



BANQUE des
TERRITOIRES



Synthèse

Accompagner
la mise en œuvre
d'un marché de
partenariat

SOMMAIRE

I- Objet du guide.....	3
II- Les raisons de recourir à un marché de partenariat.....	4
A- Une délégation d'une opération globale favorisant la bonne coordination des différentes phases du projet ainsi que l'innovation	4
B- La maîtrise des délais et l'amélioration du service rendu à l'utilisateur.....	5
C- Certains risques transférés à la société portant le projet.....	6
HUIT « BONNES RAISONS » DE RECOURIR AU MARCHE DE PARTENARIAT.....	7
III- Etapes d'un projet.....	8
A Les étapes préalables à la décision de principe	8
1- La définition des besoins et du service à rendre : le pré-programme.....	8
2- La mise en place d'une équipe-projet.....	9
3- Le financement du projet	10
4- La réalisation d'une étude de faisabilité	11
B- Les étapes clés de l'élaboration et la passation d'un marché de partenariat	11
1- Elaboration du programme par la personne publique et son assistant (AMO)	12
2- La réalisation d'une matrice des risques	12
3- L'évaluation préalable du mode de réalisation (EPMR) et l'étude de soutenabilité budgétaire (ESB).....	12
4- La procédure de passation du marché de partenariat.....	13
C- L'exécution du marché de partenariat.....	14
1- Les autorisations préalables et leur obtention.....	14
2 – La réalisation des travaux et mise à disposition de l'ouvrage.....	14
3- Phase d'entretien-maintenance-GER et exploitation.....	15

D- La gestion du marché de partenariat	16
1- Les modifications du contrat.....	16
2-Le contrôle de l'exécution	17
3- Le régime des pénalités.....	17
4-Le régime financier du marché	18
E- La fin du marché de partenariat.....	19
1-Les cas de résiliation du marché de partenariat	19
2- Les conséquences d'un contentieux contre le marché de partenariat.....	19
3- La mise en régie	20
4- La cession du marché	20
5-La fin normale du contrat	21

I- Objet du guide

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 ou de travaux, DSP, 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). 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.

« 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.

II- 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
- Faire exécuter le marché par un acteur économique unique, d'abord sous la forme d'un groupement préfigurateur, puis d'une société de projet, spécifiquement créée. Les apports des différents opérateurs économiques à cette société reflètent leurs intérêts dans l'exécution de la mission globale décrite au contrat (conception, réalisation, exploitation-maintenance et le financement).
- 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 maîtrisées 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).

B- La maîtrise des délais et l'amélioration du service rendu à l'utilisateur¹

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).

¹ Cf. Annexe I – Calendrier-type de passation d'un marché de partenariat.

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.

C- 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.

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.

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.

III- Etapes d'un projet

Les principales étapes du processus de préparation (A) 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 ;
- La nécessité de réaliser des études préalables visant à confirmer que le recours au marché de partenariat est possible (évaluations préalables et étude de soutenabilité budgétaire).

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.

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 (B) ;
- Sa phase d'exécution (C) et de sa gestion (D) qui se dérouleront jusqu'à son achèvement (E).

A Les étapes préalables à la décision de principe / Phase 1

1- La définition des besoins et du service à rendre : le pré-programme

Les besoins à satisfaire correspondant à l'objet du marché doivent être recensés : le retour d'expérience sur les projets déjà menés et l'intégration par rapport au contexte futur prévisionnel font également partie des éléments à évaluer. La collectivité peut également recourir au sourcing en interrogeant les opérateurs du marché.

Ce recensement des besoins et objectifs attendus est formalisé dans un document nommé le pré-programme ou peut prendre la forme d'un cahier des charges de programmation d'opération.

Au-delà des attentes fonctionnelles et techniques habituellement connues, le pré-programme inclut également pour la phase d'exploitation les es niveaux de service et de maintenance attendus (pour les MPPE, l'objectif de diminution des consommations est envisagé).

Dès le début du processus, les objectifs et impacts environnementaux devront être pris en compte.

2- La mise en place d'une équipe-projet²

La passation d'un marché de partenariat, au regard de sa complexité et de ses enjeux nécessite systématiquement que la collectivité commence par structurer en interne le pilotage et l'organisation de son projet :

- en composant une équipe structurée et dédiée nécessitant parfois de revoir l'organisation même de ses services (pour allouer le temps suffisant aux personnes nommées),
- en créant des organes spécifiques d'orientations et de décisions (instances administratives de décision, comités de pilotage, comités techniques).

