achat et les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat.

Dès lors, la collectivité publique doit anticiper la question de la domanialité publique, en amont de la procédure de passation du marché de partenariat, en parallèle à la définition de ses besoins et répondre aux questions suivantes :

- Quel domaine public ou privé sera mis à disposition de l'opérateur ?
- Faut-il anticiper une expropriation ou la résiliation d'un précédent contrat ?
- Quels sont les avantages / inconvénients de conférer des droits réels ? par exemple, l'accès aux financements pour le titulaire grâce aux sûretés données sur les droits réels vs transfert de responsabilités et taxes afférentes ;
- Prévoir un ou non une option de rachat par la collectivité en cours de marché...



Choix de la collectivité en termes de modalités d'occupation du domaine public qui sera reflétée dans le marché de partenariat (clauses du contrat).

EXEMPLE DE CLAUSE

Autorisation d'occupation temporaire du domaine public

En lien avec les dispositions de l'article 85 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, le Marché vaut autorisation d'occupation du domaine public pour sa durée. Cette autorisation d'occupation est constitutive de droits réels sur l'Ouvrage réalisé par le Titulaire.

B- Valorisation du domaine



L'article 86 de l'ordonnance de 2015 organise la question de la valorisation du domaine mis à disposition du titulaire du marché de partenariat.



Le régime du marché de partenariat prévoit la possibilité pour le titulaire de consentir lui-même des autorisations d'occupation domaniale ou des baux de droit réel, voire de constituer des droits réels sous réserve d'obtenir l'accord de l'acheteur. Ces autorisations constituent des accessoires aux marchés de partenariat.

Ces différents outils juridiques permettent ainsi au titulaire du marché de partenariat de valoriser les biens immobiliers objet du contrat, participant ainsi à son économie générale. Ils permettent également à l'acheteur public, à l'issue du marché de partenariat, de disposer d'un patrimoine valorisé.

Plus concrètement, le recours à des régimes d'AOT ou la faculté laissée au titulaire de céder du foncier que la collectivité veut aménager ou des immeubles adjacents à l'équipement que l'on veut construire peut permettre de réduire le montant du loyer à verser par la collectivité pour la construction et l'entretien de l'équipement / l'aménagement souhaité, le tout dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence unique.



Les choix de la collectivité en matière de valorisation foncière seront reflétés dans le marché de partenariat (clauses au contrat) et peuvent découler d'une analyse réalisée dans le cadre d'une étude de faisabilité.

EXEMPLE DE CLAUSE

Description du projet de valorisation foncière

Conformément aux dispositions de l'article 86 de l'ordonnance précitée, le Titulaire est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique sur les parcelles.

Ces parcelles feront l'objet d'un contrat de location avec option d'achat entre la Communauté d'agglomération et le Titulaire du Contrat. Le Titulaire sera chargé d'en assurer la valorisation foncière. Les frais de démolition, d'aménagement, de viabilisation, et tous autres frais, notamment administratifs et fiscaux, concourant aux opérations de valorisation foncière seront à sa charge.

V- Le financement et le traitement comptable du marché de partenariat

A- Un financement privé en tout ou partie



La question du financement privé est visée à l'article 67 de l'ordonnance de 2015.



A l'origine, le contrat de partenariat institué en 2004 supposait un financement intégralement privé des investissements. Au gré des précédentes réformes, le financement des investissements a finalement été ouvert à un concours de la personne publique (octroi de subventions, autres participations financières...).

De même, la différence fondamentale entre le marché de partenariat et les marchés globaux classiques est liée à l'exception apportée à l'interdiction de paiement différée, à savoir un objet permettant au titulaire d'assurer tout ou partie du financement.



Grandes lignes du plan de financement du projet (avec la détermination des recettes pouvant provenir de la collectivité / de l'utilisateur / de recettes annexes) et des impacts budgétaires associés dans les modes de réalisation envisageables, dont le marché de partenariat.

B- Le financement public du marché de partenariat et ses différentes formes



L'article 80 de l'ordonnance de 2015 (complété par l'article 160 du décret de 2016) encadre la question du financement public du marché de partenariat.



L'ordonnance a fait disparaître, par rapport au contrat de partenariat institué en 2004, toute exigence de « *financement majoritaire* » du projet par le titulaire et le concours de la personne publique peut désormais prendre la forme d'une participation minoritaire au capital de la société de projet.

L'article 80 consacre la possibilité pour des personnes publiques, acheteur public ou autres personnes publiques tierces, de participer au financement des investissements nécessaires à la réalisation du projet, objet du marché de partenariat. L'éligibilité aux subventions est également de principe consacrée.

Cette disposition permet notamment à la collectivité de panacher les sources de financement (subventions reçues de l'Etat, ses établissements publics, ou d'autres collectivités, emprunt par la collectivité reversé au titulaire du marché de partenariat sous la forme d'un premier loyer majoré, recours au financement de projet sous la responsabilité du titulaire) de sorte à optimiser le coût moyen de financement des investissements.

A titre d'exemple, les collectivités locales peuvent fréquemment emprunter à un taux d'intérêt inférieur à celui pratiqué par les banques au titre de la dette projet levée par la société de projet titulaire du marché de partenariat, même bénéficiant d'une cession Dailly notifiée et acceptée des loyers futurs versés par la

collectivité, ce qui peut inciter à réduire le recours à la dette projet au minimum par rapport aux capacités d'emprunt « à bon marché » de la collectivité.

Il est toutefois intéressant de maintenir la participation de prêteurs privés au financement en dette du marché de partenariat au niveau de la société de projet car ils participent, aux côtés d'éventuels actionnaires tiers de la société de projet, tels que la Caisse des dépôts et consignations, de la saine pression mise sur le constructeur, l'exploitant et le mainteneur dans le cadre du marché.

Le concours financier de l'acheteur public et/ou de tout autre organisme public (ex. la Caisse des dépôts et consignations) peut, enfin, résulter d'une participation minoritaire au capital de la société du titulaire du marché de partenariat dès lors que cette société a été constituée exclusivement pour la réalisation du projet. Dans ce cas, cet actionnaire « *organisme public* » ne participe pas à la procédure de mise en concurrence des opérateurs économiques privés.

Le cas échéant, la perspective de cette participation au capital de la société titulaire du marché de partenariat doit être annoncée le plus tôt possible dans la procédure, idéalement dès le stade de l'AAPC / du règlement de consultation.



Les choix en termes de modalités d'intervention de la collectivité publique et/ou de tout autre organisme public dans le financement du marché de partenariat se reflèteront dans la rédaction du marché de partenariat et, en amont de sa conclusion, dans les documents de la procédure d'appel d'offres. Ils peuvent également découler d'une analyse réalisée dans le cadre d'une étude de faisabilité.

COMPLEMENTS MPPE (4)

Tout MPPE se traduit par un investissement, matériel ou immatériel, dans des travaux, fournitures ou services. Ce sont les actions d'amélioration de la performance énergétique. Cet investissement vise à modifier les caractéristiques énergétiques du bâtiment et à rendre possible une amélioration de la performance énergétique.

En marché de partenariat, le financement peut être porté par la collectivité publique ou l'utilisateur, la SSSE (société de service d'efficacité énergétique) et/ou encore un tiers privé (schéma du tiers investisseur).

C- Le traitement comptable du marché de partenariat

Depuis 2011, pour les marchés de partenariat, les instructions budgétaires et comptables prévoient l'inscription au bilan de l'actif ainsi que la dette correspondante au passif, ceci afin de promouvoir le bon usage des fonds publics et la transparence de l'action publique.

En effet, le marché de partenariat se caractérise par le fait que la collectivité contrôle le service public à la fourniture duquel le partenaire privé concourt grâce à l'équipement (ou ouvrage) défini dans le marché.

L'équipement doit être comptabilisé en tant qu'immobilisation corporelle au bilan de la collectivité dès lors qu'il est contrôlé par celui-ci et que son coût peut être évalué de manière fiable.

La contrepartie au passif consiste en l'inscription d'une dette financière. La part Investissement de la redevance versée à l'opérateur privé est analysée comme un apurement de la dette. Ainsi, à l'échéance du contrat, la dette vis à vis du partenaire privé est apurée dans sa totalité.

Plusieurs arrêtés du 16 décembre 2010 ont mis à jour les instructions comptables et budgétaires. Ces arrêtés veillent à la traduction, dans les comptes de l'entité publique, de l'ensemble des engagements liés aux partenariats public-privé (PPP).

Précédemment, ces engagements figuraient uniquement dans une annexe dédiée aux engagements hors bilan dans les documents budgétaires. Depuis le 1er janvier 2011, l'entité publique est tenue de les inscrire également au bilan à livraison ou leur mise en service et de reconnaître au passif une dette correspondante. Lorsque ces contrats impliquent le versement de loyers ultérieurement à la mise en service de l'équipement produit dans le cadre du contrat, la part des loyers d'investissement restant à verser est enregistrée dans les comptes de la collectivité, à un compte de dette dédié (compte 1675) qui se trouve apuré au fur et à mesure du versement ultérieur des loyers tandis que la part du loyer liée aux coûts de fonctionnement du contrat - rémunération du contractant, coût de la maintenance le cas échéant et les frais financiers correspondant à la dette - sont imputés, budgétairement, en fonctionnement

L'inscription comptable de la dette au bilan, lors de la livraison ou la mise en service de l'équipement, n'a pas d'impact budgétaire, c'est une écriture comptable à opérer en lien avec le comptable public à la fin de l'exercice. Cependant, elle participe de l'endettement général de la collectivité contractante. Pour cette raison, les sommes concernées figurent dans les annexes des documents budgétaires (qui englobent les budgets primitifs, les budgets supplémentaires ainsi que les comptes administratifs), relatives à l'état de la dette, notamment l'état IV-A2.5 « *état de la dette-répartition par nature de dettes* ». Les ratios d'endettement des communes publiés par le ministère de l'Économie et des finances intègrent la part des loyers d'investissement restant à payer.

Les données afférentes au contrat (montant total du contrat, rémunération du cocontractant, part de la rémunération restant à verser) figurent également dans une annexe au budget obligatoire et spécifique (état IV-B1.4), ce qui permet de retracer avec précision la dette contractuelle de la collectivité à l'égard du partenaire privé ainsi que les enjeux financiers liés à ces contrats.

Ce cadre comptable a été défini pour permettre de rendre compte des engagements et de prévenir d'éventuelles stratégies de court terme préjudiciables à long terme pour les finances publiques. Cela permettrait d'éviter l'écueil de recourir aux marchés de partenariat, trop souvent suspectés de s'inscrire davantage dans une logique d'optimisation budgétaire que dans une perspective d'efficacité des investissements publics.

S'il ne confère aucun allègement du niveau de la dette de la collectivité après réception de l'ouvrage par rapport à une réalisation en MOP en régie ou via un marché global de performance, le marché de partenariat présente toutefois l'avantage de repousser l'inscription de la dette correspondante à la mise en service de l'ouvrage, plutôt que des paiements aux fournisseurs à financer au fur et à mesure des marchés d'études et

de travaux.

Consécutivement à un marché de partenariat, plusieurs natures de redevances peuvent ainsi être facturées par le partenaire privé. Leur traitement comptable est conditionné par la nature de charges ou d'investissements couverts par cette redevance.

Au vu de la ventilation par nature de coût du montant payé figurant sur chaque facture reçue par la collectivité ou son comptable public, ce dernier doit procéder lors de chacun des mandatements aux imputations comptables correspondant aux trois composantes du loyer (ou redevance) : Investissement, Financier, Fonctionnement :

- « *Loyer d'investissement* » : la part Investissement du loyer est analysée comme un apurement de la dette. Ainsi, à la fin du contrat, la dette, vis à vis du partenaire privé, est apurée dans sa totalité. Le retraitement de la part du remboursement du capital est comptabilisé au débit du compte « Autres dettes ». Il convient de s'assurer en fin d'année de la concordance entre la comptabilité et l'échéancier de l'emprunt, au niveau du montant de capital remboursé et du montant du capital restant dû ;
- « *Loyer financier* » : la composante Financement du loyer est comptabilisée au débit du compte « Charges d'intérêts » ;
- « *Loyer de fonctionnement* » ou « *loyer d'exploitation* » : Cette part correspond à la gestion, à l'entretien, à la maintenance et aux autres prestations. La composante Fonctionnement du loyer est comptabilisée au débit du compte « Sous-traitance générale ».

Si le marché de partenariat est souvent présenté comme un instrument permettant de favoriser l'investissement public en mobilisant des ressources privées, sa conclusion ne saurait être envisagée comme un moyen de pilotage du solde budgétaire, d'externalisation du besoin de financement des administrations publiques ou d'externalisation de la dette publique.

Un élément important réside dans le mécanisme de cession Dailly

La mobilisation des créances issues du marché de partenariat, principalement par le biais de la cession de créances, constitue l'opération juridique par laquelle le créancier cocontractant (cédant) transfère à un tiers établissement de crédit (cessionnaire) les créances contre son débiteur personne publique (débiteur cédé).

La cession de créances participe directement du montage financier du projet en permettant l'optimisation du financement de l'opération via la réduction des taux d'intérêt. En effet, le ou les prêteurs ayant, au travers de ce mécanisme, pour contrepartie une personne publique, les conditions de taux se rapprochent de celles qui auraient été pratiquées dans le cadre d'un emprunt afférent à la réalisation d'une opération sous maîtrise d'ouvrage publique.

Par ailleurs, compte tenu du quantum sur lequel elle porte, la cession de créances constitue en pratique une garantie majeure pour les prêteurs.

Les cessions de créances en marché de partenariat :

- ne peuvent excéder 80 % de la rémunération due par la personne publique au titre des coûts d'investissement et des coûts de financement ;
- en fonction de l'assiette de la part cédée, constituée des coûts de financement et d'investissement, ces derniers correspondant eux-mêmes - de façon non exhaustive - aux « coûts d'étude et de conception, (coûts annexes à la construction et (frais financiers intercalaires) » ;
- constituent une cession conditionnelle (l'irrévocabilité de la cession - ou plutôt de son acceptation - demeure subordonnée

- au contrôle par la personne publique de la réalisation des investissements).

POINTS DE VIGILANCE

FINANCEMENT

Selon l'article 160 du décret de 2016, l'acheteur public qui entend participer à la société de projet doit le mentionner dans l'avis d'appel à la concurrence ou les documents de la consultation, avec l'indication des caractéristiques de la société, de sorte que les concurrents puissent présenter le projet de statut dans leur offre. Les discussions pourront dès lors porter sur le volet gouvernance de la société de projet à constituer.

VI- La réalisation d'une étude de faisabilité

A- Une comparaison entre différents types de montages contractuels



L'étude de faisabilité a pour objet de collecter et d'analyser l'ensemble des éléments objectifs de nature à aider le maître d'ouvrage dans ses décisions.

L'étude de faisabilité dans la gestion de projets est également une étude qui s'attache à vérifier que le projet soit juridiquement réalisable, techniquement faisable et économiquement/financièrement viable.

Elle permet de comparer différents types de montages contractuels (marché de partenariat, régie, contrat de concession, AOT, ...) et de leur associer notamment une première évaluation financière, incluant notamment le moment où sera consolidée la dette et les dates de décaissement, les coûts complets (notamment de GER, maintenance lourde) dans les différents montages), les imputations sur les sections investissement et fonctionnement, les risques de dépassement...

Elle peut être complétée d'une comparaison de la réalisation du projet par différentes structures locales existantes ou à créer (SEMOP, SPL, groupement d'intérêt public (GIP),...), permettant d'associer au projet envisagé d'autres partenaires, publics ou privés. Pour mémoire, la réalisation par une SEM locale existante n'est envisageable qu'à l'issue d'un appel d'offres ouvert.



La comparaison entre les différents modèles contractuels prendra place dans l'étude de faisabilité. Cette analyse des montages contractuels figure également dans le rapport d'évaluation préalable (Partie II, point III-A).

COMPLEMENTS MPPE (5)

L'étude de faisabilité portera souvent sur une comparaison entre marché public de fournitures ou de services, marché global de performance et marché de partenariat.

B- L'élaboration d'un pré-programme fonctionnel

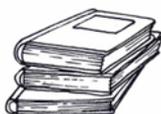


Assisté de l'AMO et souvent suite à un audit, la collectivité locale devra apprécier la situation de son patrimoine existant (ne serait-ce que le foncier, voire le bâti à démolir / rénover / étendre), tant d'un point de vue de la maintenance que du GER (gros entretien renouvellement), qu'il entend confier à son contractant et le dimensionnement des nouveaux équipements à réaliser. Il devra surtout déterminer l'état de l'ouvrage avant et après les travaux envisagés et ce qu'il entend se voir restituer selon ces paramètres, à l'issue du marché.

A ce titre, le pré-programme fonctionnel permettra de bien dimensionner l'équipement, l'ouvrage ou le service nécessaire. Ses principaux éléments peuvent être les suivants :

- L'analyse des contraintes urbanistiques du site (les existants, les projets à court et moyen terme, les documents d'urbanisme réglementaires, ...);
- L'intégration des projets de dessertes du site ainsi que les contraintes spécifiques ;
- Le recueil et l'analyse des besoins à satisfaire auprès du maître d'ouvrage et :

- du Comité de Pilotage mis en place par le Maître d'ouvrage
 - de l'exécutif de la collectivité
 - des représentants des acteurs économiques locaux
 - des services de l'Etat (DDE, Services de sécurité et de prévention, ...)
- La définition globale de l'équipement nécessaire à la satisfaction des besoins ;
 - Le cadrage global des coûts d'investissement et de gestion et proposition d'un phasage éventuel ;
 - La proposition, suivant différents scénarios, des modes prévisibles de fonctionnement et de gestion ;
 - L'élaboration, à partir de la définition des besoins (nature des locaux, surfaces et capacité d'accueil, liaisons fonctionnelles), d'un tableau de synthèse des surfaces (intérieures et extérieures).
 - La prise en compte des complémentarités avec les équipements publics environnants, des besoins émanant du monde local et des différentes synergies envisageables.
 - L'élaboration de deux ou trois hypothèses de programme correspondant, soit à des niveaux différents d'intégration urbaine par rapport aux autres équipements, soit à des projets pédagogiques différents, soit à des évolutions potentielles à moyen et long terme ou à des fonctionnalités différentes.



Le pré-programme pourra prendre place dans l'étude de faisabilité. Il constitue également un élément de dans le rapport d'évaluation préalable (Partie II, point III-A) et constitue un élément du document de consultation de entreprises en tant que programme fonctionnel des besoins (Partie III, point II-B).

COMPLEMENTS MPPE (6)

Connaître la « *performance historique* » de son patrimoine c'est-à-dire l'ensemble des consommations énergétiques et le niveau de service assuré, constatés sur une période représentative, de même que les sites concernés par la rénovation énergétique est un préalable indispensable pour la collectivité publique.

Pouvoir apprécier la consommation énergétique d'un bâtiment sur un cycle complet de fonctionnement d'un site permet de renseigner, tant la personne publique que son futur cocontractant, sur le champ des possibles et sur ce qu'il est raisonnablement possible d'effectuer en termes d'économies d'énergie.

C'est pourquoi, dans le cadre d'un MPPE, il est nécessaire de disposer au préalable d'audit(s) énergétique(s). Dans le cadre de sa mission, l'AMO va généralement établir en premier lieu un état des lieux du patrimoine énergétique de l'acheteur public et détermine les diagnostics complémentaires à réaliser.

C- La réalisation d'une mouture préliminaire de matrice des risques



L'élaboration d'une matrice des risques reflète la philosophie spécifique d'un marché de partenariat. Mais il s'agit d'une bonne pratique pour la réalisation de tout projet d'investissement significatif de la collectivité, en amont du choix du mode de réalisation, car ce choix peut être biaisé en l'absence d'une vision des avantages et inconvénients de chaque mode à la lumière d'une analyse des risques.

La matrice est utilisée pour identifier et recenser les risques - définis comme étant un évènement, un facteur ou une influence qui menace la bonne marche du projet en agissant sur les délais, les coûts ou la qualité des prestations réalisées - inhérents aux caractéristiques du projet considéré, mesurer leur criticité (ou sévérité) et la probabilité de leur occurrence. L'évaluation de ces risques et la façon dont ils peuvent être gérés sont l'essence du montage d'un marché de partenariat. Cette matrice, dans le cadre de l'étude de faisabilité pourra être réalisée pour chacune des modalités de réalisation d'un projet (MOP, marché global de performance...)

La finalité même de ce type de montage est d'affecter l'ensemble des risques afférents à un projet à l'entité, publique ou privée, la mieux à même de l'assumer. Le principe du marché de partenariat est de répartir les risques entre ceux des cocontractants qui sont les mieux à même de les supporter du point de vue technique, économique et financier (il est souhaitable qu'ils soient systématiquement portés par la personne la plus apte à la maîtriser dans les meilleures conditions économiques). C'est ce principe qui doit guider les partenaires public et privé dans la recherche de l'allocation optimale des risques.

L'analyse des risques du projet et des modalités de leur partage reste établie en fonction des modalités opérationnelles, des attendus en termes de fonctionnalité et de service rendu, des options de rémunération ainsi que des systèmes contractuels envisagés.

Les attendus de l'analyse sont les suivants :

- Identifier les principaux risques encourus par les acteurs du projet, en fonction des investissements mis en œuvre, des modalités de maintenance et d'exploitation, du contexte réglementaire s'appliquant à ces ouvrages et de toute autre variable jugée pertinente ;
- Valoriser financièrement chacun des risques, en déterminant l'impact sur les flux nets de décaissement ;
- Identifier le partage des risques le plus rationnel économiquement ;
- Procéder à une analyse comparative des contraintes et des voies de maîtrise de ces risques ;
- Construire une matrice des risques, récapitulant les éléments précédemment ciblés.

De la sorte, l'analyse des risques permet de délivrer une estimation du coût public net actualisé après prise en compte et répartition des risques.



Cette première mouture de la matrice des risques prendra place dans l'étude de faisabilité.

D- La vérification du respect des seuils de passation d'un marché de partenariat



L'étude de faisabilité, via l'analyse financière qui y est réalisée, permettra également de vérifier si le projet envisagé atteint les seuils réglementaires autorisant la passation du marché de partenariat et visés à l'article 75 II de l'ordonnance de 2015 et de l'article 151 du décret de 2016.



La collectivité locale en effet, doit vérifier que son projet est éligible à la passation d'un marché de partenariat. Avec l'ordonnance de 2015 et la création du marché de partenariat est apparue une nouveauté, à savoir la limitation du recours à ce type de contrat en dessous de certains seuils, au nombre de trois (variables en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru) :

- Un seuil de 2 millions d'euros HT lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique dont tient compte la rémunération du titulaire, ou lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
 - des biens immatériels ;
 - des systèmes d'information ;
 - des équipements autres que des ouvrages.
- Un seuil de 5 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
 - des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;
 - des ouvrages de bâtiment sans prestations d'aménagement, d'entretien, de maintenance, de gestion ou d'exploitation de l'ouvrage, ou de mission de service public.
- Un seuil de 10 millions d'euros HT dans les autres cas.

L'ensemble des recettes (valorisation, concours publics) et le prix versé sur la durée totale du contrat sont à prendre en considération pour vérifier si le projet envisagé peut être éligible au marché de partenariat.

E- Intention de la collectivité de recourir ou non au marché de partenariat



L'étude de faisabilité permettra à la collectivité publique d'apprécier la possibilité juridique, technique et financière de poursuivre son projet en marché de partenariat ou de préférer un autre mode de gestion.



Intention de la collectivité publique de poursuivre la procédure et de recourir à un marché de partenariat.

POINTS DE VIGILANCE ETUDE DE FAISABILITE ET MATRICE DES RISQUES

Si l'étude de faisabilité n'est prescrite directement par aucun texte, il est toutefois vivement recommandé d'y recourir car elle permettra déjà d'apprécier la viabilité d'un projet envisagé, quel que soit son mode de réalisation, et notamment dans le cadre la procédure de marché de partenariat.

Elle permet en outre d'anticiper sur l'évaluation préalable du mode de réalisation, dont elle constitue un élément clé d'analyse et l'étude de soutenabilité budgétaire (voir Partie II, point III) et constitue ainsi un gain de temps et de coût pour la collectivité publique.



BONNES PRATIQUES

- La définition des besoins de la collectivité publique est la première étape impérative à respecter : elle permet de s'assurer de la nécessité de réaliser ou traiter un ouvrage / une infrastructure / un service à rendre aux usagers et de lancer à ce titre toutes les études nécessaires.
- Dès l'identification d'un projet, la collectivité locale doit procéder à une première évaluation financière afin de déterminer à quel type de financement elle pourrait recourir et ainsi évaluer sa trajectoire financière.
- Dans un second temps, la mise en place d'une équipe projet interne appuyée par l'expertise juridique, technique et financière d'un assistant à maîtrise d'ouvrage permettra de formaliser un projet éligible au marché de partenariat.
- L'étude de faisabilité constitue également un préalable indispensable permettant de mieux cibler l'intérêt juridique, technique et financier et en termes de risques de recourir au marché de partenariat plutôt qu'à un autre contrat.
- Le choix du mode de financement du marché de partenariat est essentiel et doit être réalisé très en amont de la procédure.
- Si le marché de partenariat peut constituer un instrument permettant de favoriser l'investissement public en mobilisant des ressources privées, la conclusion d'un tel marché ne saurait être envisagée comme un moyen de pilotage du solde budgétaire, d'externalisation du besoin de financement des administrations publiques ou d'externalisation de la dette publique.
- A la fin de cette étape, la collectivité doit avoir une vision suffisante des enjeux du projet pour être en mesure de décider de poursuivre son marché en mode marché de partenariat, ou de choisir un autre mode de dévolution du marché.

PARTIE II

LE RECOURS AU MARCHE DE PARTENARIAT



GRILLE DE LECTURE

INTERVENANTS	Elus Equipe-projet AMO Organismes experts
PRE-REQUIS	Pré-programme Etude de faisabilité
INSERTION DANS LE PROCESSUS DE PASSATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	Etape suivant la définition des besoins et précédant le lancement formel de la procédure.
CALENDRIER ET IMPERATIFS POLITIQUES	Avis CCSPL - CT Adoption d'une délibération approuvant le recours au marché de partenariat
CALENDRIER ET IMPERATIFS JURIDIQUES ET FINANCIERS	Evaluation préalable, juridique, financière, technique, environnementale, sociétale et en termes de risques de la faisabilité du projet de marché de partenariat
DOCUMENTS/ DECISIONS A PRODUIRE A L'ISSUE DE CETTE PHASE AVANT DE PASSER A L'ETAPE SUIVANTE	Programmation Evaluation préalable du mode de réalisation (incluant une matrice des risques) Etude de soutenabilité budgétaire.
ETAPE SUIVANTE	Passation du marché de partenariat (Partie III)

ECHELLE DE TEMPS DE REALISATION

	Planification	Nom de tâche	06																							
			52	01				02				03				04				05				06		
			1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	
1	★	Programmation																								
2	★	Matrice des risques																								
3	★	Rapport d'évaluation préalable																								
4	★	Étude de soutenabilité budgétaire																								
5	★	Intervention des organismes experts																								
6	★	Avis CCSPL - CT																								
7	★	Autorisation de recours au MP (Délibération du conseil municipal)																								

Ce planning (en semaine) est indicatif et constitue une version « courte » de la phase préalable de recours au marché de partenariat.