Ces marchés, au modèle d'organisation innovant et aux enjeux juridico-financiers importants, nécessitent souvent de recourir à un assistant à la personne publique (APP), généralement assimilé à un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO)³, venant soutenir et conseiller l'équipe de la personne publique tout au long des étapes du projet⁴. Afin de conserver l'historique sur la durée (évolutions et objectifs), il est recommandé que cet accompagnement s'opère jusqu'à 2 à 3 ans après la mise à disposition de l'ouvrage pour vérifier que les engagements d'exploitation soient tenus et que la relation de suivi du contrat soit acquise par la personne publique (rapport annuel et autre relation contractuelle de contrôle).

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 (point 4).

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 la collectivité qu'au moins un acteur à ses côtés dispose, au quotidien, d'une vision panoramique des enjeux et questionnements abordés par l'équipe projet de la collectivité et veille au « liant » / à la transversalité nécessaires entre représentants de différents services qui pourraient parfois « fonctionner en silo ».

La mise en place d'un comité de pilotage et/ou d'un comité technique, de même que le recours à un AMO constituent les garanties 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. Il est également

² Cf. Annexe II – Organigramme des intervenants et acteurs du projet.

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.

essentiel d'associer les services / élus concernés dès le début du projet, en s'assurant notamment du décloisonnement entre équipes techniques, juridiques et financières toutes regroupées dans l'objet ce type de marché, dit « global ».

3- Le financement du projet⁵

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.

Dès lors, en tant que contrat public à paiement différé par la collectivité, le marché de partenariat implique un préfinancement principalement porté par le privé pour les opérations à réaliser sur la durée.

La société créée pour porter le marché doit donc financer tout ou partie du projet, selon que celui-ci bénéficie d'apports de la collectivité

Les sources de financement de la société proviennent d'une part des capitaux apportés en propre par les actionnaires et d'autre part d'une dette contractée auprès de banques spécialisées en financement de projet.

Cette structuration financière, reflète la prise de risque par la société et permet en conséquence de rémunérer son engagement à respecter les coûts et les délais et les prestations prévues dans les clauses du marché

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.

La société titulaire du contrat est en effet rémunérée par l'acheteur, sous forme de « loyers » ou « redevances », à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. Le paiement est ainsi dit « différé » parce qu'il rémunère les prestations commandées par la personne publique, à partir de l'achèvement des travaux et jusqu'au terme du contrat.

Cette modalité de rémunération repose en tout ou partie sur un préfinancement par le titulaire du marché de partenariat (tous les frais d'études, de construction, d'exploitation et d'entretien) sur sa durée. Ainsi la création d'une société pour un projet modeste doit être mûrement réfléchie car cela implique des coûts de développement et de montage conséquents en amont, notamment ceux relatifs à la structuration financière. C'est le sens des dispositions réglementaires fixant des seuils de coût global minimum pour le recours au marché de partenariat⁶.

Le montant de la rémunération et la structuration des loyers (ou redevances) sont déterminés dans les conditions fixées par le contrat et tiennent compte des coûts d'investissement (section d'investissement), de financement, de fonctionnement, le cas échéant diminués des revenus issus des activités annexes évaluées (coût net en section de fonctionnement). La collectivité a ainsi la parfaite connaissance des coûts induits du projet sur la durée du contrat ; on parle de « *sanctuarisation des coûts* ».

⁵ Cf. Annexe III – Coûts à prévoir et portés par les différents acteurs du projet.

⁶ Cf. Annexe IV – Seuils et conditions de recours à un marché de partenariat.

L'ordonnance de 2015, consacre désormais, spécifiquement pour les marchés de partenariat, la possibilité pour des personnes publiques (collectivités ou investisseurs publics comme la CDC) de participer au financement des investissements nécessaires à la réalisation du projet, objet du marché de partenariat.

L'éligibilité aux subventions, par subrogation de la personne publique, est également reconnue notamment le cas où la collectivité emprunte sous sa propre signature pour apporter à la société de projet titulaire du marché, une subvention d'investissement ou lui verser un premier loyer majoré. La société de projet finance alors le solde (fonds propres + financement de projet).

Cette flexibilité peut permettre à la personne publique d'optimiser le coût de financement moyen du projet en faisant levier sur les éventuelles conditions préférentielles d'emprunt.

4- La réalisation d'une étude de faisabilité

L'étude de faisabilité a pour objet de collecter et d'analyser l'ensemble des éléments objectifs de nature à aider la personne publique dans ses décisions. Elle lui permettra d'apprécier la possibilité juridique, technique et financière de mener son projet en marché de partenariat ou de préférer un autre mode contractuel. Elle comporte notamment une analyse des montages contractuels possibles. Ces derniers sont comparés selon différents angles d'analyse : évaluation financière, évaluation technique (sur la base du pré-programme) ainsi qu'une évaluation des risques (via la matrice des risques).

L'étude de faisabilité permet également de traiter des questions de domanialité et notamment de déterminer les modalités d'occupation du domaine public.

Dans le cas particulier où la collectivité locale envisage de recourir à un marché de partenariat de performance énergétique, elle doit disposer au préalable d'audit(s) énergétique(s) et d'un état des lieux de son patrimoine énergétique qui pourra figurer dans l'étude de faisabilité.

A la fin de cette étape, la collectivité doit avoir une vision suffisante des enjeux du projet et notamment des coûts globaux induits, afin d'être en mesure de décider de poursuivre son projet sous la forme d'un marché de partenariat, ou de choisir un autre mode de dévolution du marché.

B- Les étapes clés de l'élaboration et la passation d'un marché de partenariat / Phase 2

Le marché de partenariat est conditionné à la réalisation d'études préalables validant sa faisabilité technique, juridique et financière d'une part, et d'autre part, au respect de certains seuils financiers d'éligibilité.

1- Elaboration du programme par la personne publique et son assistant (AMO)

Sur la base du pré-programme, une programmation doit être menée par la personne publique et l'AMO, sur les plans juridique, financier, fonctionnel, technique et environnemental. Cette programmation doit porter également sur les aspects de maintenance, d'exploitation et d'entretien (en fonction du périmètre). Elle s'inscrit parmi les études dites préalables et a pour objectif de permettre à la personne publique d'exprimer les objectifs et les contraintes du projet qu'elle souhaite réaliser pour mieux en déterminer les coûts.

2- La réalisation d'une matrice des risques

Elle constitue un outil essentiel d'évaluation et de pilotage du projet et de son schéma contractuel et financier.

L'évaluation préalable à la signature d'un marché de partenariat doit inclure une matrice des risques (qui recense et répartit les 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, dans la mesure où les risques portés par le titulaire seront transférés en transparence dans les sous-contrats de conception-construction, de maintenance et d'interface

La collectivité doit mesurer les conséquences du partage des risques tant sur la répartition des responsabilités à assumer avec son partenaire privé que sur l'évaluation des loyers qui en découle, tout risque identifié devant nécessairement être transféré à la partie la plus à même de le supporter.

3- L'évaluation préalable du mode de réalisation (EPMR) et l'étude de soutenabilité budgétaire (ESB)

Avant même de recourir au marché de partenariat, l'acheteur doit démontrer que ce type de contrat présente un bilan plus favorable que les autres outils de la commande publique. Pour ce faire, il devra d'une part, réaliser une Evaluation Préalable du Mode de Réalisation (EPMR) 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 (dont celui portant sur les délais).

En complément, l'acheteur doit se livrer à une Etude de la Soutenabilité Budgétaire (ESB) de son projet par la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) au niveau départemental (DDFiP), compétente pour réaliser cette analyse. Cette étude a pour objectif d'évaluer l'impact pluriannuel du contrat sur les finances de la collectivité et la capacité de cette dernière à y faire face avec les ressources dont elle dispose sur la durée.

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 objective 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 porté au marché de partenariat.

Ensuite, l'organisme expert FIN-INFRA (rattaché à la Direction Générale du Trésor du ministère de l'Economie et des Finances), devra obligatoirement se prononcer, par un avis consultatif, sur tout projet de marché de partenariat envisagé par une collectivité. Et ce n'est qu'après la consultation de la commission consultative des services publics locaux (CCSPL) et du comité technique (CT) que, par délibération du conseil municipal de la collectivité concernée, sera autorisé formellement le recours au marché de partenariat.

S'achève dès lors, cette phase préalable à la passation du marché (Phase A).

4- La procédure de passation du marché de partenariat

Le choix de la procédure de passation du marché de partenariat repose sur des seuils qui déterminent la procédure à suivre (dialogue compétitif, procédure concurrentielle avec négociation, appel d'offres).

Le marché de partenariat s'accommode mieux d'une phase de dialogue et d'échange avec les candidats, favorisant le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou celle relevant du dialogue compétitif (en un ou deux tours de remise d'offres pour ainsi mieux caractériser l'offre au regard des attendus : 1^{er} rendu d'un niveau d'étude (esquisses et plus) et 2^{ème} rendu d'un niveau d'étude plus évolué (stade d'avant-projet sommaire (APS)). C'est par ces phases de rendu d'étude que l'expertise et l'innovation technologique des candidats peuvent être appréciées. Le choix de l'organisation de ce dialogue est fonction de l'envergure et des enjeux du projet (notamment financiers et calendaires).