STRUCTURATION DE LA PARTIE II

Les points suivants sont abordés dans la présente partie :

- La programmation (I)
- La matrice des risques (II)
- L'évaluation préalable et le rôle des organismes experts (III)
- Les autorisations préalables au lancement de la procédure (IV)

Cette phase constitue le préalable indispensable à la passation d'un marché de partenariat, dès lors que la collectivité locale a fait le choix d'y recourir.

A son issue, et si l'évaluation préalable et l'étude de soutenabilité financière, notamment, devaient se révéler favorables, la procédure de passation d'un marché de partenariat pourra formellement être initiée.

I- La programmation

A- Elaboration d'un programme fonctionnel par l'AMO

Une fois la décision prise d'instruire le projet en mode marché de partenariat, la collectivité peut rechercher un nouvel AMO pour la poursuite du projet, ou activer une tranche optionnelle du contrat de l'AMO si elle a prévu dans le contrat initial de son AMO.

La programmation architecturale (pour les bâtiments) et technique menée par l'AMO s'inscrit parmi les études dites préalables et a pour objectif de permettre aux maîtres d'ouvrage d'exprimer les objectifs et les contraintes du projet d'équipement dont il a la charge. Elle vient également approfondir et préciser le préprogramme fonctionnel figurant dans l'étude de faisabilité lorsque celle-ci a été réalisée.

La réalisation d'un programme architectural et technique et qui porte également sur les aspects de maintenance, exploitation et entretien, obéit à des règles et principes méthodologiques précis dont la nature peut néanmoins varier d'un projet à l'autre.

Il est généralement ponctué par les jalons suivants :

➤ Démarrage des études

Le démarrage des études de programmation constitue un moment essentiel qui peut conditionner de manière significative la qualité des études menées en aval (étude de pré-programmation) et par conséquent la réussite du projet.

C'est ici que seront précisés en concertation avec le maître d'ouvrage et l'équipe-projet les objectifs généraux opérationnels ainsi que les contraintes majeures du projet.

C'est aussi lors du démarrage des études que seront définis les grands principes de mise en œuvre du projet et les outils méthodologiques adéquats (qui fait quoi ? comment ? dans quel délai ?).

Le démarrage des études de programmation prend souvent la forme d'une, ou de plusieurs, réunion(s) de travail associant les différents acteurs du projet, qu'ils soient décideurs, partenaires opérationnels, techniciens ou consultants extérieurs à la maîtrise d'ouvrage.

C'est également l'occasion lors de ces séances de présentations de recenser et de recueillir les informations générales relatives au projet en question.

➤ Étude de site

L'étude de site ou du bâti permet d'évaluer le potentiel du terrain ou des bâtiments ainsi que leurs contraintes.

Le programme permet de recenser les besoins des utilisateurs à travers des entretiens, des visites in situ... et de comprendre leur fonctionnement.

➤ Faisabilité

Il s'agit de la phase de test et de vérification de l'adéquation entre le site et/ou le bâtiment et les besoins.

Cette étape est illustrée par des simulations graphiques. Elle comprend plusieurs scénarii afin d'offrir au maître d'ouvrage les différentes possibilités de réalisation.

➤ Le contenu du programme

Le programme comportera notamment les volets suivants :

- les études de site et des bâtiments ;
- la programmation (dimensionnement des besoins) et le fonctionnement général des entités fonctionnelles ;
- les études de faisabilité permettant de mettre en adéquation le site et/ou le bâtiment avec les besoins prédéfinis dans la phase précédente ;
- le niveau de maintenance, d'exploitation et d'entretien envisagés ;
- la pré-rédaction du programme fonctionnel des besoins (PFB) qui comprend les exigences qualitatives (fonctionnalité), quantitatives (surfaces), techniques, environnementales...

B- Les résultats du programme fonctionnel

À l'issue de la phase dite de programmation, le maître d'ouvrage doit disposer d'un cahier des charges fonctionnel et technique (et architectural pour les bâtiments) nécessaire à la conception et à la réalisation de son projet appelé, en marché de partenariat, « programme fonctionnel des besoins » (PFB).

La démarche de programmation aura permis au maître d'ouvrage d'exprimer clairement ses attentes en matière de respect de l'environnement et économies de performance énergétique, par exemple, mais également en matière d'entretien, de maintenance et d'exploitation.

Ce programme permet à la personne publique de définir le montant prévisionnel de l'opération.



Des éléments du programme fonctionnel pourront figurer dans l'évaluation préalable à la passation du marché de partenariat. Le programme lui-même constituera également l'une des pièces de la consultation et sera communiqué aux candidats au marché de partenariat.

II- La matrice des risques : un outil central au service de l'acheteur

A- Une matrice des risques fondatrice et évolutive



Selon l'article 70 de l'ordonnance de 2015 :

« Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire ».



L'évaluation préalable à la signature d'un marché de partenariat doit inclure une matrice des risques dans la mesure où ceux-ci ont une incidence financière qui doit être supportée par l'un ou l'autre des contractants, voire les deux, selon la nature et la provenance du risque. Cette démarche s'intègre dans celle, plus globale, d'évaluation des coûts. Elle vient également approfondir et préciser le préprogramme fonctionnel figurant dans l'étude de faisabilité lorsque celle-ci a été réalisée.

La pratique de la matrice des risques qui était devenue courante à l'époque des contrats de partenariat, reste d'actualité. Elle consiste en l'élaboration d'un tableau récapitulatif l'allocation des différents risques et sous-risques entre les parties (de conception, de construction, d'exploitation, de financement...).

Lorsqu'une étude de faisabilité est envisagée, une ébauche de matrice des risques peut y être insérée.

Dans le cadre d'une évaluation préalable du mode de réalisation du projet (obligatoire aux termes de l'ordonnance de 2015 en amont recours au marché de partenariat, fortement conseillé avant d'entériner tout autre mode de réalisation), il s'agit donc de recenser et d'évaluer l'ensemble des risques susceptibles d'intervenir au cours de la conception et de la réalisation du projet, de les répartir ensuite entre l'entité publique et le partenaire privé.

Ce travail préparatoire permet de mener une première réflexion sur les mécanismes d'assurances permettant de couvrir, ou non, tel ou tel risque, et d'envisager le montant et la nature des pénalités sanctionnant les difficultés rencontrées dans le cadre de l'exécution d'un contrat.



La mise en œuvre **d'une matrice des risques**, conçue comme un tableau d'évaluation et de planification permettant de cartographier, d'anticiper, de recenser les différents risques et sous-risques, de les chiffrer, et de les attribuer à l'un ou l'autre des co-contractants. Un modèle de matrice des risques figure en Annexe V.

B- Un outil de négociation de l'allocation optimale des risques entre cocontractants

La matrice des risques matérialise l'allocation optimale des risques entre les différents partenaires, et a vocation à devenir un document contractuel.

Il est important de noter que le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire participe de la définition même du marché de partenariat. Il y a lieu à identification des risques et à répartition entre les deux cocontractants, dès l'instant que ce type de contrat est marqué par l'idée que chaque risque doit être

assumé par le cocontractant le plus à même de le faire, de manière à aboutir à un coût optimal du marché sur l'ensemble de sa durée d'exécution.

C- La monétarisation des risques

Chaque risque identifié a une incidence financière qui doit être supportée par l'un ou l'autre des contractants, voire les deux, selon la nature et la provenance du risque. Afin d'en tenir compte il convient, en plus de les recenser, de les chiffrer dans la mesure du possible.

Par ailleurs, s'agissant du marché de partenariat, une décision doit être prise par la collectivité quant à une politique de pénalités en regard de différents risques, notamment le risque de retard de livraison de l'ouvrage ou de non-levée des réserves.

Ce chiffrage doit être précis et cohérent par rapport au risque concerné et à la personne qui le porte, étant entendu qu'il constitue un élément important de la procédure de passation du marché à venir.

D- Limites de la matrice des risques : l'absence de visibilité globale sur les risques d'aujourd'hui et de demain

La matrice des risques ne saurait être un outil parfait dès l'instant qu'il est impossible d'avoir une vision globale sur l'ensemble des risques du projet, qui sont nécessairement variables selon les opérations.

Ces limites sont néanmoins à relativiser, dès lors que le marché de partenariat ne doit pas être conçu comme un instrument de transfert de tous les risques, la collectivité devant de façon optimale en garder certains à sa charge. Ainsi, le coût ne sera que plus élevé si les candidats sont obligés d'intégrer dans leur modèle financier des provisions importantes pour couvrir des risques dont ils n'ont pas la maîtrise (découverte archéologique majeure, évolution de législation dans une période lointaine, etc.).

A l'inverse, la matrice des risques est un outil utile pour s'interroger sur des « dérapages » ou mauvaises surprises possibles dans la durée dans la vie de l'infrastructure, l'équipement ou le bien immatériel objet du marché de partenariat dont le coût de remédiation n'est pas nécessairement pris en compte, du fait d'une relative « cécité » sur les enjeux de plus long terme, lors des décisions de lancement de projets d'investissement en MOP ou en régie.

POINTS DE VIGILANCE MATRICE DES RISQUES

Un risque identifié doit être transféré à la partie la plus à même de le supporter, la collectivité devant en conserver certains à sa charge, au risque sinon d'augmenter fortement le coût du marché de partenariat, en particulier les risques pour lesquels elle a traditionnellement tendance à jouer le rôle de son « propre assureur » et les risques pour le titulaire résultant de décision de la collectivité (risque « réglementaire ») ou relatifs à l'environnement du projet (cf. « clauses de paysages » typiques des contrats de concession / DSP ou de marché de partenariat).

En outre, les financeurs s'assurent généralement au stade de la négociation du contrat que la personne publique ne cherche pas à faire supporter au titulaire des risques non assurables ou non mesurables qu'il n'est pas en mesure économiquement de supporter. Car cela aurait pour conséquence d'alourdir le coût du marché.

III- L'évaluation préalable et le rôle des organismes experts

A- L'évaluation préalable (EPMR) ou la prise de décision



L'évaluation préalable est visée à l'article 75 I de l'ordonnance de 2015.



Avant de recourir au marché de partenariat, l'acheteur doit démontrer que ce type de marché présente un « bilan plus favorable, notamment sur le plan financier » que les autres outils de la commande publique. Pour ce faire, il devra d'une part, réaliser une évaluation préalable du mode de réalisation du projet, laquelle doit contenir une présentation générale du projet et de l'acheteur, une analyse comparative en valeur actualisée des différents montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables, et une présentation des principaux risques du projet. D'autre part, l'acheteur doit se livrer à une étude de soutenabilité budgétaire du projet.

1- L'évaluation préalable du mode de réalisation (EPMR) : modalités et points d'attention



L'objet de l'évaluation préalable est visé à l'article 145 du décret du 25 mars 2016.



L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet est un document qui permet de garantir que le recours au marché de partenariat présente un bilan plus favorable que les autres contrats de la commande publique.

Afin de s'en assurer, l'évaluation doit aborder un certain nombre de mentions relatives au projet, fixées par l'article 24 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Ainsi, l'évaluation préalable doit s'attacher à présenter de manière générale :

- Le projet, et notamment son objet, l'historique, le contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique ;
- L'acheteur, et notamment ses compétences, son statut et ses capacités financières ;

L'évaluation préalable doit en outre présenter une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet.

A ce titre, doivent figurer :

- Un cadrage, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat ;
- Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et

pour le cocontractant avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu ;

Enfin, l'évaluation préalable doit établir une analyse des principaux risques du projet et la répartition des risques entre l'acheteur et le(s) titulaire(s) dans les différents modes de réalisation et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques.

Il est indispensable d'appliquer avec la même rigueur l'analyse de risque à l'ensemble des modes de réalisation du projet afin de « comparer des choses comparables » *in fine*. En effet, il est souvent pris pour hypothèse, sur la base des pratiques récentes de marché, un coût de financement plus élevé pour le marché de partenariat, et *a fortiori* pour la concession ou la concession que le coût de financement par emprunt de la collectivité qui trouve à s'appliquer pour la MOP ou la réalisation en régie.

Ce surcoût de financement est le corollaire naturel du transfert sur longue durée au titulaire du marché de partenariat ou au concessionnaire / délégataire de risques contractuels (notamment d'interface entre fournisseurs), financiers, techniques, opérationnels, etc. qui sont à la charge de la collectivité en cas de réalisations MOP ou en régie. L'EPMR ne peut donc aboutir à une conclusion en faveur du marché de partenariat que si ces risques, assumés par le titulaire du marché, sont correctement appréhendés dans l'évaluation de la réalisation en MOP ou en régie, notamment en termes d'impact potentiel sur les coûts, les délais ou la performance de l'infrastructure / l'équipement dans la durée.



L'élaboration d'une évaluation préalable du mode de réalisation du projet (EMRP), dont l'objet est de démontrer le bilan favorable du marché de partenariat grâce à une présentation générale du projet et de l'acheteur, une analyse comparative en valeur actualisée et pondérée par les risques, des différents montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables, et une analyse des principaux risques du projet (rétroagissant sur la valeur actualisée de chaque montage contractuel, en fonction de la répartition des risques y afférente).

2- L'étude de soutenabilité budgétaire (ESB) : modalités et points d'attention



L'étude de soutenabilité budgétaire est visée à l'article 148 du décret de 2016.



En sus de l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet, l'acheteur doit se livrer à une analyse de la soutenabilité budgétaire (ESB) de son projet.

Cette étude a pour objectif d'évaluer les conséquences du contrat sur les finances publiques de la collectivité et la disponibilité des crédits.

La réalisation de cette étude doit intervenir avant le lancement de la procédure de passation et être actualisée, si nécessaire, au cours de celle-ci.

L'étude de soutenabilité budgétaire doit prendre en compte tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat, et notamment :

- son coût prévisionnel global en moyenne annuelle ;
- la part de ce coût par rapport à la capacité d'autofinancement de l'acheteur et son effet sur sa situation financière ;

- l'impact du contrat sur les dépenses obligatoires de l'acheteur ;
- ses conséquences sur l'endettement et les engagements hors bilan ;
- une analyse des coûts d'une éventuelle rupture anticipée.



La rédaction **d'une étude de soutenabilité budgétaire** du projet, afin d'évaluer l'impact du marché de partenariat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits de l'acheteur.

B- Le rôle des organismes experts :

1- Intervention préalable et systématique de FIN-INFRA et finale éventuelle



Le rôle de FIN-INFRA est visé à l'article 76 alinéa 1 de l'ordonnance de 2015 et aux articles 153 et 156-IV du décret du 25 mars 2016.



FIN-INFRA, créée par le décret n°2016-522 du 27 avril 2016 et également qualifiée d'organisme-expert, est obligatoirement saisie pour avis sur tout projet de marché de partenariat, et doit valider le principe du recours au marché au vu de l'évaluation préalable qui lui est soumise par l'acheteur : les avis correspondants, qui ne lient pas l'acheteur, interviennent dans un délai de six semaines après la transmission de l'EMRP. Passé ce délai, l'avis de FIN-INFRA est réputé favorable.

Toutefois, cet organisme pourra à nouveau être saisi de manière facultative, avant l'intervention de la délibération autorisant la signature du marché de partenariat, pour émettre un avis sur le projet de marché.



L'avis de FIN-INFRA.

2- Intervention des services du ministre chargé du budget lors de la réalisation de la soutenabilité budgétaire



Cette intervention est visée à l'article 76 alinéa 2 de l'ordonnance de 2015 et à l'article 154 du décret du 25 mars 2016.



L'étude de soutenabilité budgétaire est soumise au ministre chargé du budget qui émet un avis motivé (qui ne lie pas l'acheteur) sur celle-ci dans un délai de six semaines suivant sa saisine. À défaut, l'avis est réputé favorable.

Lorsque l'acheteur est une collectivité ou un établissement public local, l'avis motivé sur l'étude de soutenabilité budgétaire est émis par les services de la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) au niveau départemental.

L'avis des services de la DGFIP consiste, notamment, à porter une appréciation sur trois types d'informations financières :

- Un contrôle de la conformité des données financières de l'étude avec les informations figurant dans les comptes des entités concernées ;
- Un examen de l'exactitude des définitions retenues pour déterminer les agrégats, soldes et résultats de l'étude ;
- Un jugement sur les hypothèses retenues pour prévoir les éléments financiers du projet, au regard de leur pertinence et de leur vraisemblance dans le contexte des entités concernées par le projet.



L'avis de la DGFIP.

POINTS DE VIGILANCE EVALUATION PREALABLE ET ROLE DES ORGANISMES EXPERTS

Au regard des implications potentielles du marché de partenariat sur les finances des acheteurs, il convient de veiller à ce que l'évaluation préalable ne soit pas simplement un exercice de style, mais qu'elle reflète de manière sincère le bilan des différents modes de réalisation, en tenant compte de l'analyse de risques pour chacun d'entre eux, et la conclusion quant au bilan plus favorable du marché de partenariat.

IV- Autorisation préalable au lancement de la procédure

A- L'intervention préalable de la commission consultative de services publics locaux (CCSPL) et du comité technique (CT)



L'intervention de la CCSPL est visée à l'article L. 1413-1 du Code général des collectivités territoriales.



La CCSPL est obligatoirement consultée sur tout projet de marché de partenariat, avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant se prononce sur le principe du recours à un tel contrat.

La CCSPL doit être saisie par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant, par voie de délibération. Cette saisine est une compétence propre de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant, insusceptible d'être déléguée à l'exécutif de la collectivité du groupement de collectivités ou de l'établissement public.

Le comité technique quant à lui pourra être saisi aux termes de l'article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, modifiée, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : « Les comités techniques [« CT »] sont consultés pour avis sur les questions relatives : 1° À l'organisation et au fonctionnement des services ; (...) ».



L'avis de la CCSPL et du CT.

B- Autorisation préalable de l'autorité compétente.



L'intervention de l'assemblée délibérante qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat est précisée à l'article 77 de l'ordonnance de 2015.



Avant de lancer la consultation, l'assemblée délibérante d'une collectivité locale est obligatoirement saisie afin d'autoriser ou non, par une délibération, le recours à un marché de partenariat.

Ces organes se prononcent en considération de l'évaluation du mode de réalisation du projet, de l'étude de soutenabilité budgétaire, et des avis de FIN-INFRA, de la DGFIP, de la CCSPL et du CT.



La délibération du conseil municipal autoris

ant le recours au marché de partenariat et qui achève cette phase préalable à la passation du marché.

POINTS DE VIGILANCE

Les autorités compétentes peuvent autoriser le recours au marché de partenariat, même en cas d'avis défavorable de la part de la DGFIP ou de FIN-INFRA. Toutefois, dans un tel cas, l'impact financier du marché de partenariat doit susciter une réelle réflexion avant de prendre une telle décision.

De même, l'obligation de soumettre à l'assemblée délibérante les avis de la DGFIP et de FIN-INFRA peut conduire à une difficulté politique pour l'exécutif de la collectivité, dans la mesure où l'opposition locale pourra naturellement se saisir des réserves émises par ces organismes experts ou, a fortiori d'un avis défavorable de leur part.

Il convient d'être vigilant sur les fourchettes de montant de travaux ou de valeur du marché de partenariat ou de montant annuel de loyers évoqués dans la délibération / la retranscription des débats de l'assemblée délibérante.



BONNES PRATIQUES

- Ne pas concevoir le marché de partenariat comme un instrument de transfert de tous les risques (notamment ceux sur lesquels la collectivité peut avoir une influence déterminante ou dont elle a l'habitude d'être son « propre assureur »), au risque d'en augmenter très fortement son coût, mais doit bien prévoir un transfert de l'ensemble des risques que le partenaire peut raisonnablement prendre.
- Ne pas sous-estimer le niveau d'études à réaliser afin de présenter un projet suffisamment bien analysé et détaillé afin que l'évaluation préalable de l'ensemble des modes de réalisation (marché de partenariat, mais aussi MOP / régie, marché global de performance, concession / DSP) puisse se faire de façon objective, et la délibération subséquente de la collectivité soit adoptée sur des bases réalistes.
- Ne pas considérer l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet, ou l'étude de soutenabilité budgétaire comme un simple exercice de style dont l'objet serait nécessairement d'aboutir au bilan le plus favorable en faveur du marché de partenariat. Il s'agit en réalité d'une bonne pratique à conduire en amont du choix de l'exécutif de la collectivité quant au mode de réalisation, pour nourrir précisément ce choix.
- S'en tenir aux avis de FIN-INFRA et de la DGFIP, au risque de se mettre dans une situation périlleuse, politique et/ou financière.

PARTIE III

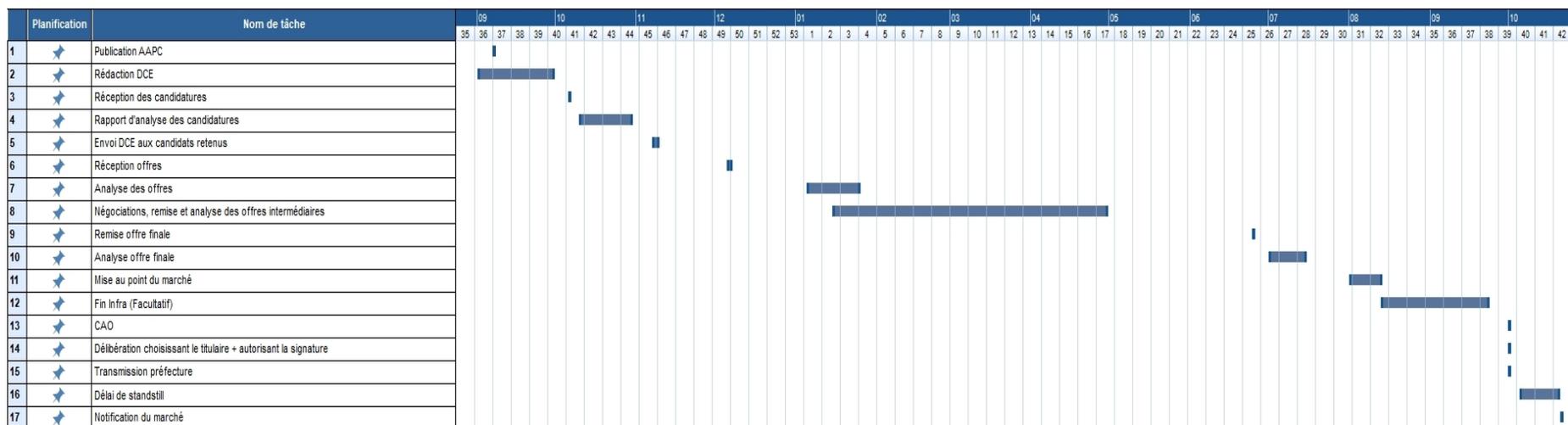
LA PASSATION DU MARCHE DE PARTENARIAT



GRILLE DE LECTURE

INTERVENANTS	Elus Equipe-projet AMO
PRE-REQUIS	Evaluation préalable et étude de la soutenabilité budgétaire
INSERTION DANS LE PROCESSUS DE PASSATION DU MARCHE DE PARTENARIAT	Procédure de passation du marché de partenariat
CALENDRIER ET IMPERATIFS POLITIQUES	Sélection des candidatures et des offres Présence des élus lors des négociations et du closing du marché Délibération approuvant le choix du cocontractant
CALENDRIER ET IMPERATIFS JURIDIQUES ET FINANCIERS	Respect du planning et de la procédure Vigilance lors de la sélection des candidatures et des offres Suivi des procédures d'attribution du marché de partenariat
DOCUMENTS/ DECISIONS A PRODUIRE DURANT CETTE PHASE AVANT DE PASSER A L'ETAPE SUIVANTE	AAPC DCE (RC, PFB...) Rapport d'analyse des candidatures Rapport d'analyse des offres Compte rendus des négociations Marché de partenariat et ses annexes
ETAPE SUIVANTE	Exécution du marché de partenariat (Partie IV).

ECHELLE DE TEMPS DE REALISATION



STRUCTURATION DE LA PARTIE III

Les points suivants sont abordés dans la présente partie :

- La détermination de la procédure (I)
- La rédaction du DCE (II)
- La sélection des candidatures (III)
- La sélection des offres (IV)
- La procédure de négociation (V)
- Le choix de l'offre finale et le closing de l'opération (VI)

Cette phase consiste en la phase concrète de passation d'un marché de partenariat.

A son issue, le marché de partenariat sera signé et s'ouvrira sa phase d'exécution.

I- Détermination de la procédure

A- Le choix de la procédure : dialogue compétitif, procédure concurrentielle avec négociation, appel d'offres.



Les diverses procédures de passation de marché de partenariat sont visées à l'article 42 de l'ordonnance de 2015 et aux articles 25 et 27 du décret de 2016.



Les marchés de partenariat passés par les communes de taille moyenne sont soumis aux mêmes procédures que pour la passation d'un marché public classique.

Ainsi, au-dessus des seuils européens, ce qui sera quasiment toujours le cas, l'acheteur a le choix entre trois procédures formalisées :

- L'appel d'offres ouvert (pas de limitation du nombre de candidats admis à soumissionner) ou restreint par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;
- La procédure concurrentielle avec négociation par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques;
- Le dialogue compétitif, dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

L'acheteur a ici toute latitude pour choisir la procédure à suivre, dès l'instant que les critères de l'article 25 du décret de 2016, qui permettent de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif, trouvent facilement à s'appliquer au marché de partenariat. Par conséquent, les procédures qui font la part belle aux échanges avec les opérateurs économiques doivent être privilégiées, au détriment de la procédure d'appel d'offres. Cette appréciation sera à nuancer en fonction de la nature des prestations à mener (un bâtiment simple pouvant se contenter d'une procédure d'appel d'offres) ; le dialogue compétitif étant à privilégier en cas d'opérations plus complexes (opération de rénovation urbaine, alliée à de l'éclairage public et des opérations de VRD par exemple).

Il convient également de noter que dans certains cas, il sera envisageable de passer par une procédure adaptée (par exemple pour la construction d'un ouvrage avec des objectifs de performance énergétique). Toutefois la prudence doit inciter les acheteurs à toujours avoir recours à une procédure formalisée, y compris dans ces hypothèses, afin de sécuriser la procédure.

B- Le respect des règles de publicité et de mise en concurrence : la rédaction de l'avis d'appel public à concurrence (AAPC)



La nécessité de recourir à une procédure de mise en concurrence est visée à l'article 41 de l'ordonnance de 2015 et aux articles 33 et 34 du décret de 2016.



Les obligations imposées aux acheteurs en matière de publicité préalable sont les mêmes dans le cadre des marchés de partenariat que pour l'ensemble des marchés publics. Ainsi, quelle que soit la procédure, les acheteurs sont tenus de procéder à une publicité permettant

de susciter la concurrence la plus large possible, celle-ci pouvant varier en fonction de l'objet du marché, de la valeur estimée hors taxes du besoin ou de l'acheteur concerné.

Notons que la publication d'un avis de marché constitue une obligation pour les marchés publics passés en procédure formalisée, ce qui concerne la majorité des marchés de partenariat.

Dès lors, comme pour n'importe quel marché public, l'avis de marché doit être publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), avec la possibilité pour les acheteurs de faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support, étant précisé que si elle ne comporte pas tous les renseignements figurant dans l'avis de marché publié, elle devra indiquer les références de cet avis. Il est à noter que la publication au JOUE doit précéder toute publication nationale et ne peut contenir moins d'informations que cette dernière.

L'avis de marché doit être établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution de la Commission (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015).