Ce type de procédure implique une phase de rédaction du Dossier de Consultation des Entreprises (le DCE, constitué de l'Avis d'Appel Public à la Concurrence (AAPC), du Règlement de la Consultation (RC), du programme fonctionnel des besoins, du projet de marché de partenariat et de l'ensemble de la documentation technique le constituant), la sélection des candidatures puis des offres, la mise au point du marché puis la réalisation des procédures de publicité. Ces phases successives sont étroitement encadrées, tant par l'ordonnance de 2015 que le décret de 2016. Ces étapes et l'organisation de la procédure, sont confiées à l'équipe projet de la collectivité, assistée de l'AMO pour analyser les différents rendus soumis à décision de l'équipe projet et de la collectivité.

Il convient d'être attentif au respect des règles de la commande publique et notamment à l'égalité de traitement des candidats et à la transparence des procédures (notamment lors de la procédure dite « *en tunnel* », voyant se succéder d'un trait dialogue et négociation, ce afin d'éviter qu'un candidat ne puisse avoir accès à des informations concernant un autre candidat ou soit avantagé).

Concernant l'attribution du marché de partenariat, il est exclu d'avoir recours à un critère unique pour juger et classer les offres. Les critères choisis peuvent être pondérés en fonction des enjeux attendus par la collectivité. Les plus couramment rencontrés sont : le prix ou le coût du marché (coûts globaux et recettes complémentaires proposées), la qualité des garanties financières attachées à l'offre et sa robustesse financière, les qualités spécifiquement attachées au projet et notamment ses composantes architecturales, fonctionnelles, mais aussi ses performances énergétiques, le recours aux ENR, son empreinte

carbone, l'impact sur biodiversité etc. ainsi que des critères touchant l'économie locale par la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à de petites et moyennes entreprises ou à des artisans et l'engagement d'heures portant sur l'insertion professionnelle. Comme pour les autres procédures de mise en concurrence, cette grille permet d'évaluer les offres des candidats et ainsi de faire émerger la meilleure offre pour la personne publique.

C- L'exécution du marché de partenariat / Phase 3

1- Les autorisations préalables et leur obtention

Une fois que la personne publique aura procédé à la mise en cohérence préalable du périmètre foncier (PLU, propriété, déclassement, permis d'aménagement, ...), base du marché de partenariat, il reviendra au titulaire du marché d'entreprendre toutes les démarches nécessaires à l'obtention des demandes administratives attachées au projet : permis de construire et éventuelles autres autorisations administratives (notamment installations classées) nécessaires à la construction. La collectivité peut parfois soutenir certaines demandes pour en faciliter les instructions (délais).

2 – La réalisation des travaux et mise à disposition de l'ouvrage

Le titulaire du marché peut commencer la réalisation opérationnelle du projet une fois obtenues des autorisations administratives nécessaires purgées de tout recours (et notamment du permis de construire) et les terrains mis à disposition par la personne publique.

La durée estimative de cette première phase opérationnelle du projet, dédiée aux travaux, est fonction de leur nature, et est le plus souvent comprise entre 18 et 36 mois. Cette première phase peut parfois comporter plusieurs tranches de réalisation successives, selon le calendrier acté au contrat ou s'opérer sur des implantations différentes.

En sa qualité de maître d'ouvrage, le titulaire est chargé de la conception, de la construction, et du financement, à ses frais, risques et périls, de l'ensemble des travaux nécessaires à la réalisation des 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.

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.

Il conviendrait éventuellement de prévoir, 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). De même, 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.

Il convient également 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 de la documentation de l'ouvrage : le dossier d'ouvrages exécutés (DOE) et autres documentations listées aux contrats (rapports des essais en vigueur validant la conformité, notice de fonctionnement et d'exploitation, les labels environnementaux, ...).

La date d'acceptation de la mise à disposition conditionne le début des garanties et de la responsabilité de l'occupant (assurances). Le non-respect de certaines de ces dates est susceptible d'entraîner l'application de pénalités à l'encontre du titulaire du marché (d'où une attention particulière à porter sur le calendrier contractuel du projet).

Durant cette phase, la personne publique déclenchera la fixation des taux définitifs (cristallisation).

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

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, le titulaire a en charge les prestations de maintenance et de gros entretien-renouvellement des ouvrages (dont les obligations de garanties et de continuité de services), telles que définies dans le programme d'entretien et de maintenance (« gammes de maintenance » annexées au contrat), de sorte que les ouvrages 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 à l'expiration du marché en parfait état d'entretien et de fonctionnement conformément au programme d'entretien et de maintenance.

Le titulaire est entièrement responsable de la bonne exécution des prestations dans le périmètre des missions qui lui sont confiées. En cas de défaillances avérées (dont la formalisation peut amener à s'appuyer sur un expert externe), il peut devoir supporter financièrement les préjudices engendrés (pertes d'exploitation, ...) et payer des pénalités. Il peut parfois être prévu que la collectivité intervienne sous certaines conditions pour le compte du titulaire (mentions à spécifier au contrat).

Le gros entretien et renouvellement (GER) fait l'objet d'un compte analytique détaillé dont le bilan est présenté annuellement dans le rapport remis à la collectivité.

Cette phase d'entretien-maintenance a une durée variable, comprise généralement entre quelques années et quelques dizaines d'années (déduite de la phase travaux/rénovation).

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 intervenantes. Ces rendez-vous, en comité périodique (ou conseil d'administration si la collectivité participe à l'actionnariat) sont l'occasion de dresser un état de l'avancement et la qualité d'exécution du contrat sur la période écoulée, et s'appuie sur la présentation du rapport annuel de la société de projet visant à :

- présenter le bilan financier de la société et ses résultats (validation des comptes par un commissaire aux comptes) ;
- présenter les indicateurs visant à caractériser la qualité et les types d'intervention de maintenance et d'exploitation technique réalisés (l'évaluation de ces indicateurs doivent être partagés avec la collectivité) ;
- évoquer les événements et faits marquants (dégradations, modifications d'usages, ...) et éventuellement prendre des décisions nécessaires à même de garantir les objectifs du marché.
- abordés des sujets de refinancement du marché avec un partage des bénéfices du refinancement entre la collectivité et le titulaire du marché ;
- vérifier que les différentes parties respectent les termes du marché.
- présenter pour validation le programme de GER de l'année à venir et l'actualisation générale du plan de gros entretien.

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

Lors de cette phase, la collectivité peut se faire assister de l'AMO pour l'aider à vérifier que les engagements présentés sont le reflet de la réalité. Sans porter sur la durée complète de cette phase, la collectivité doit au moins se faire accompagner sur une période de 2 à 3 ans pour également former ses équipes au pilotage de ce type de marché.

D- La gestion du marché de partenariat / Phase 3

1- Les modifications du contrat

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 du marché public et l'économie globale du contrat. Ces modifications peuvent être le résultat d'un avenant au contrat ou d'une décision unilatérale.

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.

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 commission d'appel d'offres (CAO) pour avis de toute modification (contractuelle ou unilatérale) du marché entraînant une augmentation supérieure à 5% du montant du marché initial.

2-Le contrôle de l'exécution

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 (prestataire privé et comité de pilotage, par exemple) 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 ;
- Etc.

Afin d'assurer la réalisation du contrôle du marché de partenariat, 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, dont notamment le rapport annuel prévu à l'article 88 de l'ordonnance de 2015, 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 territoriale ou à l'organe délibérant de l'EPCI afin d'être débattu.

Doit être également contrôlé le recours aux PME car 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.

3- Le régime des pénalités

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.

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.

4-Le régime financier du marché

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, en la forme de pré-loyers.

Si l'application des règles concernant les garanties n'est pas exclue s'agissant des 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.

E- La fin du marché de partenariat / Phase 3

1-Les cas de résiliation du marché de partenariat

Dans des cas exceptionnels, la résiliation est l'acte juridique mettant fin, pour l'avenir, aux obligations et responsabilités contractuelles des parties.

En premier lieu, 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, les parties se rencontrent et peuvent décider si la poursuite de l'exécution du marché est impossible, de résilier le marché, et le titulaire peut prétendre à une indemnisation. Les conséquences financières sont clairement définies entre la personne publique, le titulaire et les établissements financiers (spécifiées au sein des clauses divisibles du marché).

En cours, d'exécution du marché, divers cas de résiliation peuvent également se produire :

- ➔ Résiliation amiable ;
- ➔ Résiliation unilatérale par l'administration pour motif d'intérêt général ;
- ➔ Résiliation unilatérale par l'administration pour faute du titulaire ;
- ➔ Résiliation en cas de force majeure ;
- ➔ Résiliation par le co-contractant privé de l'administration.

Les modalités de résiliation doivent donner lieu à la rédaction de clauses contractuelles dédiées aux fins de sécurisation juridique. Les différents cas de résiliation et le calcul des indemnités correspondantes, sont clairement décrits au marché.

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

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, etc.), qui peut conduire le juge à annuler ou résilier le contrat (article 89 de l'ordonnance de 2015).

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.) 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.

3- La mise en régie

La mise en régie correspond à la faculté pour la personne publique de faire exécuter, après le constat d'une faute grave, puis 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 œuvre de cette mesure corrective/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.

Dans ce cadre, il semble opportun de sécuriser le recours à cette faculté en insérant dans le contrat des clauses dédiées.

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 ainsi que la participation du titulaire au paiement du surcout des prestations et au suivi de l'exécution des prestations mises en régie.

Elles prévoient 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.

4- La cession du marché

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 (article 139 du décret de 2016).

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.

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 financières 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.