Les acheteurs sont tenus, avec la publication de l'avis de marché, de mettre à disposition des opérateurs économiques les documents de la consultation, c'est-à-dire l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir ses besoins et de décrire les modalités de la procédure de passation.

D'autre part, si le choix est fait d'opter pour la procédure concurrentielle avec négociation, les documents de la consultation doivent préciser quelles sont les exigences minimales que devront respecter les offres et ce afin de limiter la marge de manœuvre dont disposeront les pouvoirs adjudicateurs au moment des négociations.

Si c'est la procédure de dialogue compétitif qui est retenue, l'avis de marché doit contenir les éléments permettant de déterminer à la fois quels sont les besoins de l'acheteur et quelles sont ses exigences. De plus, les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif doivent être précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Par ailleurs, si l'acheteur souhaite que le dialogue se déroule en phases successives, il doit indiquer dans les documents de la consultation qu'il fera usage de cette possibilité.

Enfin, si l'acheteur prévoit que des primes seront versées au profit des participants au dialogue compétitif, les documents de la consultation doivent préciser quel sera le montant de cette prime. Ce montant devra alors être pris en compte dans le calcul de la rémunération du titulaire du marché de partenariat.

Dans de rares cas (si le marché n'est pas passé selon une procédure formalisée, cf. supra), l'acheteur devra alors publier un avis de marché, dans les mêmes conditions, soit dans le BOAMP soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.



L'élaboration et la publication au BOAMP et au JOUE d'un avis de marché, communément appelé « avis d'appel public à concurrence (AAPC) dont l'objet est d'informer les soumissionnaires potentiels et de susciter la concurrence la plus large possible.

POINTS DE VIGILANCE

Il convient de ne pas utiliser la faculté d'introduire des objectifs chiffrés de performance dans l'unique but de contourner les seuils de recours au marché de partenariat de 5 et 10 millions d'euros HT.

Par ailleurs, même si un marché partenariat peut, dans certaines hypothèses, être passé selon une procédure adaptée, il semble plus judicieux, dans ce cas, de recourir à une procédure formalisée dans le but de sécuriser la passation du contrat.

Arbitrage délais / flexibilité entre appel d'offres vs procédure négociée / dialogue compétitif

II- La rédaction du dossier de consultation des entreprises (DCE)

A- L'objet du DCE



Les informations à fournir dans le DCE sont visées aux articles 38 et 39 du décret du 25 mars 2016.



Les acheteurs sont tenus, dès la publication de l'avis de marché (APPC), de mettre à disposition des opérateurs économiques, le plus souvent sur leur profil d'acheteur, les documents de la consultation, c'est-à-dire l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels ils se réfèrent afin de définir leurs besoins et de décrire les modalités de la procédure de passation sous la forme d'un « *dossier de consultation des entreprises* » (DCE).

Par conséquent, il convient, avant même la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, de procéder à la rédaction de ces différentes pièces, relatives aux candidatures et aux offres, et notamment :

- le règlement de la consultation (RC),
- le projet de marché de partenariat,
- le programme fonctionnel des besoins,
- les éventuels contrats de maintenance,
- les questionnaires techniques, fonctionnels, cadres de réponse financiers ou techniques, ...
- les pièces relatives aux prix (DPGF, BPU, DQE, cadre de devis estimatif),
- les pièces complémentaires éventuelles (plans, ...).

En pratique, il peut aussi être concevable de rédiger, concomitamment à l'APPC, un règlement de consultation applicable à la phase des candidatures, puis, dans un second temps, le dossier de consultation relatif à la phase offres (nouveau RC, projet de marché de partenariat, programme fonctionnel, etc.)



La rédaction d'un **dossier de consultation des entreprises** dont l'objet est d'informer les soumissionnaires quant à la définition du besoin de l'acheteur et aux modalités de la procédure de passation du marché de partenariat.

B- Le PFB (programme fonctionnel des besoins)

Le programme fonctionnel des besoins constitue le cahier des charges techniques exprimant les besoins de l'acheteur public. Il est issu du programme technique préalable réalisé par l'AMO de la collectivité locale, pouvant figurer dans le cadre de l'étude de faisabilité (Partie I, point VI) et visé dans le rapport d'évaluation préalable (Partie II, point III), Il n'obéit pas à un formalisme particulier.

C- Le règlement de la consultation

Si la notion de règlement de consultation n'apparaît ni dans l'ordonnance de 2015, ni dans ses décrets d'application, qui emploient le terme générique de documents de la consultation, il n'en demeure pas moins que ce document peut avoir une importance capitale.

En effet, le règlement de la consultation constitue une pièce non contractuelle constitutive du dossier de consultation des entreprises, qui fixe les règles de la consultation pour les opérateurs économiques et complète l'avis de marché, afin notamment d'informer les soumissionnaires sur les critères d'attribution du marché et sur leurs modalités de mise en œuvre.

COMPLEMENTS MPPE (7) REDACTION DU DCE

La définition du besoin de l'acheteur qui veut conclure un MPPE passe par la fixation d'objectifs d'amélioration de la performance énergétique dans les documents contractuels, en fonction du périmètre et de l'objet du projet d'efficacité énergétique définis en amont.

La situation initiale, le protocole de mesure de la performance et le barème des pénalités en cas de sous-performance des prestataires doivent être précisés dans le contrat.

POINTS DE VIGILANCE

L'intégralité des documents constituant le DCE doivent être publiés sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur, ce qui implique de les rédiger intégralement avant la publication de l'avis de marché.

III- La sélection des candidatures

A- Les conditions de participation



L'article 51 de l'ordonnance de 2015 et l'article 44 du décret de 2016 déterminent les conditions de participation à la procédure de passation au marché de partenariat.

Les acheteurs doivent définir quelles sont les conditions de participation à la procédure de passation, mais leur compétence est encadrée. D'une part, les conditions de participation ont un objet limité (aptitude à exercer l'activité professionnelle, capacité économique et financière, capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public). D'autre part, elles doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

L'acheteur précisera les conditions de participation et les moyens de preuve acceptables dans l'avis d'appel à la concurrence ou, à défaut, dans les documents de la consultation.



Seuls certains critères liés à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, à la capacité économique et financière, ou aux capacités techniques et professionnelles peuvent être utilisés pour déterminer les conditions de participation à la procédure. L'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics apporte des précisions sur les informations à demander aux candidats.

- Pour vérifier l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, il est seulement possible d'exiger une inscription sur un registre professionnel
- Pour vérifier la capacité économique et financière, l'acheteur peut utiliser différents critères :
 - La réalisation d'un chiffre d'affaires annuel minimal ;
 - La fourniture d'informations sur les comptes annuels indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif.
 - Un niveau approprié d'assurance des risques professionnels ;
- Pour vérifier les capacités techniques et professionnelles, l'acheteur peut aussi utiliser différents critères :
 - Des ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié (noms et qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question) ;
 - Un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement (ne doit cependant pas permettre d'exclure automatiquement les nouveaux entrants).

Il est à noter que la fixation de conditions de participation et leur examen sont obligatoires, et par conséquent, les acheteurs sont tenus de fixer au moins une condition pour chaque critère (aptitude à exercer l'activité professionnelle, capacité économique et financière, capacités techniques et professionnelles).

B- L'organisation des groupements



L'article 45 du décret de 2016 détermine les conditions dans lesquels les groupements peuvent répondre à un marché public.



Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation des marchés de partenariat.

Les opérateurs économiques peuvent se présenter sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint.

Pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, l'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée. Toutefois, l'acheteur pourra exiger, après l'attribution du marché, que le groupement d'opérateur économique adopte une forme juridique déterminée, mais uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du contrat, et si cette exigence est justifiée dans les documents de la consultation.

Dans le cas où un groupement soumissionne à un marché de partenariat, les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par un mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement.

La conclusion d'un marché de partenariat supposera également la création d'une société de projet (SPV). A ce titre, les membres du groupement candidat retenu doivent être actionnaires de ladite SPV.

C- Les interdictions de soumissionner obligatoires et générales



Les articles 45, 47 et 48 de l'ordonnance de 2015 précisent les cas d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics ainsi que les exceptions prévues à ce titre.



La réglementation distingue les interdictions de soumissionner obligatoires et générales (antérieurement envisagées par le Code des marchés publics) et les interdictions de soumissionner facultatives.

L'exclusion est automatique :

- Lorsque le candidat a fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions listées à l'article 45, 1°, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne (trafic de stupéfiants, soustraction au paiement de l'impôt, participation à une association de malfaiteurs, etc.) ;
- Lorsque le candidat n'a pas souscrit aux déclarations lui incombant en matière fiscale ou sociale ou n'a pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles dont la liste est fixée par voie réglementaire, sous réserve d'une régularisation ou d'un accord avant l'examen de la recevabilité de sa candidature ;
- Lorsque le candidat est soumis à une procédure de liquidation judiciaire, fait l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer, ou est admis à une procédure de redressement judiciaire sans être habilité à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ;

- Lorsque le candidat a été sanctionné en raison de travail dissimulé, en raison de marchandage illégal, de prêt de main d'œuvre illicite, ou en raison d'emploi direct ou indirect de travailleurs étrangers non autorisés à travailler, a été condamné pour discrimination, n'a pas mis correctement en œuvre la négociation annuelle sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise lors de l'année précédant le lancement de la procédure de passation, a été condamné à une peine d'exclusion des marchés publics.
- Lorsque le candidat fait l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative.

L'exclusion est facultative :

- Le candidat qui, lors d'un précédent contrat de concession ou lors d'un précédent marché public, a été sanctionné en raison d'un manquement grave ou persistant à ses obligations contractuelles (dommages et intérêts, résiliation du contrat, etc.). Cette sanction doit avoir été prononcée depuis moins de 3 ans ;
- Le candidat qui a eu certains comportements répréhensibles au regard de la procédure de passation ;
- Le candidat qui a participé de manière directe ou indirecte à la phase de préparation préalable à la procédure de passation du marché public s'il a eu accès à des informations qui sont susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ; [Ajouter une bonne pratique, en début de partie III, sur la bonne mise à disposition de tous les candidats dans le DCE des éléments auxquels un des candidats potentiels jugé « souhaitable » par l'acheteur public a eu accès dans le cadre d'une mission d'AMO, d'études techniques ou autre en amont du lancement de la procédure du MP]
- Le candidat pour lequel l'acheteur est en mesure de déduire qu'il a conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;
- Le candidat qui, par sa candidature, crée une situation de conflit d'intérêts (et s'il ne peut y être remédié par d'autres moyens).

La faculté laissée aux acheteurs d'exclure un candidat par le biais des interdictions de soumissionner facultatives n'est pas sans limites, dès l'instant qu'elles ne pourront être mises en œuvre que si l'acheteur a laissé la possibilité à l'opérateur économique concerné de démontrer dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

D- Les délais de réception des candidatures



La question des délais de réception des candidatures est visée à l'article 43 du décret de 2016. Les articles 67, 69, 72 et 76 du décret de 2016 portent respectivement sur l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres restreint, la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure de dialogue compétitif.



L'acheteur doit fixer, dans les documents de la consultation les délais de réception des candidatures, les candidatures reçues hors délai devant être éliminées.

Lorsque le marché public est passé selon une procédure formalisée, ce qui concerne la majorité des marchés de partenariat, les délais de réception des candidatures ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure (augmenté de cinq jours si certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur). Le délai devra être prolongé si des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

→ **En procédure d'appel d'offres ouvert :**

Le délai minimal de réception des candidatures et des offres est de **35 jours** à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché

Ce délai :

- Peut être réduit à 15 jours lorsque l'acheteur a publié un avis de pré-information ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence (sous conditions) ;
- Peut être ramené à 30 jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ;
- Peut être réduit, sans être inférieur à 15 jours, en cas d'urgence dûment justifiée.

→ **En procédure d'appel d'offres restreint :**

Lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, le délai minimal de réception des candidatures est de **30 jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Il peut toutefois être réduit, sans pouvoir être inférieur à 15 jours, en cas d'urgence dûment justifiée.

→ **En procédure concurrentielle avec négociation :**

En ce qui concerne les candidatures, le délai minimal de réception est en principe de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Ce délai peut être réduit en cas d'urgence dûment justifiée, sans pouvoir être inférieur à 15 jours.

→ **En procédure de dialogue compétitif :**

Le délai minimal de réception des candidatures est de **30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.**

[Par Par-delà cette vision juridique, donner un avis tiré de l'expérience sur les fourchettes « raisonnablement courtes » pour permettre aux groupements de formuler des offres de qualité pour différentes catégories d'objets :

- Voirie / espace public
- Réseaux d'énergie
- Bâtiment « tertiaire » (bureaux administratifs, école)
- Autre équipement d'accueil du public (sportif, culturel ...)]

E- Les rapports d'analyse des candidatures et l'information des candidats



L'analyse des candidatures est visée à l'article 55 de l'ordonnance de 2015 et aux articles 55, 56 et 99-II du décret de 2016.



Les services internes de la collectivité locale assistés d'un éventuel AMO se doivent d'examiner les candidatures déposées par les opérateurs économiques. Cette phase d'examen des candidatures se déroule, en principe, avant la phase d'examen des offres et donne lieu à la rédaction d'un rapport d'analyse des candidatures. Ce rapport peut être soumis au comité de pilotage pour avis.

Exceptionnellement, en appel d'offres ouvert, l'acheteur pourra examiner les offres avant les candidatures. S'il recourt à cette faculté, l'acheteur doit procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente.

Il est fait obligation à l'acheteur de contrôler :

- La réception des candidatures dans les délais prescrits ;
- La satisfaction des candidats aux conditions de participation indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- L'absence d'interdiction de soumissionner frappant les candidats.

Ces contrôles s'effectuent à des moments et selon des modalités qui peuvent être différents selon la procédure suivie, notamment si l'acheteur a décidé de fixer un nombre maximum de candidats admis à participer à la suite de la procédure (en cas de procédure restreinte, le cas échéant).

En tout état de cause, une fois que les candidatures ont été analysées et que les éventuelles formalités pour permettre la régularisation d'une candidature ou obtenir un complément d'information ont été effectuées, l'acheteur doit immédiatement avertir les opérateurs économiques non retenus du rejet de leur candidature, en précisant les motifs du rejet.

Les candidats admis à présenter une offre ou à participer au dialogue sont, le cas échéant, simultanément invités par écrit dans les conditions de l'article 56 du décret.



La rédaction **d'un rapport d'analyse des candidatures**, permettant de vérifier que les candidats ne sont pas frappés d'une interdiction de soumissionner et ont respecté les délais prescrits ainsi que les conditions de participation.

POINTS DE VIGILANCE

La fixation des conditions de participation à la procédure de marché de partenariat et leur examen sont obligatoires, et par conséquent, les acheteurs sont tenus de fixer au moins une condition pour chaque critère (aptitude à exercer l'activité professionnelle, capacité économique et financière, capacités techniques et professionnelles).

Si la collectivité locale a recours aux interdictions de soumissionner facultatives, elle doit laisser la possibilité à l'opérateur économique concerné de démontrer dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

De même, il est important de laisser aux groupements le temps de se former efficacement. En publiant, par exemple un avis de pré-information du futur lancement d'une consultation (art. 31 et 32 du décret de 2016) ou en allongeant les délais légaux de réponse. Si un délai court de réponse n'est pertinent que pour la présentation des candidatures, la réalisation d'une offre supposera que quelques mois soient laissés aux soumissionnaires afin qu'ils puissent produire une réponse présentant les qualités techniques et architecturales souhaitées et un montage financier adéquat.

IV- La sélection des offres

A- Les critères de sélection des offres



Les critères de sélection des offres sont visés aux articles 52 et 87 de l'ordonnance de 2015 et à l'article 62 du décret de 2016.



La procédure de passation a pour objectif de permettre l'attribution du marché public à l'un des soumissionnaires (voire plusieurs) sur le fondement du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, au regard d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

En principe deux possibilités sont offertes aux acheteurs, à savoir l'utilisation d'un critère unique ou d'une pluralité de critères. Néanmoins, dans le cadre des marchés de partenariat, seule la seconde possibilité est envisageable. En effet, pour ce type de contrat, certains critères doivent nécessairement être utilisés. Dans le même sens, lorsque la procédure utilisée est celle du dialogue compétitif, l'utilisation d'une pluralité de critères s'impose. Il est donc définitivement exclu d'avoir recours à un critère unique.

Si le principe est celui de l'utilisation d'une pluralité de critères, il doit s'agir de critères non-discriminatoires liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

En premier lieu, les critères utilisés doivent nécessairement comprendre **le prix ou le coût**. Une procédure d'attribution qui ne ferait appel ni au prix, ni au coût parmi ses critères d'attribution serait illégale. Néanmoins, cela ne signifie pas que la mise en concurrence des soumissionnaires passe nécessairement par le prix ou par le coût du marché public : ces critères peuvent être neutralisés en étant exprimés sous la forme d'un prix ou d'un coût fixe.

En second lieu, et en dehors du critère du prix ou du coût, les acheteurs peuvent utiliser un ou plusieurs autres critères comprenant **des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux**.

Parmi les dispositions spécifiques aux marchés de partenariat, il est en outre prévu que, pour apprécier les offres, l'acheteur doit prendre en compte **la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans** parmi les critères d'attribution du contrat. Dans tous les cas, le titulaire doit s'engager à confier une part minimale du marché à de tels opérateurs.

Par ailleurs, **la qualité** est désormais envisagée comme un critère obligatoire lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au titulaire. Dans cette hypothèse, la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels doit nécessairement figurer parmi les critères d'attribution. De plus, s'agissant des bâtiments, les offres doivent comporter un projet architectural.

Si les textes ne contiennent pas de dispositions spécifiques qui imposeraient la prise en compte du coût global ou de la performance parmi les critères d'attribution, en pratique néanmoins, ces critères devraient se retrouver parmi les critères d'attribution des marchés de partenariat dans la mesure où il s'agit de critères liés à l'objet de ces marchés et à leurs conditions d'exécution.

Il est rappelé que le coût global (ou « coût complet ») comprend l'intégralité des coûts liés au projet pour toutes les phases du projet : conception, financement, réalisation, exploitation-maintenance ; et sur l'ensemble de son périmètre fonctionnel.

Dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, ce qui concerne presque toujours les marchés de partenariat, les critères d'attribution doivent faire l'objet d'une pondération. Par exception,

ils peuvent faire l'objet d'une hiérarchisation lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives.

[Cf. question précédente sur les critères en termes de délais de réalisation de l'ouvrage]

B- Les délais de réception des offres



Ces délais sont fixés de manière générale à l'article 43 du décret de 2016 ; à l'article 67 (appel d'offres ouvert) ; à l'article 70 (appel d'offres restreint) ; à l'article 72 (procédure concurrentielle avec négociation) et à l'article 76 (procédure de dialogue compétitif).



L'acheteur doit fixer, dans les documents de la consultation, les délais de réception des offres, les offres reçues hors délai devant être éliminées.

Lorsque le marché public est passé selon une procédure formalisée, ce qui concerne la majorité des marchés de partenariat, les délais de réception des offres ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure (augmenté de cinq jours si certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur).

Si les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires, les délais de réception des offres doivent être suffisants pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres. Et de réaliser ainsi les études nécessaires à la structuration du projet et la recherche du financement. En outre, le délai pourra être prolongé si des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

→ En procédure d'appel d'offres ouvert :

Le délai minimal de réception des candidatures et des offres est de **35 jours** à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché

Ce délai :

- Peut être réduit à 15 jours lorsque l'acheteur a publié un avis de pré-information ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence (sous conditions) ;
- Peut être ramené à 30 jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ;
- Peut être réduit, sans être inférieur à 15 jours, en cas d'urgence dûment justifiée.

→ En procédure d'appel d'offres restreint :

Le délai minimal de réception des offres est, comme pour les candidatures, de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner, et peut être réduit dans certaines hypothèses (il peut être ramené à 10 jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de pré-information qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et si certaines conditions sont réunies ; il peut être réduit à 25 jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ; il peut aussi être réduit, sans pouvoir être inférieur à 10 jours, en cas d'urgence dûment justifiée).

La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés.

→ En procédure concurrentielle avec négociation :

S'agissant des offres initiales, le délai minimal est de 30 jours à compter de l'envoi de l'invitation à soumissionner. Ce délai peut cependant être réduit dans certaines hypothèses, identiques à celles fixées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint.

→ **En procédure de dialogue compétitif :**

Aucun délai n'est prévu s'agissant de la réception des offres : c'est l'acheteur qui doit demander aux participants restés en lice de lui présenter leurs offres finales lorsqu'il estime que le dialogue compétitif est arrivé à son terme.

C- Les rapports d'analyse des offres et l'information des candidats



Les articles 59 et 62 du décret de 2016 précisent comment apprécier les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées et comment le cas échéant les régulariser. L'article 55 de l'ordonnance de 2015 et l'article 99 II du décret de 2016 déterminent comment informer les candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre.



La collectivité locale examine et analyse les offres déposées par les opérateurs économiques. Cette phase d'examen et d'analyse des offres donne, elle aussi, lieu à la rédaction d'un rapport d'analyse des offres initiales (un rapport d'analyse des offres finales sera produit en fin de procédure ; Cf cette partie, point VI).

Les services internes de la collectivité locale assistés de l'AMO vont vérifier dans un premier temps que les offres déposées ne sont pas inappropriées, irrégulières ou inacceptables et le cas échéant propose leur régularisation (si cela reste possible).

Dans un second temps, l'acheteur procède au classement des offres en fonction des critères et de leur pondération (ou hiérarchisation).

Pour l'examen et l'analyse des offres, l'acheteur peut utiliser le formulaire OUV8 (un modèle de rapport d'analyse des offres reçues dans le cadre de la passation d'un marché public ou d'un accord-cadre publié par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie et des Finances). Ce document comprend plusieurs rubriques :

- Identification du pouvoir adjudicateur (ou de l'entité adjudicatrice) ;
- Objet de la consultation ;
- Déroulement de la consultation ;
- Examen des offres ;
- Analyse des offres ;
- Proposition d'attribution ;
- Proposition de déclaration sans suite ou d'infructuosité ;
- Signature du responsable du service chargé de l'analyse des candidatures.

En tout état de cause, une fois qu'une offre a été retenue (ou que la procédure de passation a été jugée infructueuse), l'acheteur doit immédiatement avertir les soumissionnaires du rejet de leur offre, en précisant obligatoirement :

- les motifs du rejet ;
- le nom de l'attributaire ;
- les raisons pour lesquelles l'offre de ce dernier a été retenue ;
- la durée du délai de carence ou de recours (suspension de la décision ou standstill).



La rédaction **d'un rapport d'analyse des offres**, procédant à l'examen du caractère régulier, approprié et acceptable des offres, et au classement de ces dernières en fonction des critères de sélection et de leur pondération. Ce rapport peut être soumis au comité de pilotage pour avis.

POINTS DE VIGILANCE

Dans le cadre des marchés de partenariat, il est exclu d'avoir recours à un critère unique. Les critères utilisés doivent nécessairement comprendre le prix ou le coût du marché, la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans et la qualité lorsque tout ou partie de la conception est confiée au titulaire

Les acheteurs peuvent en outre utiliser un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux et user de la possibilité de présenter des options afin de laisser aux candidats une certaine latitude dans l'ajustement de leur offre et leur adéquation aux besoins publics.

V- La procédure de négociation

A- Pourquoi ne pas privilégier l'appel d'offres ?



L'article 25 du décret de 2016 détaille les différentes procédures de passation et de négociation d'un marché public.



La passation des marchés de partenariat est soumise aux mêmes procédures que celle d'un marché public classique. Au-dessus des seuils européens, ce qui sera quasiment toujours le cas, l'acheteur a le choix entre trois procédures formalisées :

- L'appel d'offres, ouvert ou restreint ;
- La procédure concurrentielle avec négociation ;
- Le dialogue compétitif.

Si l'acheteur a toute latitude pour choisir la procédure à suivre (cf. supra), il convient de privilégier les procédures qui font la part belle aux échanges avec les opérateurs économiques (procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif), au détriment de l'appel d'offres, le processus de contractualisation du marché de partenariat se trouvant naturellement enrichi par une phase de dialogue.

Cette affirmation est à nuancer ; dès lors que le projet public porte des ouvrages "simples" ou peu sensibles au geste architectural ou aux considérations relatives à la perception des futurs usagers en termes de performance et/ou d'attractivité, les procédures de négociation peuvent être allégées de même que les délais raccourcis.

B- Comment mener un dialogue compétitif ou une procédure concurrentielle avec négociation



Les modalités de passation de la procédure concurrentielle avec négociation sont visées aux articles 71 et 73 du décret de 2016 ; la procédure de dialogue compétitif est, quant à elle, visée aux articles 75 et 76 du décret de 2016.



La procédure concurrentielle avec négociation permet au pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché de partenariat avec le ou les opérateurs économiques qu'il a autorisés à participer aux négociations.

Trois types d'offres sont à distinguer dans cette procédure : les offres initiales, les offres ultérieures et les offres finales. Ce sont les offres initiales qui doivent être effectuées dans le délai de 30 jours à compter de l'envoi de l'invitation à soumissionner (cf. supra).

La procédure concurrentielle avec négociation donne lieu à une négociation entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires, sur les offres initiales et sur toutes les offres ultérieures, sans pouvoir concerner les offres finales. Le pouvoir adjudicateur peut cependant, s'il l'avait indiqué auparavant, attribuer le marché sur la base des offres initiales sans recourir à la négociation.

La négociation, qui doit être conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, n'est pas sans limites. En effet, les documents de la consultation doivent préciser quelles sont les exigences minimales que doivent respecter les offres, lesquelles ne pourront faire l'objet de négociations, tout comme les critères d'attribution du marché.

Le pouvoir adjudicateur peut décider que la procédure concurrentielle avec négociation se déroulera en phases successives de manière à diminuer progressivement le nombre d'offres à négocier (sur la base des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation), sous réserve, là encore, de l'avoir indiqué dans les documents de la consultation.

Enfin, dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.

La procédure de dialogue compétitif, quant à elle, va permettre à l'acheteur de dialoguer avec les candidats en vue de s'appuyer sur leurs propositions pour définir le contenu du contrat qui sera le mieux à même de répondre à ses besoins.

Tous les aspects du marché de partenariat peuvent être discutés avec les participants sélectionnés, le dialogue devant se dérouler jusqu'à ce que l'acheteur soit en mesure d'identifier quelles sont là ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins.

Ce dialogue peut se dérouler en une seule phase ou en plusieurs phases successives, si cela a été précisé dans les documents de la consultation, sous réserve de ne pas réduire la mise en concurrence. Par conséquent, le nombre de solutions restant à discuter lors de la phase finale de dialogue doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Concrètement, assistée de son AMO, les collectivités locales et leurs services vont :

- informer les candidats du déroulé du dialogue (questions posées, durée, présence de telle ou telle compétence : juridique, financière ou technique lors de la séance de dialogue...):
- rédiger un compte rendu de séance ;
- répondre aux questions des candidats et leur apporter toute précision utile sur le déroulé des négociations ;
- faire évoluer les pièces de la consultation (PFB, contrat...), les transmettre aux candidats qui devront remettre soit une offre intermédiaire, soit une offre finale.