5-La fin normale du contrat

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 (article 85 de l'ordonnance de 2015).

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 ou des clauses spécifiques caractérisant l'état de restitution de l'ouvrage attendu (matériel et matériau).

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.

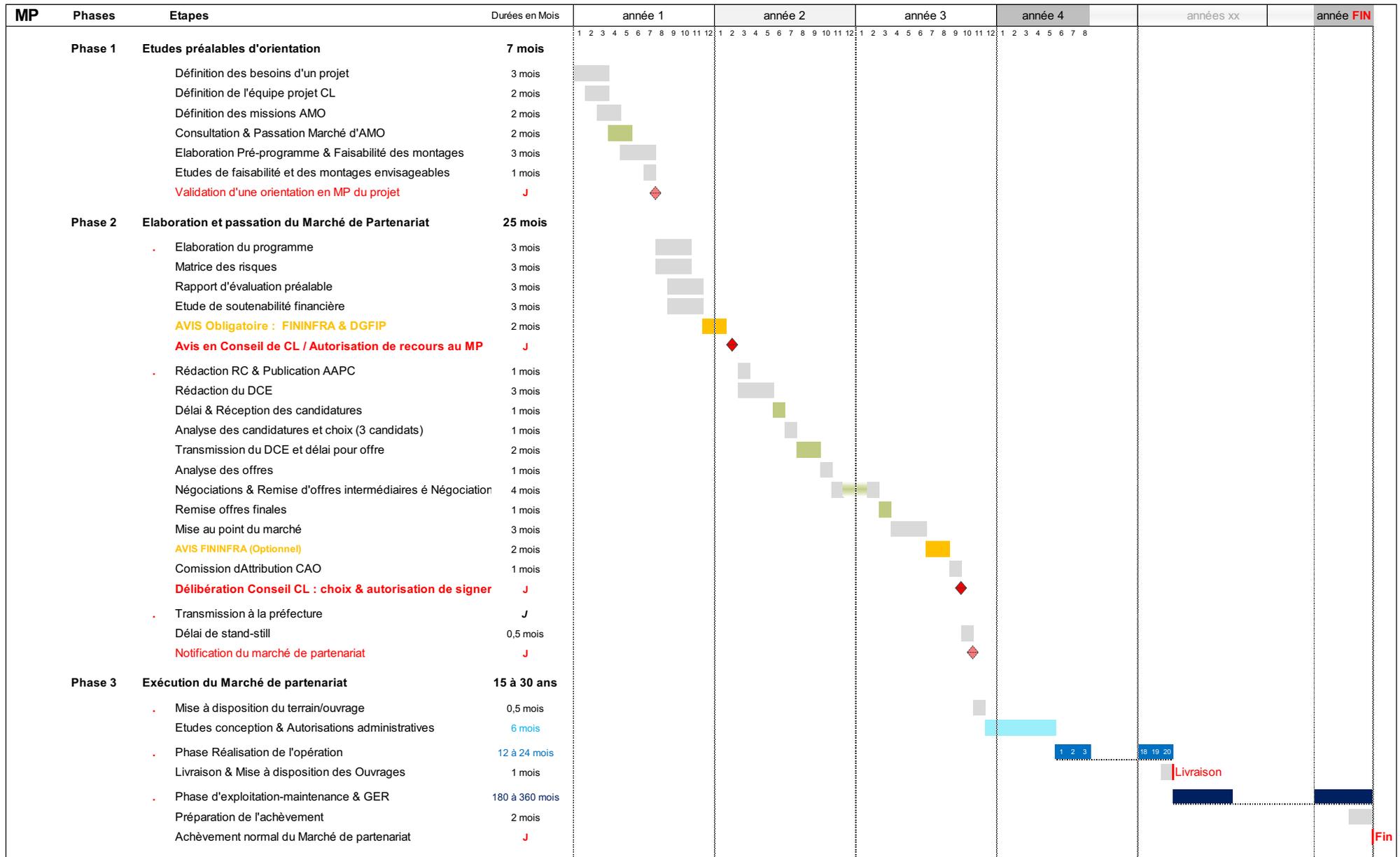
Il est conseillé aux parties de prévoir, une ou deux années en amont de la remise de l'ouvrage, une rencontre afin de réaliser un diagnostic complet décrivant le niveau d'usure, de vieillissement et d'obsolescence des équipements et de l'ouvrage. Si des écarts entre les travaux GER réalisés et l'état de l'ouvrage tel que prévu au marché sont constatés, les parties élaboreront alors, conformément à cette clause, un plan de maintenance ajusté. La collectivité peut prévoir de se faire accompagner d'un APP pour réaliser cette phase de fin de contrat.

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.

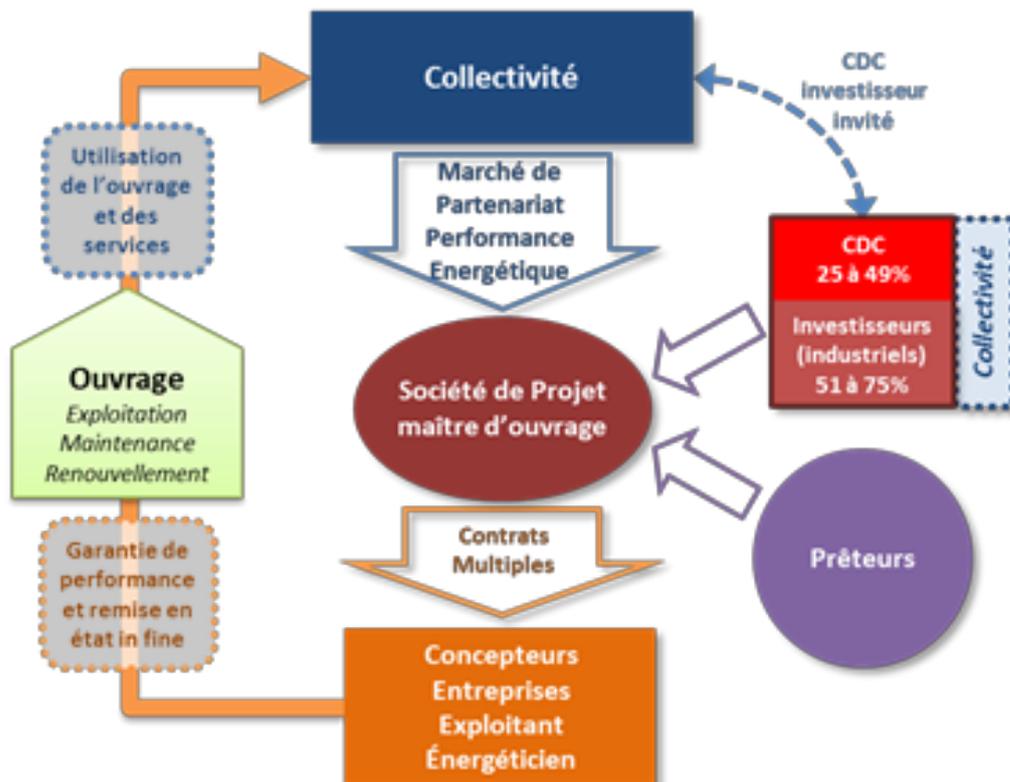
La fin normale du contrat ne donne logiquement lieu au versement d'aucune indemnité au titulaire dans ce cadre.

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.

ANNEXES



II-Organigramme des intervenants et acteurs du projet



IV-Les seuils et conditions de recours à un marché de partenariat

Les seuils de recours et les conditions de recours à un marché de partenariat

L'article 75 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics définit les conditions de recours à un marché de partenariat, complété par les articles 151 et 152 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Ainsi pour engager une procédure de passation d'un marché de partenariat, l'acheteur doit remplir deux conditions cumulatives :

1. L'acheteur doit démontrer que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet ;
2. Le marché de partenariat doit dépasser un certain seuil.

D'une part, le bilan favorable, en vertu de l'article 152 du décret susvisé, fait l'objet d'une appréciation globale. L'acheteur tient ainsi compte non seulement de ses propres capacités à conduire l'opération mais aussi des caractéristiques du projet lui-même. A la suite d'une étude comparative de tous les montages contractuels envisageables et à la démonstration de la pertinence du choix contractuel retenu, il est observé que le marché de partenariat présente plus d'avantages que les autres montages contractuels envisageables.

Plus particulièrement, l'acheteur tient compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé. Pour démontrer que ce bilan est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, il procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment :

- De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ;
- Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;
- Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ;
- Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée.

D'autre part, l'article 151 du décret susvisé fixe les seuils minimaux de recours à un marché de partenariat. Ces seuils tiennent compte de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur mais aussi de l'intensité du risque encouru.

Les seuils fixés comprennent la rémunération du titulaire versée par l'acheteur, les éventuels revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine et, le cas échéant, les éventuels concours publics.

Ainsi le seuil est établi à :

- 2 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;
- 5 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
 - Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;
 - Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend pas l'exploitation-maintenance ;
- 10 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés précédemment.

En synthèse :

Montant minimal	Objet principal du marché de partenariat
2 M€ HT	a) Biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ; b) Lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;
5 M€ HT	a) Ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ; b) Ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend pas l'exploitation-maintenance ;
10 M€ HT	Tous les autres cas.