C- La remise des offres finales



En ce qui concerne la procédure concurrentielle avec négociation, aucun délai précis n'encadrant le déroulement des négociations, c'est au pouvoir adjudicateur de décider de la fin des négociations dès lors qu'il est en mesure d'identifier quelles sont là ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins. Il en informe alors tous les soumissionnaires qui n'ont pas été éliminés et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Ce sont ces offres qui seront classées par le pouvoir adjudicateur afin d'attribuer le marché de partenariat à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans le cadre du dialogue compétitif, l'acheteur, lorsqu'il estime également qu'il est en mesure d'identifier quelles sont là ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins, décide que le dialogue est arrivé à son terme et en informe les participants en les invitant à présenter leur offre finale. L'acheteur pourra demander aux participants, sous réserve de ne pas modifier les aspects essentiels de leurs offres finales, d'apporter des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur celles-ci.

Ces offres finales seront ensuite classées (selon les critères définis) afin de désigner proposer va la Personne Responsable du Marché l'attribution du marché de partenariat.

POINTS DE VIGILANCE

Le marché de partenariat s'accommode mieux d'une phase de dialogue, ce qui favorise le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif.

Il convient d'être attentif au respect des règles de la commande publique et notamment : l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures (notamment mener la procédure de négociation « en tunnel » afin d'éviter qu'un candidat ne puisse avoir accès à des informations concernant un autre candidat).

De même, il convient, dès la rédaction des pièces de la consultation d'encadrer étroitement le déroulement des négociations afin d'éviter qu'elles ne durent trop longtemps sans justification, et de laisser suffisamment de temps aux candidats afin de préparer leur offre finale.

VI- Le choix de l'offre finale et le closing de l'opération

A- La notion d'offre économiquement la plus avantageuse



Aux termes de l'article 52 de l'ordonnance de 2015 :

« I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution [...] »



L'offre économiquement la plus avantageuse correspond à celle qui satisfait au mieux l'ensemble des critères d'attribution du marché de partenariat (cf. supra) définis par l'acheteur. En cela, l'offre économiquement la plus avantageuse s'oppose à l'offre moins-disante, fondé sur le seul critère financier.

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse s'effectue après application de critères d'attribution objectifs, opérationnels et non discriminatoires préalablement définis par l'acheteur et liés à l'objet du marché.

L'enjeu est de trouver le bon équilibre dans le contenu de l'offre financière : certes il est nécessaire d'appréhender les financements très en amont mais l'opérateur privé ne pourra s'engager de façon ferme sur la mise en place des financements et sur leurs termes et conditions (en particulier sur la marge) qu'une fois précisément connus les éléments déterminant le risque du projet (l'allocation de risque, le ratio capital/dette, les contrats de construction et d'exploitation et de maintenance, etc.) sur la base desquels le financement peut être présenté au comité de crédit de la banque. Les lettres d'intention ou les marques d'intérêts émises par les banques durant le dialogue compétitif ne sont pas juridiquement engageantes, même si elles ne peuvent retirer ces offres sans motif sérieux sauf à mettre en cause leur crédibilité commerciale et professionnelle.

B- Le financement du projet (revue des différentes modalités de financement)



Trois types de montages financiers sont possibles et susceptibles d'être proposés par les candidats pour le financement d'un marché de partenariat.

→ Le financement de projet :

Il constitue le montage majoritaire. Il s'agit d'un financement centré, non sur la capacité financière de l'opérateur privé leader du groupement, mais sur celles du seul projet dont les revenus provenant de l'exploitation assureront le remboursement, et dont les actifs pourront constituer les garanties. Ce montage fait intervenir la création d'une société de projet (en anglais on parlera de « SPV » pour Special Purpose Vehicle) afin de porter le financement de l'opération. Le financement du projet mobilise alors plusieurs types de financement : des financements bancaires (une dette bancaire garantie (grâce à une cession de créance acceptée), une dette bancaire projet) et des financements par les actionnaires de la SPV (des fonds propres et quasi-fonds propres). Complexe financièrement (nécessite la mise en place d'un modèle financier, d'un schéma de garanties sophistiquées, etc.), il fait apparaître le plus nettement les surcoûts liés au financement. Cette structuration financière, reflète également la prise de risque par la société et permet en conséquence de rémunérer son engagement à respecter les coûts et les délais.

Le financement du projet est cadré par la société au travers d'un plan d'affaire ou modèle financier (échancier des dépenses et des recettes relevant du contrat), référence économique du marché de partenariat, partagée avec la personne publique et son AMO lors de la phase de mise en concurrence.

Il convient de noter que la personne publique peut dorénavant participer au capital de la société de projet (article 80 de l'ordonnance ; Cf. Partie I : Le financement et le traitement comptable du marché de partenariat).

→ **Le financement « corporate » :**

Un opérateur privé se porte candidat pour signer lui-même le marché de partenariat, sans recourir à la création d'une société de projet, et bénéficie en tout ou partie des conditions de financement du groupe auquel elle appartient. Ce type de financement est devenu très rare notamment en raison de considérations comptables (souci de déconsolidation des engagements des groupes industriels). Dépendant de la part financée en fonds propres et du coût de ces fonds propres, le coût d'un financement corporate est variable mais ce montage permet toujours de faire l'économie des coûts, non négligeables pour les petits projets, liés à la création ou à la vie d'une société de projet ad hoc, et en particulier les coûts liés à la structuration d'un financement de projet. Une alternative pour les petits projets peut toutefois consister en la constitution d'une société de projet financée à 100% par ses actionnaires, par un mix de capital social et d'avances en compte-courant d'actionnaires (CCA), sans recours à un financement de projet.

→ **Le montage « crédit-bail » :**

Développé initialement par des sociétés spécialisées dans le crédit-bail, ce montage fait intervenir un établissement financier en tant que signataire du contrat. L'établissement financier n'est pas dans la position classique d'un crédit-bailleur mais plutôt d'un investisseur, théoriquement responsable de la globalité des prestations résultant du contrat. C'est le montage financièrement le plus simple et le moins coûteux.

Généralement, la SPV constituée par le groupement privé, cocontractante de la personne publique, capitalisée par des industriels et des investisseurs financiers, est surtout financée par des banques qui prennent leurs garanties sur l'économie du projet et auprès de la personne publique.

Les principales données de financement propres au marché de partenariat, dans la formule la plus couramment utilisée qui est la technique du financement de projet, concernent la structuration et le coût de la dette bancaire, ainsi que la part et le rendement des fonds apportés par les actionnaires.

Le ratio dette / (dette + fonds propres), appelé levier, mesure la proportion du financement total assuré par l'endettement, le solde étant apporté par les actionnaires sous forme de fonds propres. Ce ratio s'inscrit généralement entre 85% et 95% en fonction de l'importance du risque assumé par le partenaire privé, sachant que plus le risque est élevé et plus ce ratio est faible.

Dans le cas le plus fréquemment observé, la société de projet (SPV) attributaire se finance par des crédits bancaires à taux variable, à savoir :

- Le crédit construction dont le taux de base de référence est généralement exprimé en Euribor 1 mois, et préfinance la phase de conception-réalisation (durée comprise entre 1 an et 5 ans en général),
- Les crédits de refinancement (crédit Dailly et crédit projet) dont le taux de base de référence est généralement exprimé en Euribor 3 ou 6 mois et refinancent le crédit construction (durée de 10 à 30 ans en général), adossé à la durée contractuelle du Projet.

Les crédits de refinancement sont remboursés par le loyer immobilier versé par la personne publique pendant la période d'exploitation, dont le montant doit être fixé au plus tard à la mise en service de l'actif.

C- L'offre anormalement basse



La question de la détermination de ce qu'est une offre anormalement basse et son traitement sont visés à l'article 53 de l'ordonnance de 2015 et à l'article 60 du décret de 2016.



Les offres anormalement basses - appréciées notamment en fonction des pièces du marché et des seuils de la procédure sélectionnée (adaptée, formalisée...) - si elles peuvent laisser supposer une absence de fiabilité de l'offre ou un non-respect des règles concurrentielles, ne peuvent être rejetées avant que le soumissionnaire n'ait été mis à même de justifier son offre.

Dès lors, lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Il appartient en outre à l'acheteur de mettre en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter. Il doit ainsi exiger que le l'opérateur économique justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse.

Différents aspects, fixés de manière non exhaustive dans l'article 60 du décret de 2016, peuvent être pris en compte pour justifier le prix ou les coûts proposés.

Une fois que l'opérateur économique a transmis ses justifications, l'acheteur doit se prononcer sur le rejet ou non de l'offre. S'il estime que les informations fournies ne permettent pas de justifier le niveau bas du prix ou des coûts proposés ou si l'examen des justifications fournies lui permet d'établir que celui-ci résulte du non-respect du droit de l'environnement, ou du droit social et du travail, il doit rejeter l'offre.

À l'inverse, si le caractère anormalement bas de l'offre résulte de l'obtention d'une aide d'État, il ne peut pas rejeter l'offre sans avoir permis au soumissionnaire de démontrer qu'il s'agit d'une aide compatible avec le marché intérieur.

D- La mise au point du marché et le closing financier



La fin de la procédure et la mise au point du marché sont visés spécifiquement à l'article 64, à l'article 76 III et à l'article 159 alinéa 2 du décret de 2016.



Les acheteurs peuvent, avant la signature du contrat et avec l'accord du soumissionnaire retenu, procéder à la mise au point du marché de partenariat.

Les modifications apportées par la mise au point concernent les stipulations contenues dans les pièces constitutives du marché. Elles ne doivent pas avoir pour effet de remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre retenue ni le classement des offres, mais simplement de corriger des erreurs ou des anomalies évidentes quant à l'offre de l'entreprise retenue ou quant aux composantes du contrat.

Il s'agit en somme d'améliorer les conditions de mise en œuvre et de compréhension par les parties de l'offre de l'opérateur économique.

En outre, lorsque le marché de partenariat a été passé selon la procédure du dialogue compétitif, l'acheteur peut demander à l'attributaire du marché de clarifier certains aspects de son offre ou de confirmer les engagements qu'il a effectués au travers de cette offre, sans que ces demandes n'aient pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

D'autre part, avant l'attribution du marché de partenariat, et afin d'assurer la viabilité de son financement, l'acheteur doit fixer un délai à l'issue duquel le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché doit présenter le financement définitif du projet. A défaut, le marché de partenariat ne pourra pas être attribué à ce candidat.

En préalable au closing financier, les banques sont invitées à accepter le projet de contrat (ou faire des commentaires a minima). Généralement, cette étape est anticipée car les offres fermes de financement bancaire avec accord du comité de crédit peuvent être incluses dans l'offre finale.

C'est à cette étape que les arrangeurs sont mandatés et que les conditions préalables au bouclage financier sont mises en évidence :

- ✓ 'due diligence' technique (adéquation des coûts et des planning de conception-construction et de gros entretien renouvellement ; capacité à réaliser / maintenir l'ouvrage ; capacité à remplacer les sous-contractants ; revue du mécanisme de pénalités ; adéquation des plafonds de responsabilité...)
- ✓ audit (mathématique et économique) du modèle financier
- ✓ audit du programme d'assurances
- ✓ documentation contractuelle et financière satisfaisante
- ✓ absence de cas de force majeure.

Lors du closing financier, l'intégralité de la documentation financière doit être mise au point avec le candidat pressenti. Généralement, cela débute par la phase de finalisation du contrat et des annexes (s'échelonnant généralement de 2 à 3 mois). Il doit être procédé à la levée des conditions préalables au bouclage financier avec les conseillers des prêteurs identifiés ci-dessus. Il doit également être procédé à la finalisation de la documentation financière (rédaction de la convention de crédit, des suretés et d'une opinion juridique par le conseiller juridique des prêteurs).

On nomme ainsi « bouclage contractuel » la signature du marché de partenariat ; et « bouclage financier » la signature de la documentation financière. Le bouclage financier a généralement lieu concomitamment ou à défaut postérieurement au bouclage contractuel.

A noter qu'une question financière reste encore en suspens à la date du bouclage financier, celle de la date de fixation des taux. Afin que la personne publique ne soit pas exposée de façon trop importante au risque d'évolution des taux pour assurer la prévisibilité budgétaire du loyer, elle a intérêt à prévoir explicitement la possibilité de demander une cristallisation (fixation) à tout moment, à compter d'une date agréée initialement par les parties, cohérente avec les risques identifiés.

Dans ce cas, la documentation devra également préciser que la personne publique bénéficiera ou couvrira intégralement les conséquences du risque (soulte positive ou négative, impact de la cristallisation sur les loyers)

E- La création d'une société de projet, titulaire du marché

En cas de succès, à l'issue des négociations, les sociétés composant le groupement candidat constitueront une société dédiée au projet (la « Société de Projet ») de type société par actions simplifiée (SAS) ou société anonyme (SA) dont ils seront les actionnaires.

Cette société deviendra le titulaire du marché de partenariat.

Les clauses du marché doivent préciser la composition de l'actionnariat de cette société qui peut évoluer : en en phase de conception-construction, la majorité des parts pouvant être détenues par l'entreprise en charge de celles-ci ; puis en phase d'exploitation-maintenance, une partie de ces parts pouvant être cédées à l'entreprise en charge de ce volet de l'exécution du marché.

En règle générale, le titulaire s'engage à informer la collectivité locale de tout projet de modification de la composition de son capital ; celle-ci pouvant s'opposer à la modification de la composition du capital

du titulaire si elle estime que ce changement est susceptible d'affecter les capacités techniques et financières de celui-ci ou la poursuite normale de l'exécution du marché ou les conditions de mise en concurrence qui ont conduit à l'attribution du marché.

Cette stabilité de l'actionnariat ne s'oppose pas à la possibilité pour les actionnaires de consentir, pour les besoins du financement du projet, des sûretés portant sur tout ou partie des titres du titulaire qu'ils détiennent.

F- Formalisme d'attribution



Selon l'article L. 1414-2 du CGCT :

« Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance susmentionnée [...] le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5. Toutefois, en cas d'urgence impérieuse, le marché public peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

Les délibérations de la commission d'appel d'offres peuvent être organisées à distance dans les conditions de l'ordonnance du 6 novembre 2014 susvisée ».



Lorsque le montant du marché de partenariat est supérieur aux seuils européens, ce qui sera pratiquement toujours le cas, la CAO est compétente pour désigner l'attributaire du contrat. La collectivité locale délibérera ensuite afin d'attribuer le marché de partenariat à l'attributaire pressenti.

G- L'information des candidats et soumissionnaires évincés



Les candidats et soumissionnaires évincés ont un droit à l'information organisé par les article 55 de l'ordonnance de 2015 et 99 II du décret de 2016.



Les acheteurs doivent immédiatement informer les candidats et les soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue de leur choix.

En procédure formalisée, les acheteurs sont ainsi tenus de notifier le rejet de leurs candidatures ou de leurs offres aux candidats et aux soumissionnaires concernés, tout en leur indiquant les motifs de ce rejet. Si cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre :

- le nom de l'attributaire ;
- les raisons pour lesquelles l'offre de ce dernier a été retenue ;
- la durée du délai de standstill.

Par ailleurs, les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été rejetées au motif qu'elles étaient irrégulières, inacceptables ou inappropriées, peuvent demander lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue. Les acheteurs doivent alors leur communiquer ces informations dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de leur demande.

H- Les formalités administratives



Les formalités administratives sont organisées par les dispositions légales suivantes :

- Les articles 56 et 79 de l'ordonnance de 2015 ;
- les articles 103, 104 et 107 du décret de 2016 ;
- l'article L.2131-2 du CGCT.



Une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes doivent être communiqués à FIN-INFRA, aux fins de recensement et d'analyse économique.

Le marché public doit également être notifié au candidat dont l'offre a été retenue. En outre, s'agissant des marchés des collectivités territoriales, les marchés de partenariat sont soumis à une obligation de transmission au contrôle de légalité.

Les acheteurs doivent également assurer la publicité de l'offre retenue. La publication d'un avis d'attribution au BOAMP et au JOUE est imposée pour tous les marchés publics des collectivités territoriales qui répondent à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens, ce qui concernera la plupart des marchés de partenariat.

Enfin, depuis le 1^{er} octobre 2018, chaque acheteur devra offrir sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT.

I- Mesures de transparence



Selon l'article 105 du décret de 2016 :

« I. - Pour les marchés publics et les systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation [...] ».



Les pouvoirs adjudicateurs doivent établir, à l'issue de la procédure de passation des marchés qui répondent à un besoin dont la valeur est supérieure ou égale aux seuils européens, un rapport de présentation de la procédure, comportant au moins les éléments suivants :

- 1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché public ou du système d'acquisition dynamique ;
- 2° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
- 3° Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix ;
- 4° Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené l'acheteur à la juger anormalement basse ;
- 5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché public que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le nom des sous-traitants.

L'établissement de ce rapport n'est pas exigé pour les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre lorsque ceux-ci sont conclus sans remise en concurrence.

Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande et, le cas échéant, aux autorités chargées du contrôle des marchés publics en même temps que les documents contractuels.



Un **rapport de présentation** de la procédure de passation.

POINTS DE VIGILANCE

Le mode de financement du projet doit être étudié au regard des implications en termes de coût qu'il pourrait générer (ainsi la création d'une Société de Projet pour un projet modeste doit être mûrement réfléchie).

La mise au point du marché ne doit pas avoir pour effet de remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre retenue ni le classement des offres.

Les offres anormalement basses ne peuvent être éliminées sans avoir mis au préalable le soumissionnaire en situation de s'expliquer.

Il convient également de veiller à vérifier la conformité du dossier marché issu des négociations du closing.

Le délai suspensif de (standstill en anglais) en procédure formalisée entre l'information des soumissionnaires évincés et la signature du contrat doit être scrupuleusement respecté (11 jours, ou 16 jours si l'information des soumissionnaires évincés n'a pas été faite par voie électronique).



BONNES PRATIQUES

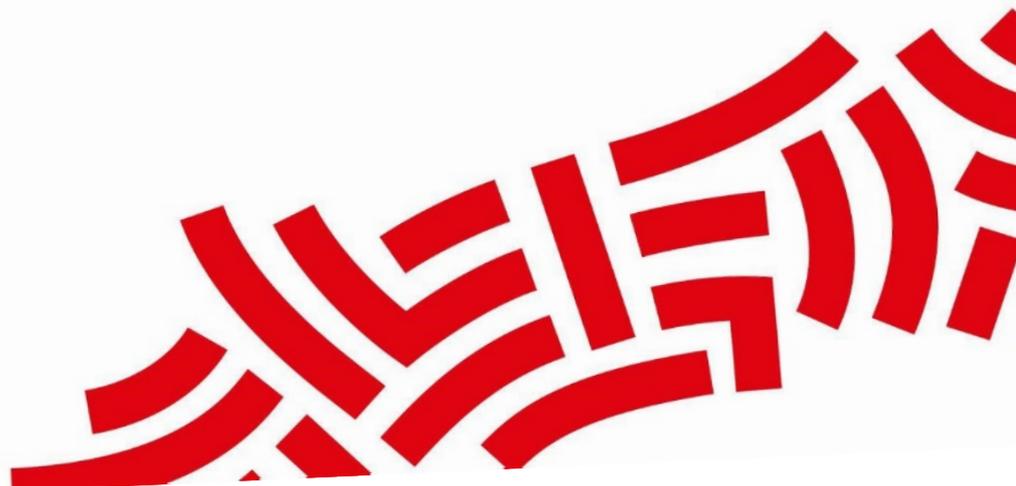
- Ne pas utiliser la faculté d'introduire des objectifs chiffrés de performance dans l'unique but de contourner les seuils de recours au marché de partenariat
- Toujours recourir à une procédure formalisée afin de sécuriser la passation du marché
- Favoriser le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif
- Rédiger intégralement ou en grande partie les documents du DCE avant la publication de l'avis de marché
- Ne pas oublier de fixer des conditions de participation à la procédure (phase candidature)
- Etudier le mode de financement du projet au regard de la taille du périmètre de ce dernier et des implications en termes de coût qu'il pourrait générer
- Ne pas avoir recours à la mise au point du marché dans le but de remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre retenue ou le classement des offres
- Ne pas éliminer les offres anormalement basses sans avoir mis au préalable le soumissionnaire en situation de s'expliquer
- Ne pas oublier de respecter un délai de standstill entre l'information des soumissionnaires évincés et la signature du marché
- Il convient de prévoir la faculté pour un titulaire d'ouvrir de façon minoritaire le capital de la société de projet à un investisseur financier et/ou institutionnel après attribution, à contre-courant des clauses d'intangibilité des groupements par trop souvent restrictives sur ce point.
- Il est recommandé de donner des délais suffisants aux candidats, pour réaliser leur offre, afin de disposer de réponses de qualité et adaptées aux besoins de la collectivité locale.
- Veiller aux coûts financiers additionnels liés à l'élévation des primes de risque qui peuvent être considérés comme de nature à mettre en cause l'opportunité financière même du recours à de tels contrats ; Selon le projet (investissements lourds ou non), l'architecture contractuelle devra permettre de transférer à l'opérateur privé la charge de ce risque de refinancement.

- Le financement proposé par l'opérateur privé devra être comparé avec les hypothèses retenues dans l'évaluation préalable, ayant permis de définir l'efficacité économique du montage en marché de partenariat.

- Trouver le bon équilibre dans le contenu de l'offre financière : certes il est nécessaire d'appréhender les financements très en amont mais l'opérateur privé ne pourra s'engager de façon ferme sur la mise en place des financements et sur leurs termes et conditions (en particulier sur la marge) qu'une fois précisément connus les éléments déterminant le risque du projet (l'allocation de risque, le ratio capital/dette, les contrats de construction et d'exploitation et de maintenance, etc.) sur la base desquels le financement peut être présenté au comité de crédit de la banque. Les lettres d'intention ou les marques d'intérêts émises par les banques durant le dialogue compétitif ne sont pas juridiquement engageantes, même si elles ne peuvent retirer ces offres sans motif sérieux sauf à mettre en cause leur crédibilité commerciale et professionnelle.

PARTIE IV

L'EXECUTION DU MARCHE DE PARTENARIAT



GRILLE DE LECTURE

INTERVENANTS	Elus Equipe-projet dédiée au suivi de l'exécution du marché Comité de pilotage prévu dans le marché AMO (s'il est prévu en phase exécution)
PRE-REQUIS	Adoption du marché de partenariat
INSERTION DANS LE PROCESSUS DE PASSATION DU MARCHE DE PARTENARIAT	Phase complexe à appréhender (obtention des autorisations préalables, commencement des travaux...)
CALENDRIER ET IMPERATIFS POLITIQUES	S'assurer de la bonne exécution du marché de partenariat
CALENDRIER ET IMPERATIFS JURIDIQUES ET FINANCIERS	Mise en œuvre des clauses du marché et respect du calendrier (autorisation préalable, réception des ouvrages/travaux, modifications, contrôles...)
DOCUMENTS/ DECISIONS A PRODUIRE A L'ISSUE DE CETTE PHASE AVANT DE PASSER A L'ETAPE SUIVANTE	Etudes préalables Autorisations préalables DOE Règlement intérieur Avenants éventuels Rapports annuels
ETAPE SUIVANTE	La gestion du marché de partenariat (Partie IV)

ECHELLE DE TEMPS DE REALISATION

Nom de tâche	01		02		03		04		05		06		07		08	
	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16
1 Mise à disposition du terrain / ouvrages (1 journée)	■															
2 Études préalables (Facultatives)	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
3 Phase de réalisation travaux (2 ans)									■	■	■	■	■	■	■	■
4 Mise à disposition et acceptation des ouvrages (15 jours)																
5 Phase d'exploitation maintenance et GER (18 ans)																
6 Fin normale du marché de partenariat (1 journée)																

L'échelle de temps est en mois : la phase d'exploitation-maintenance et GER succède à celle de la mise à disposition des ouvrages pour une durée proposée dans l'exemple ci-dessus de 18 ans.

STRUCTURATION DE LA PARTIE IV

Les points et les notions suivants sont abordés dans la présente partie :

- La mise à disposition du terrain / ouvrage / infrastructure(I)
- Les études préalables de sols (II)
- Les autorisations préalables et leur obtention (III)
- Réalisation des travaux et mise à disposition de l'ouvrage (IV)
- Phase d'entretien-maintenance-GER et exploitation (V)
- Les modifications du contrat(VI)
- Le contrôle de l'exécution et la gestion des différends (VII)
- Le régime financier du marché (VIII)
- La réalisation de certains risques (IX)

A compter de l'entrée en vigueur du contrat, le contexte change pour la collectivité, acheteur public, qui doit planifier l'exécution du marché et son suivi sur un moyen/long terme.

La collectivité locale doit faire évoluer son équipe projet, la spécialiser (volet technique de suivi plus important), s'assurer de sa mobilisation pendant toute la durée de l'exécution du marché. Le cas échéant, elle peut être accompagnée d'un AMO.

I- La mise à disposition du terrain / ouvrage / infrastructure

A- Modalités de mise à disposition

C'est à compter de la date d'entrée en vigueur du marché – généralement fixée à la date de notification du marché au titulaire, après la réalisation des formalités de transmission en Préfecture - que ce dernier a accès au terrain et/ou à l'ouvrage/ infrastructure.

Les modalités de cette mise à disposition sont strictement encadrées par les clauses du marché de partenariat : elles reposent notamment sur des plans et toutes informations utiles et actualisées transmises par la collectivité (annexés au marché) et un état des lieux d'entrée contradictoire établi entre les deux parties (également annexé au marché).

EXEMPLE DE CLAUSE

Mise à disposition du Terrain

Désignation et destination du Terrain

Le plan du Terrain sur lequel l'Ouvrage sera réalisé est fourni en Annexe 1 (Terrain).

Le Titulaire prend possession du Terrain, libres d'occupation humaine, conformément au planning visé à l'Annexe 2 du présent Marché soit, au plus tard le XX

Etat des lieux d'entrée et consistance du Terrain et des bâtiments

La Commune déclare et garantit que le Terrain, qui n'a fait l'objet d'aucune mesure administrative entraînant restriction à son occupation, est libre de toute occupation ou location quelconque

Le Titulaire déclare avoir une parfaite connaissance du Terrain.

B- Respect des servitudes

La question des éventuelles servitudes doit être étroitement encadrée par les clauses du contrat afin d'éviter tout risque de contentieux.

EXEMPLE DE CLAUSE

Servitudes

Le Titulaire souffrira des servitudes, passives, apparentes ou occultes, continues ou discontinues, pouvant grever les terrains, sauf à s'en défendre et à profiter de celles actives, s'il en existe, le tout à ses risques et périls, sans recours contre la Ville.

POINTS DE VIGILANCE

Par précaution, il convient que soient relatées les servitudes existantes (notamment ligne aérienne et réseaux assainissement) et qu'un certificat d'urbanisme ou une note de renseignement soit annexée au marché de partenariat.

II- Les études préalables des sols

A- La réalisation éventuelle d'études préalables

Le marché de partenariat peut prévoir qu'à compter de la date d'entrée en vigueur, le titulaire aura accès au terrain/infrastructures, afin d'y effectuer les éventuels sondages et études de sol.

B- La gestion des éventuelles conséquences de ces études

En règle générale, le titulaire prend en charge, les conséquences notamment financières et en termes de délai, qui seraient liées à l'état du terrain, du sol et du sous-sol, au titre des risques hydrogéologiques, géotechniques et de pollution et au titre des risques liés à l'état des bâtiments existants (amiantes, termites...).

La collectivité publique, quant à elle, prend à sa charge l'ensemble des obligations liées à la recherche archéologique. Elle supporte généralement seule l'ensemble des conséquences notamment financières et de délais qui pourraient résulter de la présence de vestiges archéologiques ou de guerre (notamment le risque pyrotechnique), par exemple, dans les sous- sols d'un terrain.

POINTS DE VIGILANCE

Par précaution, il convient de préciser dans les clauses du marché que le titulaire prend le terrain/infrastructures dans l'état dans lequel il se trouve sans aucune garantie de la part de la collectivité publique, et sans pouvoir élever aucune réclamation, ni former aucun recours contre la personne publique en raison de la situation ou de l'état de son sol et de son sous-sol dans la limite des documents qui lui auront été transmis à la date d'entrée en vigueur du marché.

III- Les autorisations préalables et leur obtention

A- Modalités de gestion des différents types d'autorisation par le titulaire du marché

Il revient au titulaire du marché de partenariat de faire son affaire de toutes les démarches nécessaires à l'obtention des permis de démolition et des permis de construire et des éventuelles autres autorisations administratives nécessaires à la construction de l'ouvrage et aux opérations de gros entretien et de renouvellement (GER) desdits ouvrages ou à l'aménagement des terrains concernés.

La liste desdites autorisations, licences, avis et permis sont, par exemple :

- l'avis favorable de la commission de sécurité et d'accessibilité préalable à l'ouverture au public ;
- les permis de construire et démolir ;
- l'autorisation d'ouverture de l'établissement recevant du public ;
- les autorisations nécessaires pour les branchements eau, gaz et électricité.

B- La gestion des éventuels recours, retrait, non-obtention des autorisations administratives

En règle générale, en cas de non obtention, recours ou retrait des autorisations administratives, les parties au marché se rapprochent et peuvent envisager les décisions suivantes :

- soit les parties décident d'un commun accord de résilier le marché ;
- soit la personne publique décide unilatéralement de poursuivre l'exécution du marché ;
- soit la personne publique décide unilatéralement de résilier le marché ;
- soit la personne publique décide unilatéralement de suspendre l'exécution du marché.

Les conséquences financières de chacune de ces décisions doivent avoir été anticipées dans le marché.

POINTS DE VIGILANCE

Pendant la procédure de passation du marché, le candidat doit intégrer et faire clairement apparaître dans son calendrier prévisionnel le délai d'instruction des permis et autres autorisations administratives et le délai de purge des permis de construire et autres autorisations administratives.

IV- Réalisation des travaux et mise à disposition de l'ouvrage

A- Modalités de suivi de la bonne réalisation des travaux

Le titulaire du marché doit commencer la réalisation des travaux à compter de l'obtention du permis de construire et des éventuelles autres autorisations administratives définitifs et purgés de tout recours. La durée estimative de cette première phase dédiée aux travaux est comprise entre 18, 24 ou 36 mois en fonction de leur nature.

En sa qualité de maître d'ouvrage, le titulaire est chargé de la conception, la construction, et du financement, à ses frais, risques et périls, de l'ensemble des travaux nécessaires à la réalisation des éventuels ouvrages, dans le respect du planning/calendrier annexé au marché.

Le titulaire s'assure des missions de la maîtrise d'œuvre (MOE & BET spécifiques : géomètre, BIM, suivi de la certification des labels environnementaux-exploitation-ISO, sols & pollution, acoustiques, cuisines, communication, ...), de la mission du contrôleur technique (CT) et du coordonnateur sécurité-protection-santé (CSPS) ainsi que des garanties assurantielles de construction (Responsabilité civile, Tout risque chantier, Biennale/décennale) dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

S'agissant du suivi du chantier, le titulaire du marché est responsable de la sécurité du chantier, de l'obtention des éventuelles autorisations nécessaires à la réalisation des ouvrages, de l'intervention des éventuels organismes experts... à ce titre, il doit prendre toutes les assurances nécessaires afin de couvrir l'ensemble des phases de son intervention.

La mise en place d'un comité de suivi lors de cette phase de réalisation des travaux est essentielle afin de s'assurer que le cocontractant remplisse correctement sa mission de maître d'ouvrage suivant les attentes du contrat et dans les délais du calendrier. Ces comités servent également de temps d'échanges (événements : pose de la 1^{er} pierre, ...) et de validation de certaines étapes nécessaires au bon avancement du projet (choix des matériaux, validation de prototype et espaces témoins, ...). Ces comités permettent d'évaluer et valider la bonne application des termes du contrat (respect des attendus et respect des délais), l'AMO jouant un rôle prépondérant pour la collectivité et l'équipe projet.

Si la collectivité doit s'assurer du respect du contrat, elle doit cependant être vigilante à ne pas imposer de nouvelles contraintes / demandes – au risque de devoir négocier des avenants susceptibles d'entraîner de forts surcoûts.

B- La procédure de mise à disposition de l'ouvrage

Deux périodes doivent être distinguées :

➤ La mise à disposition de chacun des ouvrages par le titulaire qui doit inviter la personne publique, une fois que lui-même aura effectué les opérations de réception des ouvrages, à procéder à la vérification de la conformité des ouvrages avec le programme fonctionnel des besoins et le projet constructif annexés au marché, le programme fonctionnel prévalant en cas de discordance.

Ce courrier d'invitation doit être accompagné de l'ensemble des pièces suivantes :

- le rapport final du bureau de contrôle technique vierge de toute réserve, et de l'avis de la commission de sécurité et d'accessibilité ;
- la constatation éventuelle de l'inexécution de certaines prestations ;

- la constatation éventuelle d'imperfections ou de malfaçons.

➤ L'acceptation des ouvrages par la collectivité publique, généralement encadrée dans un délai (15 jours, par exemple) suivant la date de mise à disposition des ouvrages ; délai pendant lequel, la personne publique doit procéder aux opérations de vérification de ces derniers et peut émettre à ce titre d'éventuelles réserves.

Le titulaire du marché doit faire son affaire de la levée des éventuelles réserves, encadrée dans un délai (2 mois en règle générale). La levée des réserves fait ensuite l'objet de procès-verbaux contradictoires.

La personne publique peut refuser d'accepter les ouvrages si les inexécutions, malfaçons ou non conformités rendent les ouvrages impropres à leur destination, ou qu'elles sont de nature à porter atteinte à leur sécurité et/ou à affecter leur utilisation et/ou le fonctionnement normal de l'établissement.

La date d'acceptation des ouvrages, avec ou sans réserve, est importante car elle marque le départ du versement par la collectivité publique de son loyer au titulaire.

C- La réalisation du DOE (Dossier des Ouvrages Exécutés)

Le titulaire, dispose d'un certain délai à compter de l'acceptation des ouvrages, pour constituer le Dossier des Ouvrages Exécutés. La non-remise de ce dossier, ou la remise d'un dossier incomplet, peut entraîner l'application de pénalités.

Le dossier des ouvrages exécutés doit comprendre obligatoirement un certain nombre d'éléments, dont notamment :

- l'inventaire des biens avec leur descriptif ainsi que le relevé de l'ensemble des coûts effectifs liés à la conception-réalisation des ouvrages ;
- une copie conforme du dossier de permis de construire complétée de l'avis de la commission de sécurité et d'accessibilité, et des éventuelles autorisations administratives liées à la construction des ouvrages ;
- l'ensemble des plans correspondant aux ouvrages réalisés, avec notamment tous les plans de réseaux ;
- l'inventaire et l'ensemble des notices des produits et matériaux installés ;
- un dossier d'exploitation/maintenance comprenant l'ensemble des schémas et notices permettant l'exploitation et la maintenance des ouvrages.
- un planning de formation des personnels de la collectivité publique chargés de l'entretien et de l'exploitation ;
- la liste complète des intervenants de la construction...

POINTS DE VIGILANCE

Il convient d'être extrêmement vigilant sur le respect du calendrier qui mentionne des dates essentielles à respecter telles que :

- la date contractuelle de mise à disposition de chacun des ouvrages achevés ;
- la date contractuelle d'acceptation de chacun de ces ouvrages par la personne publique ;
- la date de levée des réserves ;
- la date de remise du DOE ;

La date d'acceptation de la mise à disposition conditionne le début des garanties et responsabilité de l'occupant (assurances) car le non non-respect de certaines de ces dates est susceptible d'entraîner l'application de pénalités à l'encontre du titulaire du marché.

V- Phase d'entretien-maintenance-GER et exploitation

A- Les obligations du cocontractant et le suivi par la collectivité publique sur la durée du marché

A compter de la notification de la décision d'acceptation des ouvrages, c'est-à-dire suite à la réalisation des travaux acceptés par la collectivité publique, le titulaire a en charge les prestations de maintenance et de gros entretien et de renouvellement des ouvrages (dont les obligations), telles que définies dans le programme d'entretien et de maintenance (annexé au marché), de sorte que ceux-ci puissent :

- répondre aux performances techniques, aux exigences de sécurité, d'hygiène et de continuité du service, ainsi qu'aux attentes des utilisateurs ;
- être remis à la collectivité publique à l'expiration du marché en parfait état d'entretien et de fonctionnement conformément au programme d'entretien et de maintenance.

Le gros entretien et renouvellement (GER) fait l'objet d'un compte analytique dont le bilan sera présenté annuellement à la collectivité publique.

Cette phase d'entretien-maintenance a une durée comprise variable, généralement entre 18 et 23 ans (déduite de la phase travaux/rénovation) ; mais cette durée est variable et dépend de la nature du projet poursuivi. Cette durée sera fixée dans le marché de partenariat.

Le titulaire est entièrement responsable de la bonne exécution des prestations. A ce titre, afin d'examiner les éventuelles modifications ou évolutions des conditions d'exécution du marché, une clause de rencontre généralement annuelle, est prévue entre les parties intervenues. Ces rendez-vous pourront concerner : la maintenance et l'exploitation technique et le refinancement du marché avec un partage des bénéfices du refinancement entre la collectivité publique et le titulaire du marché.

B- Evolutions et veilles technologiques

Le titulaire prend en charge le risque de l'obsolescence éventuelle de tout ou partie des ouvrages, l'obsolescence étant définie comme toute circonstance dans laquelle la maintenance ou le renouvellement d'un composant élémentaire des ouvrages ne peut plus être raisonnablement assuré en raison, notamment, de la non-disponibilité sur le marché de pièces de rechange ou de prestations de maintenance à des conditions économiques normales.

Dans une telle hypothèse, le titulaire assume, à ses frais et charges, le remplacement dudit composant élémentaire des ouvrages en garantissant à la personne publique le respect des normes en vigueur et le principe d'un maintien en gamme.

Le titulaire assure également une veille technologique pour permettre de faire bénéficier la personne publique des progrès technologiques susceptibles de s'appliquer (c'est le cas par exemple, des secteurs soumis à une rapide évolution technologique tels que les télécommunications ; les smart grids ; la mobilité ; les énergies renouvelables...).

C- Le respect par le cocontractant de ses obligations en matière de performance

Lors de la phase d'exploitation-maintenance, le titulaire des marchés devra atteindre un certain nombre performance généralement précisées tant dans le marché qu'en annexe (portant par exemple sur les objectifs de performance à atteindre et leurs pénalités associées).

Les performances liées à l'ouvrage peuvent ainsi porter sur :

➤ Energie et fluides liés à l'ouvrage

A compter de la date de mise à disposition de l'ouvrage, le titulaire est responsable des performances énergétiques ayant pour objet de garantir l'amélioration mesurable de l'efficacité énergétique de l'ouvrage dans la durée. Il revient à la collectivité publique de prendre en charge les frais énergétiques et de consommation courante occasionnés par l'utilisation de l'ouvrage dans le cadre de la mise à disposition de l'Ouvrage pour les besoins de service public. Le risque de variation du prix de l'énergie est donc pris en charge par la collectivité locale.

Ensuite, chaque année, la consommation des énergies telles qu'elle est facturée par le fournisseur d'énergie à la ville, en KWh, est comparée à la consommation sur laquelle s'est engagé le Titulaire.

➤ Performances liées à la disponibilité de l'ouvrage

Le titulaire du marché doit également s'engager sur la disponibilité de l'ouvrage toujours en référence au programme fonctionnel des besoins et aux objectifs de performance à atteindre.

Le marché de partenariat doit prévoir des clauses portant sur des propositions d'actions correctives et l'amélioration continue de l'exploitation et des performances.

D- Les modalités pratiques de gestion de l'ouvrage/infrastructure

Afin d'apprendre au mieux cette phase d'entretien-maintenance, il est conseillé que le titulaire du marché de partenariat adopte deux types de documents :

➤ Un règlement intérieur :

Etabli par le titulaire, il doit préciser notamment les principes de fonctionnement de l'ouvrage, les conditions techniques et financières de mise à disposition des équipements aux utilisateurs y inclus la personne publique.

Un plan des interventions ultérieures définissant la répartition des tâches entre titulaire du marché et utilisateur doit être également prévu par le marché de partenariat (exemple ménage).

➤ Des mesures de sécurité et d'hygiène :

L'ouvrage/l'infrastructure, y compris ses matériels et appareils doivent être en permanence conformes aux dispositions et normes de sécurité et d'hygiène en vigueur.

A ce titre, il revient au titulaire de prendre toutes mesures nécessaires à cet effet, et en informer la personne publique. Il doit ainsi procéder à ses frais aux contrôles périodiques obligatoires dans le cadre de ses obligations d'entretien-maintenance et GER, qu'il s'agisse des normes d'hygiène et de sécurité applicables à l'ouvrage tel que décrit au programme fonctionnel des besoins ou des contrôles périodiques auxquels sont soumis les Etablissements recevant du public (EPR).

Il est tenu de respecter et de faire respecter par ses préposés les règles de sécurité édictées par les prescriptions du règlement intérieur.

➤ Le vandalisme

Le vandalisme que l'on peut désigner comme tout acte de destruction, dégradation et/ou détérioration volontaire d'un ouvrage par tout tiers identifié ou non ; est considéré une cause exonératoire dégageant donc le titulaire du marché de sa responsabilité, de ses obligations de performance et de l'application de pénalités sous réserve de démontrer que ces derniers affectent nécessairement et effectivement sa capacité à respecter les objectifs de performance, visés dans le marché.

COMPLEMENTS MPPE (8)

EXEMPLE DE CLAUSE

Les performances attendues dans le Contrat

Le titulaire réalisera ces prestations de manière à atteindre les performances énergétiques suivantes :

- **performance n°1** : une réduction minimale de la consommation d'énergie primaire : 38,6% pour les collèges, 25,1 % pour les musées, 15 % pour l'hôtel de ville ;
- **performance n°2** : une réduction minimale des émissions de CO2 (50% pour les collèges, 25% pour les musées, 15% pour la Maison du département),
- **performance n°3** : l'augmentation de la part des énergies renouvelables notamment par l'implantation de chaufferies biomasse et autres techniques (50% des sites),
- **performance n°4** : production d'électricité photovoltaïque et/ou éolienne (235.000 kWh revendus par an),
- **performance n°5** : la sensibilisation des occupants à la maîtrise des consommations d'énergies

Ces performances énergétiques sont précisées en annexe XX du présent marché.



BONNES PRATIQUES

- La mise en place d'un comité de suivi lors de cette phase de réalisation des travaux est essentielle afin de s'assurer que le cocontractant de la collectivité publique remplit correctement sa mission de maître d'ouvrage.
- Suivant la complexité technologique du projet et du niveau de disponibilité du service attendu, une phase de marché à blanc des équipements (mise en service des installations) peut être envisagée.
- Il est important d'inclure les équipes et utilisateurs de la collectivité dans l'appropriation des ouvrages et le fonctionnement des équipements pour une meilleure intégration de ces derniers, et favoriser l'échange avec les intervenants de l'exploitation.
- La collectivité locale doit éviter de vouloir trop s'immiscer dans le déroulement du contrat autrement qu'en étant un « acheteur zélé » (i.e. vérifier ce qui est attendu, notamment en termes de livrables / jalons d'études et travaux), autrement dit formuler des demandes complémentaires ou modificatives vs le contrat ou critiquer les choix du titulaire en lui demandant de faire différemment.

PARTIE V

LA GESTION DU MARCHE DE PARTENARIAT



GRILLE DE LECTURE

INTERVENANTS	Elus Equipe-projet dédiée à la gestion du marché Comité de pilotage prévu dans le marché AMO (s'il est prévu en phase gestion)
PRE-REQUIS	Adoption du marché de partenariat
INSERTION DANS LE PROCESSUS DE PASSATION DU MARCHE DE PARTENARIAT	Phase longue et complexe à appréhender (réalisation des risques)
CALENDRIER ET IMPERATIFS POLITIQUES	S'assurer du bon suivi du marché de partenariat sur le long terme
CALENDRIER ET IMPERATIFS JURIDIQUES ET FINANCIERS	Mise en œuvre des clauses du marché et respect du calendrier (autorisation préalable, réception des ouvrages/travaux, modifications, contrôles...)
DOCUMENTS/ DECISIONS A PRODUIRE A L'ISSUE DE CETTE PHASE AVANT DE PASSER A L'ETAPE SUIVANTE	Etudes préalables Autorisations préalables DOE Règlement intérieur Avenants éventuels Rapports annuels
ETAPE SUIVANTE	La fin du marché de partenariat (Partie VI)

ECHELLE DE TEMPS DE REALISATION

Nom de tâche	01		02				03				04				05				06				07				08				
	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31
1 Mise à disposition du terrain / ouvrages (1 journée)	■																														
2 Études préalables (Facultatifs)		■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■																		
3 Phase de réalisation travaux (2 ans)														■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	
4 Mise à disposition et acceptation des ouvrages (15 jours)																															
5 Phase d'exploitation maintenance et GER (18 ans)																															
6 Fin normale du marché de partenariat (1 journée)																															

L'échelle de temps de réalisation de la phase de gestion du marché de partenariat est identique à celle de l'exécution, les deux phases en pratique se superposant.

STRUCTURATION DE LA PARTIE V

Les points et les notions suivants sont abordés dans la présente partie :

- Les modifications du contrat (I)
- Le contrôle de l'exécution et la gestion des différends (II)
- Le régime financier du marché (III)
- La réalisation de certains risques (IV)

Divers événements peuvent intervenir pendant le déroulé du marché de partenariat (avenants résultant de modifications, application de pénalités...) supposant que la collectivité locale ait pris soin de les anticiper tout en étant accompagnée dans leur gestion (équipe-projet, AMO...)

I- Les modifications du contrat

A- La nature des modifications (substantielles ou non) et les clauses de réexamen



Selon l'article 65 de l'ordonnance de 2015, précisé par les articles 139 et 140 du décret de 2016 :

« Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public [...] »

La modification des marchés de partenariat en cours d'exécution est autorisée mais strictement encadrée. Les modifications ne peuvent en aucune occasion changer la nature globale du marché public.



Un marché de partenariat ne peut ainsi être modifié que dans six hypothèses limitativement énumérées par le décret de mars 2016 :

- Lorsque les modifications résultent de la mise en œuvre de clauses de réexamen prévues par le contrat initial ;

Ces clauses de réexamen ou d'options doivent être prévues par le contrat initial, et rédigées de manière claire, précise et non équivoque.

- Lorsque les modifications ont pour objet de faire réaliser des prestations supplémentaires au titulaire du marché sans qu'il ne soit possible de procéder à une nouvelle mise en concurrence ;
- Lorsque les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ;
- Lorsque les modifications entraînent un remplacement du titulaire initial du marché public ;
- Lorsqu'il s'agit de modifications non substantielles ;

Une modification est considérée comme substantielle si elle modifie la nature globale du marché de partenariat et, en tout état de cause, dans quatre hypothèses énumérées par le décret.

- Lorsque les modifications ne représentent qu'une faible part du montant du contrat initial (10 ou 15% du montant selon l'objet du marché).

Ces hypothèses sont les seules qui permettent de modifier un marché en cours d'exécution et chacune d'elles est soumise à de strictes conditions de mise en œuvre. En-dehors de ces hypothèses, il est donc interdit de modifier un marché de partenariat en cours d'exécution. Si l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur.

B- Les modalités de mise en œuvre des modifications



La problématique des avenants et des modifications apportées à un marché public en cours d'exécution sont visées aux articles L. 1414-4 du CGCT et 140-III du décret de 2016.

Les modifications du marché de partenariat peuvent être le résultat d'un avenant au contrat ou d'une décision unilatérale.



La notion d'avenant ayant disparu à l'occasion de la réforme des marchés publics, il convient de saisir la CAO pour avis de toute modification du marché entraînant une augmentation supérieure à 5% du montant du marché initial.

D'autre part, l'acheteur public doit, pour les marchés passés en procédure formalisée, publier un avis de modification au JOUE lorsque les modifications ont pour objet de faire réaliser des prestations supplémentaires au titulaire du marché sans qu'il ne soit possible de procéder à une nouvelle mise en concurrence ou qu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

D- L'implication financière des modifications



Cette question est réglée à l'article 140-I du décret de 2016.



Lorsque les modifications ont pour objet de faire réaliser des prestations supplémentaires au titulaire du marché ou qu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait prévoir, le montant de chacune de ces modifications ne peut dépasser de 50% le montant initial du marché, sous peine d'être qualifiée de modification substantielle.

POINTS DE VIGILANCE

Les clauses de réexamen ou d'options, qui permettent la modification du marché, doivent être prévues par le contrat initial, et rédigées de manière claire, précise et non équivoque.

La notion d'avenant ayant disparu à l'occasion de la réforme des marchés publics, il convient de saisir la CAO pour avis de toute modification (contractuelle ou unilatérale) du marché entraînant une augmentation supérieure à 5% du montant du marché initial.

II- Le contrôle de l'exécution et la gestion des différends

A- Les clauses de rencontre : réunions de suivi de l'exécution des Études et Travaux ; réunions annuelles...



Il peut être opportun, dans le but de permettre le contrôle de l'exécution du contrat, et afin que le partage des risques défini par le marché reste optimal, de convenir de rencontres récurrentes (tous les ans) entre les parties et ce durant toute la durée du marché de partenariat.

Ces rencontres peuvent notamment avoir pour objet d'examiner les éventuelles modifications ou évolutions des conditions d'exécution du marché intervenu entre deux rencontres, et d'en déterminer les conséquences. Ces rendez-vous pourront ainsi concerner :

- la maintenance et l'exploitation technique ;
- le refinancement du marché ; ...



Des **clauses de rencontre** peuvent être insérées dans le contrat aux fins de contrôle de l'exécution du contrat. Ces réunions peuvent avoir pour conséquence d'entraîner, par exemple, la renégociation par avenant de la clause de partage des gains liés au refinancement ou encore du montant des loyers.

B- Les différentes phases de contrôle



Selon l'article 88 de l'ordonnance de 2015, complété par l'article 166 du décret de 2016 :

« [...] II. - L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du contrat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu ».



Le contrôle du marché de partenariat doit avoir lieu lors de chaque phase du marché, et à sa fin.

→ En phase de construction :

Le contrôle porte :

- Sur la qualité des ouvrages construits ;
- Sur la conformité des ouvrages au programme fonctionnel prévu dans le contrat ;
- Sur les coûts et délais définitifs de l'ouvrage ;
- Sur le plan de financement retenu...

→ En phase d'exploitation des ouvrages ou du service public :

Le contrôle porte :

- Sur la qualité d'exploitation ;
- Sur le respect des objectifs de performance ;
- Sur le coût des prestations de service offertes par le titulaire ;
- Etc.

→ En fin de contrat :

Le contrôle porte :

- Sur les coûts définitifs du projet ;
- Sur la qualité de l'exécution des prestations de service prévues ;
- Sur le respect des objectifs de performance ;
- Sur l'évaluation de l'état de l'ouvrage en fin de contrat et de sa valeur patrimoniale ;
- Etc.

Afin d'assurer la réalisation de ce contrôle, l'acheteur peut demander au titulaire de lui transmettre tous les documents qu'il estime nécessaires, sous réserve de respecter le secret en matière industrielle et commerciale.

C- Le rapport annuel



Le rapport annuel est visé à l'article 88 de l'ordonnance de 2015, complété par l'article 165 du décret de 2016.



Pour permettre le contrôle du suivi de l'exécution du marché de partenariat, le titulaire établit un rapport annuel adressé à l'acheteur dans les 45 jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat.

Ce rapport annuel et les comptes rendus des contrôles doivent être transmis à l'assemblée délibérante de la collectivité locale afin d'être débattu.

Ce rapport annuel a pour objectif premier de suivre l'exécution du contrat chaque année, et de la comparer avec les années précédentes, et notamment de mettre en regard :

- le compte annuel de résultat de l'exploitation (valider par un Commissaire aux Comptes) ;
- le patrimoine mobilier et immobilier ;
- les dépenses de renouvellement ;
- les engagements financiers liés au marché et nécessaires à la continuité du service public ;
- les ratios annuels de rentabilité économique et de rentabilité interne ;
- la répartition entre le coût des fonds propres et le coût de la dette, sur les indicateurs de suivi de performance ;
- la part d'exécution du marché confiée à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans ;
- les recettes annexes et sur les pénalités.

Les données fournies dans le rapport annuel doivent pouvoir être contrôlées par l'acheteur, lequel peut demander à ce que les pièces justificatives de ces données lui soient transmises.

[Evoquer l'importance du rapport annuel et le fait qu'il n'est pas un simple exercice de style mais doit être une « mine d'information » pour que l'acheteur puisse juger que le titulaire continue de bien faire son travail de levée des réserves, d'exploitation de maintenance et de GER dans la durée.]



Un **rapport annuel** établi tous les ans par le titulaire du marché de partenariat afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat.

D- Le contrôle du recours aux Petites et Moyennes Entreprises (PME)



Selon l'article 87 de l'ordonnance de 2015, complété par l'article 163 du décret de 2016 :

«I. - Le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat, dans des conditions fixées par voie réglementaire [...] ».



Le titulaire du marché de partenariat doit confier au minimum 10% de l'exécution du contrat à des PME ou à des artisans. Cette obligation constitue l'un des critères d'attribution du marché.

Le contrôle du respect de cette obligation a lieu à l'occasion de la remise du rapport annuel du titulaire, lequel précise la part d'exécution du marché confiée à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

Ces données peuvent être contrôlées par l'acheteur, lequel peut demander à ce que les pièces justificatives lui soient transmises.

E- Le régime des pénalités



La question des pénalités est visée aux articles 161 (motifs et les modalités de variations de la rémunération) et 165 (contenu du rapport annuel) du décret de 2016.



Si l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales obligeaient les pouvoirs adjudicateurs à prévoir dans les contrats de partenariat des pénalités applicables à leurs cocontractants « en cas de manquement à [leurs] obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance », tel n'est plus le cas avec la nouvelle formule du marché de partenariat.

Toutefois, de telles pénalités pourraient toujours être justifiées afin de sanctionner l'engagement sur performances du titulaire du contrat.

Par conséquent, si de telles pénalités sont prévues dans le contrat, leur montant doit être adapté au niveau des objectifs de performance assignés au cocontractant et ne saurait être ni dérisoire ni excessif.

Peuvent être ainsi visées dans le marché de partenariat des pénalités de retard dans la mise à disposition de l'ouvrage, objet du marché ; dans la remise du dossier d'exécution de l'ouvrage ; dans la

remise des documents nécessaires au contrôle de la collectivité locale ; ou encore relatives aux obligations de performance du titulaire.

Ces pénalités sont généralement forfaitaires et libératoires.

Le juge du contrat pourrait être amené à contrôler leur montant au regard de celui du contrat, et les modérer ou les augmenter, lorsqu'elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché.



Des **clauses pénales** au montant ni dérisoire ni excessif permettant de sanctionner l'engagement sur performances du titulaire du contrat, doivent impérativement figurer dans le marché de partenariat du marché. Leur application se fera en fonction de critères de performance ou d'indicateurs qui ne seraient pas atteints pas le titulaire du marché.

F- Les modes de gestion des contentieux



Parmi les modes de gestion des contentieux figurent : l'arbitrage (article 90 de l'ordonnance de 2015) et la médiation article (142 du décret de 2016).



Les litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat peuvent être réglés, en plus de la voie contentieuse classique, en recourant à l'arbitrage, conformément aux dispositions du livre IV du Code de procédure civile, et par dérogation à la règle interdisant aux personnes publiques de recourir à ce mode de résolution des différends.

D'autre part, les parties peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, lesquels doivent rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

Elles peuvent également solliciter le médiateur des entreprises intervient afin de les aider à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

COMPLEMENTS MPPE (9)

Les engagements de performance énergétique impliquant une obligation de résultat, le cahier des clauses administratives particulières. Le marché devra prévoir un barème de pénalités afin de sanctionner la sous-performance du titulaire. Ce barème prendra la forme d'une fourchette au-delà et en dessous de laquelle le prestataire doit respecter un engagement d'amélioration de la performance énergétique.

POINTS DE VIGILANCE

L'acheteur ne doit pas hésiter à solliciter le titulaire du contrat aux fins de vérification des éléments contenus dans le rapport annuel.

L'insertion de clauses pénales reste vivement recommandée.

III- L'exécution financière du marché

A- Règlements, avances et acomptes



Ces différents points sont visés aux articles 66 et 83 de l'ordonnance de 2015 et à l'article 143 du décret de 2016.



Les dispositions applicables aux marchés publics relatives aux règlements, aux avances et aux acomptes, ainsi que celles concernant l'exécution financière des marchés publics ne sont pas applicables aux marchés de partenariat.

Cependant, l'acheteur pourra toujours verser au titulaire du contrat des avances et des acomptes en application des règles spécifiquement applicables aux marchés de partenariat. Il peut être également envisagé un 1^{er} loyer majoré à compter de la mise en service de l'ouvrage.]

Selon l'article 161 du décret de 2016, le marché de partenariat peut prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation.

Il est vivement recommandé de faire apparaître la décomposition du loyer dans le contrat, au minimum en loyer d'investissement, loyer de services et loyer de gros entretien et renouvellement.

- La régularité du versement du loyer à la personne privée

Il peut s'agir d'un loyer mensuel, trimestriel, semestriel ou annuel, et cette périodicité est fixée dans le contrat. Dans la pratique, la personne privée peut exiger d'obtenir une régularité qui concorde avec ses obligations de remboursement aux banques des emprunts contractés pour la réalisation de sa mission (généralement mensuelle).

La date à partir de laquelle des paiements seront effectués par la personne publique peut influencer de manière significative la structure de financement (selon par exemple que des paiements sont ou ne sont pas demandés en période de construction).

Le marché peut en effet prévoir que la rémunération due par la personne publique est liée à la disponibilité de l'ouvrage. En règle générale le versement débute à la « constatation » par la personne publique de la conformité de l'ouvrage à sa destination (déterminée contractuellement) ou aux étapes techniques.

Cette étape constitue également le fait générateur retenu pour la mise en œuvre de la cession de créance.

La période de paiements est ainsi généralement établie de la livraison de l'ouvrage jusqu'à la fin de la période d'exploitation maintenance (fin du contrat). Certains loyers peuvent être majorés en début de contrat afin de faciliter la mise en exploitation.

- Les clauses d'indexation du Loyer

La clause d'indexation vise à faire varier le prix du contrat en fonction de l'évolution de prix de catégories de biens ou services pris comme référentiels. C'est une manière de prévoir les conditions d'évolution automatique de la rémunération en fonction de la variation d'indices contractuellement définis.

Les clauses d'indexation s'attachent aux loyers d'investissement et surtout au loyer d'exploitation-maintenance, et sont construites sur la base d'indices fixés à une période de référence. Ainsi la clause indique un calcul mathématique permettant de faire varier la rémunération du partenaire proportionnellement à l'évolution de l'indice.

- les modalités de paiement

Il appartient aux comptables publics de vérifier notamment la validité de la créance et s'assurent du caractère libératoire du règlement.

Le comptable doit donc disposer, comme pièce justificative du paiement, d'une copie du contrat exécutoire que lui fera parvenir la personne publique. Il exerce ses contrôles sur la base du contrat car c'est celui-ci qui fixe les modalités de paiement et détermine les modes de calcul des sanctions et pénalités. I

Il importe donc de veiller à la qualité rédactionnelle de ces clauses afin d'éviter toute suspension de paiement. Ainsi, par exemple, il convient de s'assurer que les montants figurant dans le contrat et dans la délibération autorisant la signature sont bien identiques et présentés, dans les deux cas en TTC ou en HT.

- Les taxes

Les taxes non liées à l'activité du titulaire du marché peuvent faire l'objet d'une refacturation à l'euro l'euro (par exemple la Cotisation Foncière des Entreprises (CFE), part de la Contribution Économique Territoriale (CET) assise sur les valeurs locatives foncières, la taxe foncière sur les propriétés non bâties, ou encore la rémunération du Conservateur des hypothèques...). Il s'agira d'une facturation séparée du montant des loyers.

Les autres taxes, liées à l'activité du titulaire, doivent être spécifiquement intégrées dans le modèle financier et leur prise en charge par l'une ou l'autre des parties (généralement l'opérateur privé) doit faire l'objet de mentions claires.

La mise en œuvre des clauses relatives à l'exécution financière du marché de partenariat peut conduire le titulaire à être redevable de sommes au titre de sanctions et pénalités.

Le principe de ces pénalités et sanctions est activé en cas de manquement du cocontractant à ses obligations, notamment celles liées aux objectifs de performance, ce qui est une des forces principales du marché de partenariat.

Dans ce cas, le recouvrement est poursuivi selon les procédures de droit commun de chacune des collectivités publiques, mais une compensation est possible entre les sommes dues par la personne publique à son partenaire privé, et celles dues par ce dernier à la personne publique au titre de pénalités ou de sanctions et des recettes de valorisation. Cette compensation ne pourra toutefois pas jouer pour une partie de la rémunération ayant déjà fait l'objet d'une cession de créance acceptée.

B- Garanties



La question des garanties est visée à l'article 61 de l'ordonnance de 2015, complétés par les articles 123 et s. et à l'article 143 du décret de 2016.



Si l'application des règles concernant les garanties n'est pas exclue s'agissant des marchés de partenariat, - le recours à des garanties à première demande pouvant être prévu dans les marchés de partenariat -, les dispositions du décret afférentes font en revanche partie des règles expressément exclues s'agissant des marchés de partenariat.

Dès lors, la possibilité offerte de prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, ne semble pouvoir être mise en œuvre.

C- Sous-traitance



L'organisation du recours à des prestataires extérieurs par le titulaire d'un marché de partenariat est visée aux articles 66 et 87 de l'ordonnance de 2015 et à l'article 143 du décret de 2016.



Si les règles relatives à la sous-traitance ne sont pas applicables aux marchés de partenariat, le titulaire reste néanmoins obligé de constituer un cautionnement auprès d'un organisme financier pour garantir le paiement des sommes dues à un prestataire, auquel il est fait appel pour l'exécution du marché de partenariat, dès lors que ce dernier en fait la demande.

Cette possibilité de cautionnement bénéficie à tous les prestataires, y compris les sous-contractants qui n'interviennent qu'en second ou troisième rang.

D- Le contrôle des coûts de revient



La question du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché est visée à l'article 64 de l'ordonnance de 2015, complété par l'article 138 du décret de 2016.



Un contrôle des coûts de revient des prestations qui font l'objet du marché public est organisé s'agissant des marchés publics conclus par l'État ou ses établissements publics (et pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement).

Ce contrôle ne concerne donc pas les marchés de partenariat conclus par les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Toutefois, l'intérêt de ce contrôle est à relativiser dans la mesure où les textes prévoient un contrôle spécifique de l'exécution par l'acheteur dans le cadre des marchés de partenariat (cf. supra).

POINTS DE VIGILANCE

Les règles relatives aux garanties, à la sous-traitance et au contrôle des coûts de revient ne sont pas applicables aux marchés de partenariat passés par les collectivités territoriales et leurs groupements.

COMPLEMENTS MPPE (10)

La garantie d'une assistance à la personne publique pour contrôler l'atteinte des performances peut s'avérer utile selon la capacité technique et humaine de la collectivité, au moins sur une période initiale (par exemple 3 ans).

III- La réalisation de certains risques

A- Les types de risques susceptibles de se réaliser



Un risque peut être défini comme étant un évènement, un facteur ou une influence qui menace la bonne marche du projet en agissant sur les délais, les coûts ou la qualité des prestations réalisées. Plus précisément, est considéré comme risque tout changement contextuel par rapport aux termes retenus dans le marché et ayant une répercussion effective sur celui-ci.

En marché de partenariat, différents types de risques sont susceptibles de se réaliser étant entendu que la personne publique transfère au titulaire a minima les risques de construction et de disponibilité de l'ouvrage (et du service le cas échéant), ainsi que le risque de gestion.

En règle générale, la matrice des risques distingue les catégories suivantes :

- risques en matière de financement ;
- risques en matière de conception ;
- risques en matière de construction ;
- risques en matière d'entretien et de maintenance.

La personne publique négocie lors de la phase de dialogue l'étendue du transfert des risques de conception, d'exploitation-maintenance, ainsi que les risques financiers et juridiques liés au projet.

Toutefois, dans ce type de contrat, les recettes du partenaire privé proviennent d'un paiement public et éventuellement de recettes accessoires, et par conséquent le risque de recettes est donc limité.

Une matrice des risques figure en Annexe V du présent Guide.

B- La gestion des risques et de leur impact financier

La matrice des risques non seulement va déterminer la partie la mieux à même de maîtriser le risque, du point de vue technique, économique et financier, mais également va déterminer les modalités de résolution du risque dès lors qu'il se produit.

A ce titre, la matrice renvoie aux articles du marché, par exemple :

- en matière de risque de financement : en cas de non obtention d'un financement, qui est un risque pouvant être partagé entre les parties, la matrice renvoie aux conditions et stipulations prévues au marché de partenariat, notamment celles relatives aux clauses financières du marché ;
- en matière de conception : en cas de mauvaise interface entre conception et construction (risque porté par le titulaire), la matrice renvoie au chapitre du marché portant sur les travaux de construction ;
- en matière d'entretien-maintenance, en cas de mauvaise estimation des consommations énergétiques, il est renvoyé aux clauses relatives aux pénalités associées aux objectifs de performance et au dossier d'entretien maintenance et GER.

Concernant la gestion des risques, la collectivité devra être attentive à plusieurs points :

- L'allocation du risque sur la partie la plus à même de le supporter, afin d'optimiser le montage, mais aussi le coût du Projet ;
- Les clauses contractuelles applicables déterminant le règlement financier de la survenance d'un risque, il convient que la collectivité veille à la concordance entre le niveau de pénalité contractuellement défini et le niveau de risque pris par la partie concernée. Dans certaines circonstances, le risque pris par le

titulaire apparaît faible en regard des pénalités et des incitations au respect des objectifs. Le niveau de risque garanti contractuellement peut effet faire basculer la gestion du risque vers une autre partie ;

- L'introduction d'une certaine souplesse contractuelle afin de permettre des clauses de renégociations (utiles lorsqu'elles permettent au contrat de s'adapter à des situations nouvelles), en prenant garde toutefois à la conclusion d'avenants conclus dans un sens généralement favorable aux titulaires privés. L'enjeu est donc de favoriser les adaptations bénéfiques tout en luttant contre les renégociations opportunistes ;
- La définition de clauses de suivi fines au sein des contrats permettant un recensement, une quantification et une appréciation des risques au cours de l'application du Contrat.

COMPLEMENTS MPPE (11)

La garantie de performance énergétique est un élément constitutif obligatoire d'un MPPE, afin de garantir l'acheteur contre la non-atteinte des objectifs de performance prévus au contrat.

Le titulaire d'un MPPE est donc toujours soumis à ce risque, qui peut être transféré par le biais d'une assurance (assurance civile décennale, assurance de perte d'exploitation...).

POINTS DE VIGILANCE

Un risque contractuellement transféré au titulaire implique que ce dernier doit remédier à toute situation mettant en péril la rentabilité attendue du projet, ce qui peut être confortable pour la personne publique.

La personne publique doit veiller à ne pas faire supporter au titulaire des risques non assurables ou non mesurables qu'il n'est pas en mesure économiquement de supporter.

Si c'est le cas, le risque sera transféré dans des conditions de prix qui pèseront fortement sur le coût budgétaire du contrat. A ce titre, si le marché devenait durablement non viable, les parties au marché peuvent user de la clause de rencontre afin d'envisager les modalités de poursuite de l'exécution de celui-ci.



BONNES PRATIQUES

- Pratiquer un dialogue régulier avec le titulaire du marché, en particulier à l'occasion de l'élaboration du rapport annuel qui est un véritable outil d'évaluation qui regroupe les indicateurs fondamentaux de l'opération
- Prévoir, au besoin, des clauses de réexamen ou d'options rédigées de manière claire, précise et non équivoque
- Saisir la CAO pour avis de toute modification (contractuelle ou unilatérale) du marché entraînant une augmentation supérieure à 5% du montant du marché initial
- Ne pas hésiter à solliciter le titulaire du contrat aux fins de vérification des éléments contenus dans le rapport annuel
- Il convient d'être vigilant sur le taux de recours aux PME selon l'activité et la capacité des entreprises présentes sur le territoire
- Prévoir l'insertion de clauses pénales dans le contrat
- Garder à l'esprit que les règles relatives aux règlements, aux avances, aux acomptes, ainsi qu'aux garanties, à la sous-traitance et au contrôle des coûts de revient ne sont pas applicables aux marchés de partenariat passés par les collectivités territoriales et leurs groupements

PARTIE VI

LA FIN DU MARCHE DE PARTENARIAT



GRILLE DE LECTURE

INTERVENANTS	Elus Equipe-projet Cocontractant Eventuellement intervention d'un AMO (audit de fin de contrat)
PRE-REQUIS	Exécution et gestion du marché de partenariat Non-obtention d'une autorisation administrative Résiliation du marché Exécution d'une décision de justice
INSERTION DANS LE PROCESSUS DE PASSATION DU MARCHE DE PARTENARIAT	Phase définitive
CALENDRIER ET IMPERATIFS POLITIQUES	Délibération
CALENDRIER ET IMPERATIFS JURIDIQUES ET FINANCIERS	Mise en œuvre des clauses du marché
DOCUMENTS/ DECISIONS A PRODUIRE A L'ISSUE DE CETTE PHASE	Etat des lieux de sortie Réception de l'ouvrage Règlement financier du marché
ETAPE SUIVANTE	Mise en place des nouveaux contrats et marchés pour la gestion des ouvrages.

STRUCTURATION DE LA PARTIE VI

Les points et les notions suivants sont abordés dans la présente partie :

- Les évènements susceptibles d'entraîner la résiliation du marché en début d'exécution et leurs conséquences (I)
- La résiliation du marché de partenariat et ses conséquences (II)
- La cession du marché (III)
- La fin normale du contrat (IV)

Il convient d'être vigilant sur la sensibilité politique et contentieuse que peut entraîner une fin anticipée du marché, et sur l'organisation nécessaire côté collectivité pour bien la préparer, la déclencher, la réaliser et l'assumer (enjeux de continuité du service public)

I- Les évènements susceptibles d'entraîner la résiliation du marché en début d'exécution et leurs conséquences

A- Les différents cas de résiliation

Un certain nombre d'évènements sont susceptibles d'entraîner la résiliation du marché dès le début de son exécution voire même avant, dont notamment :

- Un recours administratif ou contentieux à l'encontre du marché ou de ses actes détachables, ainsi qu'en cas de retrait ;
- Un recours, un retrait, une non-obtention des autorisations administratives

Dans ces circonstances, la parties se rencontrent et peuvent décider, si la poursuite de l'exécution du marché est impossible, le marché sera résilié, et le titulaire peut prétendre à une indemnisation.

B- Les conséquences d'un contentieux contre le marché de partenariat



L'article 89 de l'ordonnance de 2015 vise notamment la question de l'indemnisation du titulaire d'un marché, en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers.



Le marché de partenariat peut être l'objet du recours contentieux d'un tiers au contrat (référé contractuel, recours direct contre le contrat en application de la jurisprudence Département du Tarn-et-Garonne (CE, Ass. 4 avril 2014, req. n°358994), etc.), qui peut conduire le juge à annuler ou résilier le contrat.

Mais, nouveauté du régime des marchés de partenariat, il sera possible dans ce cas, indépendamment des clauses indemnitaires du contrat, que le titulaire du marché de partenariat prétende à l'indemnisation des dépenses utiles (frais d'études, de conseil, etc.) c'est-à-dire celles qu'il a engagées conformément au contrat (y compris les frais financiers liés au financement mis en place à condition qu'il soit fait mention, dans les annexes du marché de partenariat, des clauses liant le titulaire aux établissements bancaires).

En outre, les clauses indemnitaires éventuellement prévues par le marché de partenariat sont, par détermination de la loi, considérées comme divisibles du marché de partenariat et peuvent donc s'appliquer, indépendamment de la disparition du reste du contrat.

POINTS DE VIGILANCE

L'article 89 de l'ordonnance ne prévoit une indemnisation des dépenses utiles qu'en cas d'annulation ou de résiliation du fait d'un recours des tiers (et non des parties), et ne s'applique pas aux cas de rupture unilatérale par l'acheteur.

II- La résiliation du marché de partenariat et ses conséquences

A- Les différents types de résiliation (faute, intérêt général, force majeure,...)



La résiliation est l'acte juridique mettant fin, pour l'avenir, aux obligations et aux responsabilités contractuelles. Cette résiliation peut avoir divers fondements :

→ Résiliation amiable :

Les parties au marché peuvent toujours convenir d'une résiliation amiable d'un marché public, et par extension du marché de partenariat (CE, 5 déc. 1986, Syndicat Intercommunal de distribution d'eau corniche des Maures, req. n° 49345).

La résiliation amiable pourrait également être envisagée lorsque le projet est non rentable pour le titulaire ; par exemple, lorsqu'existe un risque de faillite de la société de projet car ses coûts d'exploitation se révéleraient trop élevés.

→ Résiliation unilatérale par l'administration pour motif d'intérêt général :

La résiliation pour motif d'intérêt général, dans l'intérêt du service public, est une faculté de résiliation générale unilatérale qui existe même sans texte, pour tous les contrats administratifs y compris les marchés de partenariat (CE, 22 avril 1988, Sté France 5, req. n° 86241).

La possibilité de résilier le marché pour un motif d'intérêt général n'a pas nécessairement à être prévue au contrat. En outre, toute clause contraire est nulle et l'administration ne peut renoncer à ce pouvoir (CE, 6 mai 1985, Eurolat c/ Crédit Foncier de France, req. n° 41589).

Les motifs de la résiliation doivent exister à la date d'effet de celle-ci et doivent être légitimes. Il peut s'agir par exemple de l'abandon du projet, de considérations liées à l'organisation et au fonctionnement du service public, etc.

→ Résiliation unilatérale par l'administration pour faute du titulaire :

La résiliation pour faute du titulaire est une mesure prise par l'administration pour mettre fin pour l'avenir à ses relations contractuelles avec un opérateur économique ayant commis une faute, le plus souvent liée à l'absence de conformité aux dispositions du marché ou aux ordres de services.

Cette résiliation pour faute du titulaire est d'ordre public et peut être mise en œuvre même si elle n'a pas été prévue au contrat (CE, 30 septembre 1983, SARL Comexp, req. n° 26611).

→ Résiliation en cas de force majeure :

Pour admettre l'existence d'un cas de force majeure, la jurisprudence exige la réunion de trois conditions :

- Une condition d'imprévisibilité, c'est-à-dire que le titulaire d'un marché se soit trouvé en présence d'une difficulté matérielle imprévisible ;
- Une condition d'extériorité, c'est-à-dire la difficulté ne provienne pas de son fait ;
- Une condition d'irrésistibilité : que la difficulté soit d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elle rende l'exécution des obligations contractuelles impossible soit provisoirement, soit définitivement (pas le cas

si par suite des circonstances économiques ou sociales, l'exécution du contrat devient seulement plus onéreuse).

En cas de force majeure rendant impossible l'exécution du marché, l'administration a la possibilité de résilier le marché ou peut attendre que le cas de force majeure cesse (CE, 5 janvier 1924, Cie du Gaz La Ferté-Milon).

→ Résiliation par le co-contractant privé de l'administration

Le Conseil d'Etat a récemment admis que le cocontractant privé de l'administration puisse résilier unilatéralement un contrat administratif en cas de faute de l'administration, si une clause du contrat le prévoit (CE 8 octobre 2014, Sté Grenke Location, req. n° 370644).

Cette possibilité n'est toutefois admise que si le marché n'a pas « *pour objet l'exécution même du service public* », ce qui peut concerner, notamment, les marchés de partenariat qui confient la gestion d'un service public au titulaire du contrat.

B- Continuité du service public



Le marché de partenariat peut avoir pour effet de confier la gestion d'un service public au titulaire du contrat.

Si la résiliation d'un tel contrat reste possible, néanmoins dans ce cas, et quel que soit le motif de la résiliation « *la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service* ».

Cette substitution n'entraîne pas « *le transfert des dettes et créances nées de l'exécution antérieure des contrats conclus par l'ancien cocontractant de la personne publique, qu'il s'agisse des contrats conclus avec les usagers du service public ou de ceux conclus avec les autres tiers* ».

D'autre part, cette substitution n'est possible « *que si les contrats en cause ne comportent pas d'engagements anormalement pris, c'est-à-dire des engagements qu'une interprétation raisonnable du contrat relatif à l'exécution d'un service public ne permettrait pas de prendre au regard notamment de leur objet, de leurs conditions d'exécution ou de leur durée, à moins que, dans ce cas, la personne publique n'ait donné, dans le respect de la réglementation applicable, son accord à leur conclusion* » (CE, 19 décembre 2014, req. n° 368294).

C- Modalités de mise en œuvre des résiliations et conséquences financières



Les différentes hypothèses de résiliation obéissent à des modalités de mise en œuvre différentes, et n'emportent pas les mêmes conséquences financières.

→ Résiliation amiable :

Si les parties au marché peuvent toujours convenir d'une résiliation amiable, celle-ci n'ouvre droit à aucune indemnisation, sauf clause contraire en ce sens.

EXEMPLE DE CLAUSE DE RESILIATION AMIABLE

« Les Parties peuvent convenir de mettre fin au présent Marché, d'un commun accord. Les modalités, notamment financières, de la résiliation sont arrêtées conjointement par les Parties.

L'indemnisation est payée dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de détermination des sommes dues au titre de la résiliation calculées sur la base d'un chiffre dûment transmis à la Ville, laquelle ne saurait être postérieure à la date de prise d'effet de la résiliation.

En cas de retard de paiement des indemnités, le montant sera majoré des intérêts de retard conformément au décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique ».

→ Résiliation unilatérale par l'administration pour motif d'intérêt général :

Si l'administration peut dans l'intérêt général résilier les marchés, elle ne peut le faire que sur le fondement d'une motivation objective et sous réserve d'indemnisation de son cocontractant (CE, mai 1958, Distillerie Magnac-Laval).

Au regard des conséquences de la résiliation sur l'exécution du marché il paraît opportun de la faire précéder d'un préavis.

L'indemnisation doit couvrir tant le paiement des prestations effectuées (CE, 18 nov. 1988, n° 61871, Ville Amiens) que le gain manqué (CE, 24 janv. 1975, n° 87259).

En outre, toute résiliation abusive est requalifiée par le juge en résiliation aux torts de l'administration et ouvre au cocontractant un droit à compensation financière (CE, 28 mars 1990, req. n° 56463).

EXEMPLE DE CLAUSE DE RESILIATION POUR MOTIF D'INTERET GENERAL

« La Ville peut résilier unilatéralement le présent Marché, pour motif d'intérêt général.

La résiliation doit être précédée d'un préavis, dûment motivé et notifié au Titulaire par lettre recommandée avec accusé de réception, d'un délai d'un (1) an avant la prise d'effet de la résiliation.

Le Titulaire sera indemnisé du préjudice [...]

L'indemnisation est payée dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de détermination des sommes dues au titre de la résiliation calculées sur la base d'un chiffre dûment transmis à la Ville, laquelle ne saurait être postérieure à la date de prise d'effet de la résiliation.

En cas de retard de paiement des indemnités, le montant sera majoré des intérêts de retard conformément au décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique

Le Titulaire reversera à la Ville le solde positif du compte GER dans les conditions et selon les modalités définies à l'Article [...] Gros entretien et renouvellement -GER. En revanche, le solde négatif du solde GER sera remboursé au Titulaire.

Le montant de l'indemnité est majoré des intérêts courus sur les Instruments de Dette et les Instruments de Fonds Propres entre la date de détermination des sommes dues au titre de la résiliation telle que définie ci-dessus et la date de paiement de l'indemnité ».

→ Résiliation unilatérale par l'administration pour faute du titulaire :

La résiliation pour faute du titulaire doit être précédée d'une mise en demeure et être motivée.

Le cocontractant fautif n'a droit à aucune indemnité car il doit supporter la totalité du passif de l'opération à la date de la résiliation, et pèseront sur lui les conséquences financières de la passation d'un marché de remplacement par l'administration (CE, 20 janv. 1988, Sté étude et réalisation des applications du froid, req. n° 56503).

Toutefois, si le cocontractant fautif a réalisé des investissements, il sera indemnisé à concurrence de la valeur non amortie des installations (CE, 20 mars 1957, Sté établissements thermaux Ussat-les-bains).

Enfin, toute résiliation abusive de la part de l'Administration sera requalifiée par le juge comme une résiliation aux torts de l'Administration et l'entreprise pourra ainsi obtenir des dommages-intérêts.

EXEMPLE DE CLAUSE DE RESILIATION POUR FAUTE DU TITULAIRE

« Sauf cas de Force Majeure, Causes Légitimes et Causes Exonératoires, en cas de manquements graves et répétés du Titulaire à ses obligations contractuelles [...] »

La Ville peut prononcer la résiliation du présent Marché pour faute grave du Titulaire, cette résiliation entraînant la déchéance du Titulaire.

La résiliation doit être précédée d'une mise en demeure, dûment motivée et notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au Titulaire, et restée sans effet à expiration d'un délai de quatre (4) mois sauf mise en régie.

Sans préjudice de l'application des éventuelles pénalités dues, la Ville prend toutes mesures qu'elle estime utiles pour assurer la continuité du service public.

Le Titulaire est indemnisé selon les conditions suivantes [...]

Le Titulaire prendra à sa charge le solde GER négatif. En cas de solde positif du compte GER, celui-ci sera versé à la Ville dans sa totalité.

Par ailleurs, le Titulaire s'engage à verser à la Ville un montant dûment justifié au titre du préjudice subi, en ce compris les mesures engagées pour assurer la continuité du service public, par la Ville du fait de la résiliation pour faute du titulaire pour un montant forfaitaire fixé à cinquante pour cent (50) % des Rémunérations (R2 + R3) et comprenant une partie des instruments des fonds propres de l'année considérée.

L'indemnisation est payée dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de détermination des sommes dues au titre de la résiliation calculées sur la base d'un chiffrage dûment transmis à la Ville, laquelle ne saurait être postérieure à la date de prise d'effet de la résiliation.

En cas de retard de paiement des indemnités, le montant sera majoré des intérêts de retard conformément au décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

Le montant de l'indemnité est majoré des intérêts courus sur les Instruments de Dette et les Instruments de Fonds Propres entre la date de détermination des sommes dues au titre de la résiliation telle que définie ci-dessus et la date de paiement de l'indemnité ».

→ Résiliation pour cas de force majeure :

Dans le cadre d'une résiliation prononcée sur le fondement de la force majeure, le cocontractant n'a droit à aucune indemnité si elle n'est pas prévue par le contrat. Toutefois, il pourra obtenir une indemnisation

couvrant toutes les pertes subies si la résiliation est justifiée par un cas de force majeure administrative (CE 8 janvier 1925, Sté chantiers et ateliers Saint-Nazaire).

Cependant, le manque à gagner ne sera pas indemnisé en cas de résiliation pour force majeure (CE, 11 déc. 1991, n° 81588, SONEXA).

EXEMPLE DE CLAUSE DE RESILIATION POUR CAS DE FORCE MAJEURE

« Sera considéré comme un cas de force majeure au sens du présent Marché, tout fait ou circonstance irrésistible, imprévisible, extérieur et indépendant de la volonté des Parties et qui ne pourra être empêché par ces derniers malgré tous les efforts raisonnablement possibles.

En cas de résiliation pour Force Majeure, le Titulaire est alors libéré de son obligation d'exécution. Il ne sera alors pas sanctionné pour inexécution, ni ne pourra se voir appliquer des pénalités de retard.

Les obligations contractuelles sont suspendues. Lorsque les effets de la Force Majeure prennent fin, l'obligation d'exécuter le Marché s'impose à nouveau au Titulaire. Les différents délais contractuels sont alors prorogés d'un délai correspondant à la période de prorogation susvisé.

Après quatre (4) mois d'interruption de l'exécution des obligations contractuelles pour Force Majeure, un droit de résiliation est ouvert à chacune des Parties. Le Titulaire ou la Ville exerce son droit de résiliation en demandant à l'autre Partie par lettre recommandée avec accusé de réception de prononcer la résiliation du Marché.

En cas de rupture du Marché consécutive à un événement de Force Majeure, le Titulaire percevra de la Ville une indemnité correspondante :

A. Si la résiliation intervient avant la Date Effective de Mise à Disposition de l'Ouvrage, le Titulaire est indemnisé dans les conditions et selon les modalités prévues à l'Article [...] (Résiliation pour motif d'intérêt général et Fait du Prince avant la Date Effective de Mise à Disposition) à l'exception du manque à gagner.

- B. Si la résiliation intervient après la Date Effective de Mise à Disposition de l'Ouvrage, le Titulaire est indemnisé dans les conditions et selon les modalités prévues à l'Article [...] (Résiliation pour motif d'intérêt général et Fait du Prince après la Date Effective de Mise à Disposition) à l'exception du manque à gagner.

L'indemnisation est payée dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de détermination des sommes dues au titre de la résiliation calculées sur la base d'un chiffrage dûment transmis à la Ville, laquelle ne saurait être postérieure à la date de prise d'effet de la résiliation.

En cas de retard de paiement des indemnités, le montant sera majoré des intérêts de retard conformément au décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

Le Titulaire reversera à la Ville le solde de GER positif non utilisé à la date de prise d'effet de la résiliation.

Le montant de l'indemnité est majoré des intérêts courus sur les Instruments de Dette et les Instruments de Fonds Propres entre la date de détermination des sommes dues au titre de la résiliation telle que définie ci-dessus et la date de paiement de l'indemnité ».

→ Résiliation par le co-contractant privé de l'administration

La résiliation à l'initiative du co-contractant doit être prévue par une clause du marché. En outre le cocontractant ne peut y procéder qu'après une mise en demeure de la personne publique, laquelle pourra s'y opposer pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public. Le cas échéant il appartiendra au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat.

Le contrat peut prévoir, en sus de la possibilité pour le co-contractant de résilier le contrat, le versement d'une indemnité par l'administration.

D- La mise en régie



La mise en régie correspond à la faculté pour la personne publique de faire exécuter, après mise en demeure du titulaire, les prestations que ce dernier s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce ou par lui-même.

La mise en régie a pour objectif de surmonter l'inertie, les manquements graves et répétés du titulaire lorsqu'ils entravent l'exécution du marché.

Le Conseil d'Etat a jugé que la faculté de prononcer une mise en régie était d'ordre public et n'avait pas à être nécessairement prévue par les stipulations contractuelles « *en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement d'un ouvrage public* » (CE Ass., 9 novembre 2016, req. n° 388806).

La mise en œuvre de cette mesure coercitive peut porter sur une partie seulement des prestations objet du contrat et n'a pas pour effet de rompre le lien contractuel existant entre le maître d'ouvrage et son cocontractant.

Malgré le caractère d'ordre public de la mise en régie, il peut sembler opportun de sécuriser le recours à cette faculté en insérant dans le contrat des clauses dédiées.

Deux clauses devraient nécessairement être insérées dans le contrat :

- L'une concernant la mise en régie avant la date effective de mise à disposition de l'ouvrage
- L'autre concernant la mise en régie après la date effective de mise à disposition de l'ouvrage (pour ce qui concerne les obligations d'entretien, de maintenance et de GER).

Ces clauses doivent prévoir les modalités de mise en demeure du titulaire, le délai à l'issue duquel la mise en régie sera prononcée si le titulaire ne défère pas à la mise en demeure, la participation du titulaire au paiement du surcout des prestations et au suivi de l'exécution des prestations mises en régie.

Elles prévoiront en outre les conditions dans lesquelles le titulaire sera relevé de la mise en régie et la durée maximale de mise en régie partielle ou totale.

POINTS DE VIGILANCE

Les modalités de résiliation et de mise en régie, si elles relèvent pour la plupart de règles d'ordre public, doivent cependant donner lieu à la rédaction de clauses contractuelles dédiées aux fins de sécurisation juridique.

III- La cession du marché de partenariat



La question de la cession du marché est visée à l'article 139 du décret de 2016.



La cession constitue une exception à l'obligation d'exécution personnelle des contrats, et partant les nouvelles règles applicables au marché de partenariat encadrent cette hypothèse de modification du titulaire du marché.

Le remplacement du titulaire du marché public n'est possible que dans deux hypothèses :

- Si cela est prévu par une clause de réexamen ou d'option prévue au contrat ;
- Si le marché public est cédé, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans ce cas, le nouveau titulaire doit présenter les mêmes garanties de capacités professionnelles et financières que celles du titulaire initial.

En-dehors de ces hypothèses, les modifications qui auraient pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire sont interdites.

Plusieurs opérations de restructuration sont susceptibles d'entraîner une cession du marché et notamment la scission ou la fusion de la société titulaire du contrat, entraînant la création d'une personne morale nouvelle.

La cession du contrat ne sera alors pas soumise à une nouvelle procédure de mise en concurrence. Toutefois, la cession ne pourra intervenir qu'avec l'autorisation de l'acheteur, que la cession soit totale ou partielle (sauf en cas de transfert de compétences d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale, d'opérations de nationalisation ou de reprise d'une entreprise en difficulté par un opérateur économique désigné par le juge). En l'absence d'autorisation, la cession est inopposable à l'acheteur.

Si l'acheteur ne peut normalement pas s'opposer à la cession, il peut néanmoins arguer de l'absence ou de l'insuffisance des garanties professionnelles ou financière du nouveau titulaire du contrat pour en assurer l'exécution dans les conditions prévues. En outre, si le nouveau titulaire est placé dans l'une des situations impliquant une interdiction de soumissionner l'acheteur peut résilier le marché pour ce motif.

La cession transfère pour l'avenir, sauf stipulation contraire dans l'acte de cession, les droits et obligations qui découlent du marché conclu avec le titulaire initial au nouveau titulaire.

POINTS DE VIGILANCE

La cession du marché n'est possible que dans deux hypothèses : si elle a été prévue dans le contrat par une clause de réexamen ou d'option précise, claire et non équivoque, ou si elle intervient à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial.

En-dehors de ces hypothèses, les modifications qui auraient pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire sont interdites.

IV- La fin normale du contrat

A- La remise de l'ouvrage



Les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat sont visées à l'article 85 de l'ordonnance de 2015.



Jusqu'au terme du contrat, le titulaire est propriétaire des installations, équipements ou ouvrages édifiés. Dès lors, le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition de l'acheteur.

Si le marché de partenariat peut en outre prévoir la possibilité pour l'acheteur d'exercer une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé, les ouvrages édifiés, le contrat doit surtout prévoir les conséquences de la fin, anticipée ou non, de celui-ci en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Le schéma de fin de contrat peut être celui d'une remise gratuite à la personne publique dès lors que la durée du marché aura été définie en fonction de l'amortissement des investissements.

Par conséquent, il convient de prévoir par une clause du contrat qu'à l'expiration du marché, le titulaire est tenu de remettre à l'acheteur l'ouvrage dans l'état où il doit se trouver, compte tenu notamment des clauses GER.

Cette clause peut prévoir que la remise est faite gratuitement sauf si des renouvellements, modifications ou exécution d'ouvrages supplémentaires (qui auront fait l'objet d'un avenant au marché), non encore amortis à la date d'expiration du marché ont été réalisés d'un commun accord entre le titulaire et l'acheteur, et financés par le premier.

Il est conseillé aux parties de prévoir, en amont de la remise de l'ouvrage, une rencontre afin de réaliser un diagnostic complet décrivant le niveau d'usure, de vieillissement et d'obsolescence des équipements et de l'ouvrage. Si des écarts entre les travaux GER réalisés et l'état de l'ouvrage tel que prévu au marché sont constatés, les parties élaboreront alors, conformément à cette clause, un plan de maintenance ajusté.

Il convient toutefois de noter que le contrat peut tout à fait prévoir que les ouvrages restent en tout ou partie la propriété du titulaire.

B- L'absence d'indemnité



La fin normale du contrat ne donne logiquement lieu au versement d'aucune indemnité au titulaire dans ce cadre.

En outre, l'acheteur pourra prévoir, afin d'assurer la continuité du service, la possibilité de prendre toute mesure utile pour assurer la continuité du fonctionnement des ouvrages, sans que cela ne donne lieu à indemnisation du titulaire.

POINTS DE VIGILANCE

Si le schéma de fin de contrat choisi est celui d'une remise gratuite de l'ouvrage à la personne publique, il convient d'en préciser les conditions dans le contrat, et de prévoir un diagnostic en amont, afin d'ajuster le plan de maintenance au cas où l'état de l'ouvrage est insatisfaisant.



BONNES PRATIQUES

- **Prévoir au sein du contrat, les modalités d'indemnisation des dépenses utiles en cas d'annulation ou de résiliation du fait d'un recours des parties**
- **Rédiger des clauses organisant les modalités de résiliation et de mise en régie afin de sécuriser juridiquement leur recours**
- **Garder à l'esprit que les modifications qui ont pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire sont interdites sauf dans deux hypothèses : en cas de clause de réexamen ou à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial**
- **Préciser les conditions de remise de l'ouvrage à la fin du marché et prévoir un diagnostic en amont, afin d'ajuster le plan de maintenance au cas où l'état de l'ouvrage est insatisfaisant**

PARTIE VII

ANNEXES



ANNEXE I

**EXEMPLES DE CLAUSES DE MARCHES DE
SELECTION D'AMO**

EXEMPLE DE CLAUSES FIGURANT DANS UN MARCHÉ FERME

- Clauses concernant l'objet du marché

« La consultation porte sur les prestations suivantes :

Mission d'Assistance à Maitrise d'Ouvrage technique, juridique et financière pour l'assistance à la passation d'un contrat complexe ».

« Le marché a pour objet une assistance technique, juridique et financière sur toutes les questions liées à l'exécution par le Consortium de l'exploitation du Stade [...] .].

Les codes CPV correspondants sont les suivants :

- 79311410-4 services d'évaluation de l'impact économique

- 79212100-4 services d'audit financier

- 85310000 service d'action sociale

- 79100000 services juridiques »

- Clauses concernant les conditions de la consultation

« Article 3 - CONDITIONS DE LA CONSULTATION

3.1 Procédure de passation

Le marché est passé selon la procédure d'appel d'offres ouvert en application des articles 25 et 66 à 68 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

3.2 Allotissement

Le marché n'est pas alloté car les livrables attendus dans le cadre de la prestation demandée sont liés les uns aux autres, et la cohérence de l'ensemble nécessite de ne recourir qu'à un seul prestataire responsable de l'ensemble.

3.3 Forme du marché

Le marché est un marché ordinaire conclu à prix global et forfaitaire.

3.4 Etendue du marché

Le montant maximal estimé pour le marché est de 500 400€ HT

3.5 Durée du marché

Le marché est conclu pour une durée de 12 mois hors reconduction(s) éventuelle(s).

Le marché peut être reconduit tacitement 3 fois à sa date anniversaire pour une nouvelle période de 12 mois, sans que la durée totale du marché ne puisse excéder 48 mois. Le titulaire ne peut s'opposer à la reconduction.

Si le représentant du pouvoir adjudicateur décide de ne pas reconduire le marché, cette décision sera notifiée au titulaire 3 mois avant la date anniversaire.

La durée du marché court à compter de sa date de notification.

Les prestations du présent marché débiteront à partir du mois de septembre.

3.6 Lieu d'exécution

Les prestations auront lieu en Ile de France.

3.7 Variantes

Aucune variante n'est autorisée.

3.8 Prestations supplémentaires éventuelles

Aucune prestation supplémentaire éventuelle n'est prévue.

3.9 Marchés de prestations complémentaires et marchés de prestations similaires

Au marché de prestations complémentaires ou similaires ne pourra être passé.

3.10 Langue

Tous les documents écrits remis par le candidat au pouvoir adjudicateur doivent être rédigés en langue française.

Conformément à l'article 57 IV du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics l'acheteur exige que les soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent ».

- Clauses concernant la candidature déposée dans le cadre d'un marché ferme

« Article 5 - CANDIDATURE

5.1 Présentation de la candidature

Les candidats fourniront impérativement l'intégralité des pièces et des renseignements énumérés ci-dessous.

Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements mentionnés ci-dessous que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès soit gratuit. Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements déjà transmis au pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables. Dans ce cas, ils indiquent, dans leur candidature, les documents concernés ainsi que la référence de la consultation pour laquelle les documents ont déjà été transmis.

Les documents à signer doivent l'être par une personne habilitée à engager le candidat.

Si le signataire n'est pas un représentant légal de l'opérateur économique, le dossier doit comporter l'acte lui donnant la capacité de signer.

Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché (article 48-III du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

Les candidats devront constituer un dossier de candidature contenant les documents suivants :

- Lettre de candidature ou formulaire DC1 (téléchargeable à partir du lien <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-declaration-candidat>) ou équivalent, dûment rempli. Dans le cas d'un groupement d'entreprises, le formulaire DC1 sera rempli par chaque membre du groupement;groupement ;
- Déclaration du candidat ou formulaire DC2 (téléchargeable à partir du lien <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-declaration-candidat>), ou équivalent, dûment rempli;rempli ;
- Copie du jugement prononcé si le candidat est en redressement judiciaire;judiciaire ;
- Pièces relatives au pouvoir des personnes habilitées à engager le candidat;candidat ; - Déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine

d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;

- Déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents ;

- Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;

- Une liste des principaux services fournis au cours des trois dernières années indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte. Les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;

Dans l'hypothèse où les candidats sont dans l'impossibilité d'apporter les renseignements ou documents demandés ils fournissent la preuve de leurs capacités par tout moyen.

Dans le cas d'une candidature d'un groupement d'entreprises, chaque membre du groupement doit fournir l'ensemble des documents attestant de ses capacités juridiques, professionnelles, techniques et financières. L'appréciation des capacités du groupement est globale.

Si le candidat s'appuie sur d'autres opérateurs économiques, il produit une déclaration écrite de ces opérateurs apportant la preuve de la mise à disposition de leurs capacités professionnelles, techniques et financières, dans le cadre de l'exécution du marché.

5.2 Sélection des candidatures

Les capacités techniques, professionnelles et financières sont analysées en fonction des enjeux du marché et du dossier présenté par le candidat.

Si l'acheteur constate, avant de procéder à l'examen des candidatures, que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, il peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à « dix jours ». Les candidats dont le dossier est complet en sont informés également et peuvent alors apporter des précisions à leur dossier s'ils le souhaitent, dans le même délai.

Les candidatures incomplètes ou demeurées incomplètes à la suite d'une demande de compléments seront éliminées.

Les candidatures qui ne disposent manifestement pas des capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes demandées pour l'exécution du marché sont éliminées.

5.3 Précisions concernant le groupement

Dans le cadre de la consultation, l'acheteur n'autorise pas le candidat à présenter plusieurs offres en agissant à la fois :

- en qualité de candidat individuel et de membre d'un groupement ;

- en qualité de membre de plusieurs groupements.

Conformément à l'article 45-I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, il n'est pas exigé que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée pour la présentation d'une candidature ou d'une offre.

Conformément à l'article 45-II et III du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, la forme juridique du groupement à l'attribution sera conjointconjointe avec mandataire solidaire dans le cas où le groupement économique au moment de la candidature est conjoint sans mandataire solidaire.

La forme imposée est nécessaire à la bonne exécution du marché, et assure à l'acheteur que le mandataire est solidaire de l'ensemble des membres du groupement pour la totalité des prestations du marché ».

- Clauses concernant l'offre déposée dans le cadre d'un marché ferme

« 6.1 Présentation de l'offre

L'offre du candidat comporte les pièces suivantes :

- la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF)
- le mémoire technique du candidat répondant au cahier des charges;charges ;
- un relevé d'identité bancaire ;

6.2 Examen des offres

Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont éliminées selon les conditions prévues à l'article 59 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

L'acheteur peut demander aux candidats de préciser ou compléter la teneur de leur offre.

Cette demande ne peut ni aboutir à une négociation avec le candidat ni à une modification de l'offre.

En cas de discordance constatée dans une offre, l'acte d'engagement prévaut sur les autres pièces.

Si le candidat concerné est retenu, son offre fera l'objet d'une mise au point.

6.2.1 Critères de jugement des offres

Les critères d'attribution sont listés dans le tableau suivant :

Critères et sous-critères

Pondération

Valeur technique

70%

Moyens humains dédiés au marché

40%

Méthodologie proposée

30%

Prix

30%

6.2.2 Méthode de notation des offres

Méthode de notation du critère technique :

Le sous critère technique sera jugé en attribuant des notes de 1 à 5 selon le barème suivant :

- très insuffisant : 1 point
- insuffisant : 2 points
- moyen : 3 points
- bien : 4 points
- très bien : 5 points

Les notes sont ensuite pondérées par application du coefficient de pondération.

Méthode de notation du critère prix :

Note = (prix le plus bas/prix de l'offre examinée) x note max

Selon l'annexe financière jointe à l'acte d'engagement.

6.3 Durée de validité des offres

Les offres sont valables 120 jours à compter de la date limite de remise des offres ».

EXEMPLE DE CLAUSES FIGURANT DANS LES ACCORDS-CADRES

La particularité de l'accord cadre est de permettre à la personne publique de retenir, un ou plusieurs attributaires dans le cadre d'un marché public, afin de pouvoir leur confier, au moment de la survenance d'un besoin déterminé dans l'objet du marché (exemple : prestation

juridiques/financières...), et après une nouvelle mise en concurrence en cas de marché multi attributaire, une mission spécifique dans le cadre d'un marché subséquent.

Ce type de marché nécessite l'inclusion de clauses particulières permettant la passation de marché subséquent.

Ci-dessous des exemples de clause concernant un marché multi attributaire :

- Clause concernant l'objet du marché :

« Le présent accord cadre a pour objet de retenir des titulaires susceptibles d'intervenir par des marchés subséquents pour des missions de [à[à définir en fonction de la mission] pour le compte de [nom[nom de la collectivité]. »

- Clauses concernant la forme et la durée de l'accord cadre et des marchés subséquents :

« Le présent accord cadre est multi attributaires.

Compte tenu de l'impossibilité de déterminer et d'évaluer à priori le volume des prestations qui seront confiées, l'accord cadre est sans minimum et avec un maximum de [...] € HT.

Le présent accord cadre est conclu pour une durée de [...] ans à compter de la notification à l'ensemble des titulaires.

Chaque nouvelle prestation fera l'objet d'un marché notifié par la personne publique habilitée du pouvoir adjudicateur, dans la durée de validité de l'accord cadre et attribué dans les conditions fixées à l'article « modalités de choix des attributaires pour les marchés subséquents » présent au cahier des charges ».

- Clauses concernant les modalités de choix des attributaires pour les marchés subséquents :

« Chaque nouvelle prestation fera l'objet d'un marché notifié par la personne publique habilitée du pouvoir adjudicateur, dans la durée de validité de l'accord cadre et attribuée dans les conditions fixées au présent article.

Les titulaires du marché concerné de l'accord cadre seront saisis d'une demande adressée par la personne publique habilitée du pouvoir adjudicateur sur la base :

- *Soit d'une lettre simple ;*
- *Soit par lettre simple précédée d'un fax ou d'un mail en cas d'urgence.*

Cette lettre précisera le descriptif de la mission, les documents nécessaires à sa compréhension, les conditions de remise des offres, leurs critères de sélection et leur pondération, ainsi que le délai de réponse et un projet de marché (acte d'engagement).

L'offre devra préciser, en retour et dans les délais prévus à la consultation, le délai d'intervention, le nom de l'intervenant et les conditions financières.

A défaut de transmission dans les délais, la réponse ne sera pas retenue.

L'attribution des marchés subséquents se fera suivant les critères ci-dessous énoncés ci-dessous et dans le règlement de la consultation:consultation :

- *délai de réalisation,*
- *nom de l'intervenant dédié au dossier,*
- *prix.*

La personne publique retiendra le premier candidat dans l'ordre de classement pour effectuer la prestation.

En cas de défaillance du candidat classé 1er, la personne publique choisira le candidat se trouvant juste après dans l'ordre de classement et ainsi de suite.

En cas d'égalité entre deux ou plusieurs candidats, le pouvoir adjudicateur sélectionne parmi les titulaires à égalité celui qui avait obtenu la meilleure place au classement initial au regard du critère valeur technique des offres, établi lors du choix des titulaires.

Chaque nouvelle prestation fera l'objet d'un acte d'engagement notifié par la personne publique habilitée du pouvoir adjudicateur, dans la durée de validité de l'accord cadre et dans les conditions fixées au présent cahier des charges.

EXEMPLE DE CLAUSES FIGURANT DANS UN MARCHÉ PUBLIC A TRANCHE OPTIONNELLE

- Clauses concernant l'objet du marché (marché à tranche conditionnelle)

« 1.1 - Objet de la consultation

La présente consultation concerne : Etude pré-opérationnelle et assistance à maîtrise d'ouvrage pour la procédure de choix du nouveau mode de gestion du [...]]

Cette étude se décomposera en deux temps :

- *une étude pré-opérationnelle (tranche ferme en 4 phases) qui déterminera les différents modes de contractualisation envisagés en fonction des contraintes techniques, administratives et financières,*
- *une assistance technique, financière et juridique (tranche conditionnelle) dans le cadre d'une consultation de délégation de service public et de suivi de la procédure ».*

1.2 - Etendue de la consultation

La présente procédure adaptée ouverte est soumise aux dispositions de l'article 27 du Décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

1.3 - Décomposition de la consultation

Les études comportent une tranche ferme et une tranche optionnelle définie(s) comme suit :

Pour la tranche ferme:ferme : Etude pré-opérationnelle

Détail des études : Cette étude se déroulera en 4 phases, dont les missions sont détaillées dans le CCTP.

Phase(s) Détail des phases

1 Etat des lieux et analyse de l'actuel contrat de DSP

2 Diagnostic technique de l'équipement

3 Etude d'opportunité d'une gestion dissociée de l'amphithéâtre

4 Préconisations et propositions de gestion

Pour la tranche optionnelle 11 : Assistance technique, financière et juridique

Détail des études : Les missions sont détaillées dans le CCTP et portent notamment sur :

- *l'assistance à la mise en œuvre de la procédure de la DSP*
- *l'assistance à l'analyse des offres et à la phase de négociation*
- *le choix du délégataire et rédaction du contrat final »*

- Clauses concernant la levée des tranches optionnelles

« Les délais limites de notification des ordres de service prescrivant de commencer l'exécution des tranches optionnelles sont indiqués ci-après, à dater de l'origine du délai d'exécution de la tranche ferme :

Tranche optionnelle Délai limite de notification

Tr. Opt. 11 : Assistance technique, financière et juridique 6 mois »

- Clauses concernant l'objet du marché (marché à bons de commande)

« Article 2 - Objet de la consultation

2-1-Objet du marché

La consultation porte sur les prestations suivantes :

Prestations de services juridiques

Type de service : 21 - Services juridiques

Références à la nomenclature européenne (CPV) :

Lot 01- Lot 02- Lot 03

Objet principal:

79110000-8 : Services de conseils et de représentation juridique

2-2-Procédure de passation

La consultation est passée par Procédure adaptée en application des articles 10, 28 et 30-I du Code des Marchés Publics.

2-3-Forme du marché

Conformément à l'article 77 du Code des marchés publics, la consultation donnera lieu à un marché alloti et à bons de commande, ne comportant ni minimum, ni maximum en valeur et en quantité.

Les lots sont déclinés comme suit :

Lot	Désignation
1	Conseil juridique, assistance et représentation en justice dans le domaine du Droit de la Fonction Publique, Droit du Travail
2	Conseil juridique, assistance et représentation en justice dans le domaine du Droit Public général et spécial
3	Conseil juridique, assistance et représentation en justice dans le domaine du Droit Privé

- Clauses concernant les conditions générales d'exécution d'un marché à bons de commande (AMO juridique)

« 7-1-Conditions de réalisation de l'étude

7.1.1 Rappel de l'objet du marché :

Le présent marché a pour objet de fournir à la ville :

- des prestations d'assistance, de conseil juridique ;
- des prestations de représentation devant toutes juridictions.

7.1.2 Description des prestations

- Etude et analyse sur une question de droit déterminée ;
- Etude et analyse en matière de procédure contentieuse (ex : de demande d'étude sur la notion de cause juridique en droit administratif) ;
- Rédaction d'actes (délibérations, arrêtés, réponse à une demande préalable, baux...) ;
- Avis motivé et stratégique sur une situation concrète donnée ;
- Assistance dans la conduite des projets.

Assistance et représentation en justice :

- Dans le cadre d'une action en justice, cette mission consiste à accomplir les différents actes de procédure (requête, assignation, mémoires, etcetc..) et à assister la ville devant toute juridiction.

A la demande expresse du pouvoir adjudicateur, les procédures contentieuses en cours pourront être concernées par le présent marché.

7.2 - Conditions d'exécution des prestations

7.2.2- Prestations au titre du conseil et assistance juridique

7.2.2.1. Conseil juridique simple (par téléphone, courriel, en ligne)

Le titulaire sera interrogé par téléphone, par mail, ou en ligne (sur le site internet du titulaire s'il dispose de cette possibilité) par la Ville sur une question juridique simple afin de recueillir son avis sur le droit applicable et les risques encourus. La réponse du titulaire sera nécessairement confirmée par un écrit succinct.

7.2.2.2. Conseil juridique approfondi

Le titulaire sera saisi par écrit (courriel, télécopie ou courrier) sur une situation concrète, sur un projet d'actes (contrat, arrêtés, délibération, etcetc..) ou pour réaliser une analyse juridique approfondie.

Il devra au regard de la réglementation en vigueur proposer le cadre juridique approprié, émettre des observations, proposer des modifications sur la solution envisagée par la Ville et le cas échéant proposer des procédures visant la sécurisation de l'acte. Il attirera également l'attention de la Ville sur les risques encourus. Pour des affaires contentieuses, le titulaire pourra être amené à produire des avis sur des projets d'actes (mémoires en défense et en demande, transaction) réalisés en interne et apporter son éclairage sur des questions de procédure contentieuse.

Le titulaire pourra également être saisi pour une demande d'assistance à projet (par exemple AMO (Assistance à la maîtrise d'ouvrage) dans le cadre d'un PPP (Partenaire Public-Privé).

7.2.2.3. Rédaction d'actes

Le titulaire sera sollicité par écrit (courriel, télécopie ou courrier) afin de rédiger pour la Ville un acte (ex : actes notariés en la forme administrative, délibérations, contrats, protocoles, transactionnels...).

La proposition de rédaction est transmise sous format numérique et papier. Elle sera obligatoirement accompagnée d'une note précisant le cadre juridique et justifiant le contenu proposé.

7.2.2.4. Participation à des séances de travail

Le titulaire sera amené à participer à des séances de travail ou d'information à la demande de la Ville. La ville saisira le titulaire par écrit (courriel, télécopie ou courrier) en lui précisant l'objet de la réunion. Ces réunions pourront intervenir sur tous les dossiers objet de la consultation (hors prestation au titre de la représentation en justice et prestation d'information juridique). Il s'agira notamment d'une assistance à expertise, d'une négociation.

7.2.3-Prestations au titre de la représentation en justice

7.2.3.1- Le titulaire assurera la représentation de la Ville en demande ou en défense devant toute juridiction de tout ordre, du 1^{er} ou second degré.

Le titulaire devra suivre toute la procédure jusqu'à la réception du jugement. Il devra rédiger tous les actes de procédure, mémoires, dires, conclusions. Au-delà de la production de 2 mémoires, chaque écriture supplémentaire sera facturée au prix fixé dans le BPU.

Il pourra être amené dans ce cadre à participer à des séances de travail téléphonique ou sur site (dans les locaux de la ville).

Le titulaire s'engage à informer la ville de toutes les étapes et à transmettre tous les actes de procédures. »

7.2.4- Arrêt de l'exécution des prestations

A l'initiative de la Ville ou à la demande du titulaire il peut être décidé de ne pas poursuivre l'exécution des prestations. Dans ce cas il sera fait application de l'article 20 du CCAG-PI ».

- Clauses concernant les prix (marché à bons de commande)

« Article 8 - Modalités de détermination des prix

8-1-Répartition et mode de paiement

Les prix du présent marché sont fermes et non révisables pour la période initiale du marché.

- Prix sur la base horaire

Pour les missions de conseils juridiques approfondis, de rédaction d'actes, participation aux séances de travail ou d'information : la rémunération se fera sur la base horaire comme indiqué dans le bordereau de prix annexé à l'acte d'engagement.

Pour chaque mission, le titulaire présentera un devis indiquant le nombre d'heures estimé et le montant de la prestation en fonction des prix unitaires indiqués dans le bordereau de prix.

Les bons de commande correspondant seront émis sur la base du devis présenté et accepté par mail par la ville.

Les prix unitaires indiqués au bordereau des prix comprennent l'ensemble des frais du titulaire (frais de secrétariat, frais de correspondance, frais téléphoniques, frais de recherche, etcetc.).

- Prix base forfaitaire

Pour les prestations de conseil juridique simple qui ne nécessite pas de développement particulier : la rémunération se fera sur la base d'un forfait pour 10 demandes de conseils comme indiqué dans le bordereau de prix annexé à l'acte d'engagement.

Pour les missions de représentation en justice, la rémunération sera fixée sur la base d'un forfait par dossier selon les montants indiqués dans le bordereau de prix annexé à l'acte d'engagement et en fonction des actes de procédure effectués.

Les prix forfaitaires indiqués dans l'annexe à l'acte d'engagement sont réputés comprendre l'ensemble des dépenses nécessaires au traitement d'un dossier (frais de plaidoiries, frais de postulations, etcetc.)

- La prise en charge des frais de déplacement et d'hébergement

Pour des prestations nécessitant des déplacements entre la Guadeloupe et l'Hexagone, la ville des Abymes prendra directement en charge les frais d'hébergement et de transport. Cependant, à la demande de la Ville, le titulaire pourra faire l'avance de ses frais. Le remboursement au titulaire sera effectué par la Ville sur présentation de factures et pièces justificatives.

8-2-Modalités de variation des prix

Le marché est traité à prix ferme pour la 1ère année. Les prix pourront être révisés à chaque période annuelle de reconduction sur la base de la formule suivante :

$$P = P_0 \times (0.15 + 0.85(I/I_0))$$

Dans laquelle :

P = le prix révisé

P_0 = le prix initial au mois de la date limite de remise des offres

I = Index de référence INSEE publié sous l'identifiant FBOD 6910010106T « services de conseil et de représentation juridique ». Dernier indice connu au moment de la révision.

I_0 = indice INSEE connu au mois de la date limite de remise des offres ».

ANNEXE II

EXEMPLES D'OPERATIONS EN MARCHE DE PARTENARIAT

Depuis 2004, la pratique a permis de dégager de grands domaines, pour lesquels le recours, en premier lieu au contrat de partenariat, puis au marché de partenariat a été le plus souvent envisagé. La passation de ce type de marché a ainsi été souvent utilisée dans les domaines du bâtiment, du transport, de la culture et des sports, mais également pour ce qui concerne les technologies de l'information et de la communication (TIC), l'équipement urbain ou l'énergie.

Quelques exemples :

❖ **Bâtiment**

- Passation d'un marché de partenariat par la commune d'Arcachon pour le financement, la conception, la construction, l'Entretien-Maintenance et le Gros Entretien Renouvellement d'un ouvrage à usage culturel, touristique, associatif et technique comprenant une Maison des Associations, une médiathèque, une salle de conférence, un office de tourisme, une maison de quartier...
- Passation d'un marché de partenariat par la commune de Fréjus pour la conception, le financement, la réalisation, l'entretien, la maintenance, le gros entretien renouvellement et l'exploitation technique d'un ensemble de bâtiments liés à l'enfance (école élémentaire, accueil de loisirs sans hébergement, crèche familiale, réfectoire, salle de sports) dans le quartier Sainte-Croix.
- Passation d'un marché de partenariat par la commune de Corbeille-Essonne pour la conception, la construction, le financement du nouveau centre administratif.

❖ **Transport**

- Passation d'un contrat de partenariat par l'établissement public de coopération intercommunale Grand Dijon pour le financement, la conception et la construction d'une flotte de bus hybrides et la maintenance du dispositif d'hybridation desdits véhicules.
- Passation d'un contrat de partenariat par l'EPCI Grand Lyon pour la conception, la réalisation et le financement des travaux de mise en sécurité et la gestion du Boulevard Périphérique Nord de Lyon (BPNL).
- Passation d'un contrat de partenariat à Etampes pour la conception, le financement, la construction, l'entretien, la maintenance et le gros entretien renouvellement d'une liaison routière en tracé neuf entre l'avenue de la Sablière et la RD 191, d'une longueur d'environ 2 km.

❖ **Culture et sport**

- Passation d'un contrat de partenariat par la commune Marquette Lez Lille pour la conception et la construction d'un complexe culturel - tout ou partie du financement de l'ensemble des travaux, l'entretien, la maintenance et le gros entretien-renouvellement du nouveau bâtiment.
- Passation d'un contrat de partenariat par la Communauté de communes Bretagne Romantique pour la conception, la réhabilitation et l'extension en site occupé, l'entretien, la maintenance, le gros entretien renouvellement, le financement du centre aquatique communautaire situé à Combourg.
- Passation d'un contrat de partenariat par la commune de Dunkerque pour la conception, le financement, la construction, l'exploitation et la maintenance du complexe « Arena », comprenant deux salles d'une capacité totale de 10 700 places, des loges et des déambulateurs desservant gradins et espaces de commerce et de réception.

❖ **Technologies de l'Information et de la Communication (TIC)**

- Passation d'un contrat de partenariat Très haut Débit (THD) par la Région Auvergne avec Orange pour la conception, le déploiement, l'exploitation, l'assistance à commercialisation et le financement du projet permettant l'arrivée de la fibre optique au domicile.
- Passation d'un contrat de partenariat par le département Meurthe-et-Moselle pour le financement, la conception, la construction et l'exploitation d'un réseau très haut débit.
- Passation d'un contrat de partenariat par le Conseil départemental d'Eure-et-Loir pour le financement, la fourniture et la maintenance de l'ensemble des composants informatiques (matériels, réseaux et logiciels) des collèges du département.

❖ **Equipement urbain**

- Passation d'un contrat de partenariat par la commune de Bellegarde le financement et la réalisation de 6,6 km de voiries, 4 km de routes départementales, 70.000 m² d'aménagement de surface.
- Passation d'un marché de partenariat de performance énergétique par l'EPCI Grand Poitiers pour le financement, la construction, l'exploitation et la maintenance des équipements d'éclairage urbain de trois quartiers sur une durée de 15 ans.

❖ **Energie**

- Passation d'un contrat de partenariat par le Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères (SIDOM) d'Antibes pour le financement et la réalisation de travaux relatifs à la mise aux normes des installations, la valorisation énergétique des calories produites par l'unité d'incinération des ordures ménagères (UIOM), son exploitation, son entretien et sa maintenance ainsi que le traitement des déchets ménagers du SIDOM.
- Passation d'un contrat de partenariat par le syndicat départemental d'énergie et d'équipement de la Vendée (SyDEV) portant sur le développement, la conception, le financement, la construction et la maintenance pendant 20 ans de quatre parcs solaires au sol sur les communes d'Avrillé, Givrand, La Roche-sur-Yon et Talmont-Saint-Hilaire.
- Passation d'un contrat de partenariat de performance énergétique par la Région Alsace portant sur le financement, la conception, la réalisation de travaux de performance énergétique dans 14 lycées représentant une surface de 300 000 m², et de confier pendant 20 ans l'exploitation des installations énergétiques de ces établissements.
- Passation d'un contrat de partenariat de performance énergétique par la commune de Nanterre pour la conception, la réalisation et le financement des travaux de performance énergétique, l'exploitation des installations de chauffage ventilation climatisation, la rénovation des systèmes de traitement d'eau, la rénovation de l'éclairage du Palais des sports (bassin olympique, bassin ludique, gymnase et salles multisports) et du gymnase Paul Vaillant Couturier.

ANNEXE III

MODELE DE PLANNING DE REALISATION D'UN MARCHE DE PARTENARIAT

Plan...	Nom de tâche	Durée	Début	Fin	1er trimestre			2e trimestre			3e trimestre			4e trimestre			1er trimestre			2e trimestre			3e trimestre			4e trimestre			1er trimestre			2e trimestre			3e trimestre			4e trimestre			1er trimestre			2e trimestre			3e trimestre			4e trimestre											
					janv.	févr.	mars	avr.	mai	juin	juil.	août	sept.	oct.	nov.	déc.	janv.	févr.	mars	avr.	mai	juin	juil.	août	sept.	oct.	nov.	déc.	janv.	févr.	mars	avr.	mai	juin	juil.	août	sept.	oct.	nov.	déc.	janv.	févr.	mars	avr.	mai																
1	➤ Définition des besoins	3,2 mois	01/01/2019	30/03/2019	■																																																								
2	➤ Mise en place d'une équipe projet	2,05 mois	01/02/2019	30/03/2019	■																																																								
3	➤ Passation d'un marché d'AMO	4,35 mois	01/04/2019	30/07/2019				■																																																					
4	➤ Élaboration d'un pré-programme et d'une étude de faisabilité	4,25 mois	03/09/2019	30/12/2019							■																																																		
5	➤ Programmation	3,2 mois	01/01/2020	30/03/2020	■																																																								
6	➤ Matrice des risques	3,2 mois	01/01/2020	30/03/2020	■																																																								
7	➤ Rapport d'évaluation préalable	3,2 mois	01/02/2020	30/04/2020				■																																																					
8	➤ Étude de soutenabilité budgétaire	3,2 mois	01/02/2020	30/04/2020				■																																																					
9	➤ Intervention des organismes experts	2,1 mois	01/05/2020	29/06/2020				■																																																					
10	➤ Avis CCSP - CT	11 jours	01/07/2020	15/07/2020							■																																																		
11	➤ Autorisation de recours au MP (Délibération du conseil municipal)	12 jours	15/07/2020	30/07/2020							■																																																		
12	➤ Publication AAPC	1 jour	07/09/2020	07/09/2020										■																																															
13	➤ Rédaction DCE	3,25 mois	01/09/2020	30/11/2020							■																																																		
14	➤ Réception des candidatures	1 jour	06/11/2020	06/11/2020										■																																															
15	➤ Rapport d'analyse des candidatures	15 jours	10/11/2020	30/11/2020										■																																															
16	➤ Envoi DCE aux candidats retenus	1 jour	07/12/2020	07/12/2020													■																																												
17	➤ Réception offres	1 jour	05/02/2021	05/02/2021																■																																									
18	➤ Analyse des offres	15 jours	05/02/2021	25/02/2021																■																																									
19	➤ Négociations, remise et analyse des offres intermédiaires	4,5 mois	01/03/2021	02/07/2021							■																																																		
20	➤ Remise offre finale	1 jour	15/09/2021	15/09/2021																■																																									
21	➤ Analyse offre finale	0,6 mois	16/09/2021	01/10/2021																■																																									
22	➤ Mise au point du marché	0,5 mois	01/10/2021	14/10/2021																■																																									
23	➤ Fin infra (Facultatif)	1,5 mois	15/10/2021	25/11/2021																■																																									
24	➤ CAO	1 jour	15/12/2021	15/12/2021																■																																									
25	➤ Délibération choisissant le titulaire + autorisant la signature	1 jour	16/12/2021	16/12/2021																■																																									
26	➤ Transmission préfecture	1 jour	20/12/2021	20/12/2021																■																																									
27	➤ Délai de standstill	12 jours	21/12/2021	05/01/2022																■																																									
28	➤ Notification du marché	1 jour	06/01/2022	06/01/2022																■																																									
29	➤ Mise à disposition du terrain / ouvrages	1 jour	06/01/2022	06/01/2022																■																																									
30	➤ Études préalables (Facultatives)	3 mois	07/01/2022	31/03/2022																■																																									
31	➤ Phase de réalisation travaux (2 ans)	24 mois	08/04/2022	08/02/2024																			■																																						
32	➤ Mise à disposition et acceptation des ouvrages	15 jours	10/04/2024	30/04/2024																			■																																						
33	➤ Phase d'exploitation maintenance et GER (18 ans)	234,85 mois	30/04/2024	30/04/2042																						■																																			
34	➤ Fin normale du marché de partenariat	1 jour	01/05/2042	01/05/2042																						■																																			

ANNEXE IV

PLAN D'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT

CHAPITRE 1. CLAUSES GENERALES

Article 1. Définitions et interprétations

- 1.1. *Définitions*
- 1.2. *Interprétations*
- 1.3. *Pièces constitutives du Marché*

Article 2. Objet et nature du Marché

- 2.1. *Objet du Marché*
- 2.2. *Nature du Marché*

Article 3. Durée du Marché

Article 4. Identification et représentation des Parties

- 4.1 *Représentant de la Ville*
- 4.2 *Représentant du Titulaire*

Article 5. Objectifs de Performance et contrôle

Article 6. Partage des risques

Article 7. Evènements susceptibles d'entraîner la résiliation du Marché

- 7.1. *Recours contre le Marché ou ses actes détachables ou de retrait de l'un de ces actes*
- 7.2. *Recours contre l'Acte d'Acceptation, la Convention Tripartite ou l'un de leurs actes détachables ou retrait de l'un de ces actes*
- 7.3 *Recours, retrait, non-obtention des Autorisations Administratives*

Article 8. Rôle des Parties

- 8.1 *La Ville*
- 8.2 *Le Titulaire*
- 8.3 *Contrats conclus par le Titulaire pour l'exécution du Marché*

Article 9. Mise à disposition des Terrains

- 9.1 *Désignation et destination des Terrains*
- 9.2 *Etat des lieux d'entrée et consistance du Terrain et des bâtiments – Protection de l'environnement*
- 9.3 *Autorisation d'occupation temporaire du domaine public*
- 9.4 *Etat des lieux de sortie*
- 9.5 *Servitudes*
- 9.6 *Obtention des autorisations*

CHAPITRE 2. TRAVAUX DE CONSTRUCTION INITIALE

Article 10. Principes généraux

Article 11. Garantie d'achèvement des Travaux

Article 12. Caractéristiques de l'Ouvrage

Article 13. Etudes et Travaux

13.1 Etudes

13.2 Travaux

13.3 Sécurité du site pendant les Travaux

Article 14. Information de la Ville

Article 15. Délai d'exécution

Article 16. Modification et ouvrages supplémentaires

16.1 *Modifications décidées par la Ville*

16.2 *Modifications proposées par le Titulaire*

16.3 *Modifications imposées par un Changement de Législation ou de Réglementation*

16.4 *Ordre d'exécution*

16.5 *Désaccord*

Article 17. Achèvement - Réception – Mise à Disposition - Garantie

Article 18. Conformité

Article 19. Mise à Disposition de l'Ouvrage

Article 20. Dossier des Ouvrages Exécutés (DOE)

CHAPITRE 3. MAINTENANCE ET ENTRETIEN DE L'OUVRAGE

Article 21. Maintenance

21.1 *Principes généraux*

21.2 *Le programme d'entretien et de maintenance*

21.3 *Le Gros entretien et renouvellement (GER)*

21.4 *Evolutions et veilles technologiques*

21.5 *Vandalisme et Dégradations*

21.6 *Performances liées à l'Ouvrage*

21.7 *Equipements complémentaires*

21.8 *Garanties pour la remise de l'Ouvrage*

21.9 *Interlocuteurs privilégiés à compter de la Date Effective de Mise à Disposition de l'Ouvrage*

CHAPITRE 4. L'EXPLOITATION – GESTION DE L'OUVRAGE

Article 22. Gestion de l'Ouvrage

22.1 *Règlement intérieur*

22.2 *Mesures de sécurité et d'hygiène*

CHAPITRE 5. ASSURANCE – OCCUPATION

Article 23. Assurances

23.1 *Conditions générales*

23.2 *Paiement des primes*

Article 24. Occupation de l'Ouvrage construit

CHAPITRE 6. CLAUSES FINANCIERES

Article 25. Financement des investissements

25.1 Plan de financement

25.2 Attestation relative à la mise en place du financement

Article 26. Montant à Financer

Article 27. Rémunération

Article 28. Ajustement de la Rémunération du Titulaire

Article 29. Modalités de versement des Rémunérations

Article 30. Cession de créances

Article 31. Subventions, loyers, redevances d'occupation et autres financements

Article 32. Refinancement/Modification du plan de financement

Article 33. Fiscalité

Article 34. TVA

Article 35. Impôts et taxes

CHAPITRE 7. CONTROLES - RESILIATION - SANCTION - FIN DE MARCHÉ

Article 36. Cession du Marché

36.1 Cession du Marché par le Titulaire

36.2 Cession du Marché par la Ville

Article 37. Contrôle de la personne publique

37.1 Principes

37.2 Rapport annuel

Article 38. Pénalités

38.1 Contrôle de la Ville

38.2 Pénalités

38.3 Plafond en phase d'entretien-maintenance

Article 39. Mise en régie avant la Date Effective de Mise à Disposition

Article 40. Mise en régie après la Date Effective de Mise à Disposition

Article 41. Résiliation

41.1 Résiliation pour faute du Titulaire (Déchéance)

41.2 Résiliation pour motif d'intérêt général et Fait du Prince

41.3 Résiliation pour cas de Force Majeure et Imprévision

41.4 Résiliation d'un commun accord

41.5 Continuité du service public

41.6 Conséquences indemnitaires suite à une décision juridictionnelle

Article 42. Fin du Marché de partenariat

Article 43. Remise de l'Ouvrage

CHAPITRE 8. CLAUSES DIVERSES

Article 44. Engagement envers les petites et moyennes entreprises et artisans

Article 45. Règlement des différends

Article 46. Esprit général de Marché

Article 47. Clauses de rencontre

47.1 Réunions de suivi de l'exécution des Études et Travaux

47.2 Réunions annuelles

47.3 Réunion annuelle ou à la demande d'une des Parties

Article 48. Subrogations

Article 49. Election du domicile, délais et formes de notifications

49.1 Election de domicile

49.2 Computation des délais

49.3 Forme des notifications

Article 50. Communication

Article 51. Règles de confidentialités

Article 52. Indépendance des clauses

Article 53. Absence de renonciation

Article 54. Annexes

ANNEXE V

MODELE DE MATRICE DES RISQUES

		Partage du risque		
Source du risque	Personne publique	Titulaire	Partagé	Commentaires
RISQUES EN MATIERE DE FINANCEMENT				
Conditions d'obtention du financement			x	Il est renvoyé aux conditions et stipulations prévues au Marché de Partenariat
Evolution taux d'intérêts avant la Date d'Entrée en Vigueur	X			
Fixation/ Recalage/ Coûts de Rupture du Taux Fixe après la Date d'Entrée en Vigueur		-	X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Opportunité de refinancement			X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
RISQUES EN MATIERE DE CONCEPTION				
Programme fonctionnel erroné	X			
Ecart entre le Programme Fonctionnel des Besoins et l'offre technique du Titulaire			X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Conception non conforme aux stipulations du Marché de Partenariat et ses annexes		X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Mauvaise prise en compte de l'existant dans les Etudes			X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat

Modification des Autorisations Administratives du fait de contraintes extérieures		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Modifications imposées par un Changement de Législation ou de Règlementation après la date de dépôt du permis de construire	-	X	Il est renvoyé aux conditions et stipulations prévues au Marché de Partenariat
Validation par la Ville d'éléments erronés de la conception	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
RISQUES EN MATIERE DE CONSTRUCTION			
Risque d'infructuosité de la procédure de passation	X		
Risque juridique de passation du Marché de Partenariat	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Non-obtention des Autorisations Administratives dans les délais prévus au Calendrier		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Retrait ou recours contre les Autorisations Administratives		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Annulation des Autorisations Administratives		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Retard lié à l'enquête publique et à l'adoption du déclassement du terrain par rapport au Calendrier		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Annulation, résiliation ou résolution du Marché suite à une décision juridictionnelle	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat

Mauvaise interface entre conception et construction	X		Il est renvoyé au Marché de partenariat
Imprévus dans l'existant		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Découverte de vestiges archéologiques		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Risques liés à l'état du Terrain, du sol et du sous-sol (risque hydrogéologique, géotechnique, pollution, réseaux, servitudes)		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Mise en conformité avec le Programme Fonctionnel des Besoins	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Modifications imposées par un Changement de Législation ou de Règlementation	-	X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Mise à disposition du Terrain par la Ville	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Retard fautif par rapport à la Date Contractuelle de Mise à Disposition	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Retard dans la levée des Réserves Mineures	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat,
Sécurité du chantier	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Sûreté du chantier	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Faillite du Titulaire		X	Le risque est supporté par le Titulaire en cas de faute exclusive de sa part conformément au Marché de Partenariat et aux

			règles de droit commun des entreprises en difficultés.	
Insolvabilité du Titulaire		X	Le risque est supporté par le Titulaire en cas de faute exclusive de sa part conformément au Marché de Partenariat et aux règles de droit commun des entreprises en difficultés.	
Défaillance des prestataires du Titulaire	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat	
Grève générale ou particulière au secteur du bâtiment ou ses industries connexes, externe au Titulaire		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat	
Modifications décidées par la Ville	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat,	
Modifications proposées par le Titulaire	X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat	
Difficultés liées à l'ouverture au public de l'Ouvrage	-	X	Il est renvoyé aux conditions et stipulations prévues aux articles 9.6 (<i>Obtention des autorisations</i>), 15 (<i>Délai d'exécution</i>) et 41 (<i>Résiliation</i>) du Marché de Partenariat.	
Vices cachés	-	X	-	Il est renvoyé au Marché de Partenariat et aux conditions d'application des garanties légales.
Non-exécution par le Titulaire des Modifications décidées par la Ville	-	X	-	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Mauvaise estimation des coûts, du modèle macro-économique, des coûts annexes relatifs à la conception-construction		X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Modification de la fiscalité			X	Il est renvoyé aux conditions et stipulations du Marché de Partenariat.
RISQUES EN MATIERE D'ENTRETIEN et MAINTENANCE				

Non-respect des Objectifs de Performance		-	X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Modifications décidées par la Ville	X			Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Mauvaise estimation des coûts d'entretien-maintenance		X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Mauvaise estimation des consommations énergétiques			X	Il est renvoyé aux conditions et stipulations au Marché de Partenariat
Modification des coûts d'énergie	X			Il est renvoyé au Marché de Partenariat,
Sous-évaluation du GER		X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Non-respect du Programme d'Entretien-Maintenance et GER		-	X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Surestimation de la valeur résiduelle des installations			X	Il est renvoyé au Marché de partenariat
Sinistre			X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Destruction totale ou partielle de l'Ouvrage			X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Tout dommage du fait des préposés/sous-traitants du Titulaire		X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat

Evolutions et veilles technologiques	X	-	Il est renvoyé au Marché de Partenariat	
Non-exécution par le Titulaire des Modifications décidées par la Ville		X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat	
Risque de disponibilité de l'Ouvrage		-	X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Modifications résultants d'un Changement de Législation ou de Réglementation après la Date Effective de Mise à Disposition		-	X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Remise en état de l'Ouvrage à la fin du Marché de Partenariat		X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Mise en régie après la Date Effective de Mise à Disposition		X		Il est renvoyé au Marché de Partenariat
Vandalisme et dégradations			X	Il est renvoyé au Marché de Partenariat

Ce guide a été réalisé avec le cabinet



La spécificité du groupe GB2A est de pouvoir manager un projet, public et privé, dans **toutes ses composantes** (juridique, technique et financière); et dans son ensemble, c'est-à-dire de la phase d'évaluation stratégique, à la phase de montage puis de suivi et d'audit grâce aux quatre structures du groupe : **GB2A AVOCATS**, **GB2A FINANCE**, **GB2A INGENIERIE** et **GB2A PROJETS**.

Depuis plus de 10 ans, nos diverses expériences auprès des collectivités locales nous ont amené à défendre leurs intérêts notamment dans le cadre de montage de contrats complexes, de concessions et d'économie mixte.

Nous avons pour ambition de garantir à chaque client, chaque partenaire et chaque interlocuteur un cadre de décision adapté et sécurisé et d'anticiper ses besoins en offrant une **solution globale** d'accompagnement

Retrouvez nos actualités sur les réseaux sociaux :



SIEGE SOCIAL :

7, Place Gardin 14000 Caen
Tél : +33 (0) 2 31 29 19 80
secretariat@gb2a.fr

www.gb2a.fr

banquedesterritoires.fr



| @BanqueDesTerr