Source : Direction des affaires juridiques – Ministère de l'économie et des finances – Les marchés de partenariat 21/06/2016

Les seuils de procédure de passation d'un marché de partenariat

Les procédures de passation des marchés de partenariat obéissent aux mêmes règles procédurales que celles relatives aux marchés publics « classiques » fixées aux articles 42 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et 25 à 27 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

Toutefois, les règles de passation des marchés de partenariat ayant pour objet de confier au titulaire tout ou partie de la mission de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, obéissent à des conditions particulières. Dans ce cas de figure, la qualité des ouvrages à construire doit obligatoirement constituer l'un des critères d'attribution du marché. De même, les offres présentées par les soumissionnaires doivent comporter un projet architectural.

Ainsi, les procédures de passation de marchés publics varient en fonction de leur objet :

- marché de travaux : réalisation d'ouvrages, de travaux du bâtiment et de génie civil (ponts, routes, ports, barrages, infrastructures urbaines, etc.)
- marché de fournitures : achat ou location de matériels, de mobilier ou de produits
- marché de services : services matériels (comme l'entretien des locaux par exemple) ou immatériels (conseil juridique, projet informatique, etc.).

La procédure change aussi en fonction de la valeur estimée du marché :

- si la valeur estimée du marché est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée dont il détermine librement les conditions ;
- au-delà, il doit respecter une procédure formalisée.

Pour les marchés d'une valeur inférieure à 25 000 € HT, l'acheteur a pour seules obligations de choisir une offre pertinente, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec un même fournisseur lorsqu'il y a plusieurs offres susceptibles de répondre à son besoin.

Enfin, la procédure peut changer en fonction de l'organisme concerné : collectivité territoriale, établissement de santé, services de l'État, etc.

Seuils de procédure formalisée applicables du 1er janvier 2018 au 31 décembre 2019 (montants hors taxes)	
Objet du marché	Seuils de procédure formalisée
Fournitures et services	<ul style="list-style-type: none">• à partir de 144 000 € pour l'État et ses établissements publics• à partir de 221 000 € pour les collectivités territoriales et les établissements publics de santé• à partir de 443 000 € pour une entité adjudicatrice acheteur qui exerce une activité d'opérateur de réseaux (production, transport ou distribution d'électricité, gaz, eau, etc.)
Travaux	à partir de 5 548 000 €

Les seuils de procédure de marchés publics de fournitures et de services ne sont guère pertinents, le marché de partenariat ayant vocation à la construction d'un ouvrage.

Ainsi, à la lecture combinée des seuils de recours au marché de partenariat et des seuils de procédure de passation des marchés publics, un seul type de marché de partenariat pourra être passé selon une procédure adaptée. Il s'agit des marchés dont :

- ↳ **L'objet principal portera sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ou lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;**
- ↳ **Le coût global du marché sera estimé entre 2 millions d'euros et 5 548 000 euros HT.**

V-Les règles budgétaires et comptables applicables aux marchés de partenariat

Si depuis le 1er avril 2016, les marchés de partenariat ont juridiquement remplacé les contrats de partenariat, les règles budgétaires et comptables applicables restent, en revanche, inchangées.

1 - Les marchés de partenariat ont succédé aux contrats de partenariat à compter du 1er avril 2016

Le marché de partenariat constitue un nouveau type de marché public, créé par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et entré en vigueur par le décret du 25 mars 2016. Ainsi, depuis le 1er avril 2016, il a succédé au contrat de partenariat qui avait été créé par une ordonnance du 17 juin 2004, dorénavant abrogée.

Alors que le contrat de partenariat était soumis à une procédure distincte de celle applicable aux marchés publics et revêtait un caractère subsidiaire, le marché de partenariat est un marché public dont le recours est plus strictement encadré que les autres marchés publics¹. En revanche, les règles budgétaires et comptables, elles, sont demeurées identiques.

2- Des règles budgétaires et comptables spécifiques obligatoires depuis le 1er janvier 2011

L'ordonnance du 17 juin 2004 précitée prévoyait que la rémunération du titulaire d'un contrat de partenariat faisait l'objet « d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. [...] » et distinguait les différents postes de coûts au sein de la rémunération du titulaire.

En décembre 2010, des arrêtés, entrés en vigueur le 1er janvier 2011, ont modifié toutes les instructions budgétaires et comptables² applicables aux collectivités territoriales et leurs groupements, afin de mettre en conformité les règles comptables locales avec les normes comptables publiques.

L'équipement défini au contrat n'est comptabilisé en tant qu'immobilisation corporelle du bilan de la collectivité locale que lorsqu'il est contrôlé par celle-ci et que son coût peut être déterminé de façon fiable.

Lors de la mise en service du bien objet du contrat, ce dernier doit être intégré au compte 21 (immobilisations corporelles) pour sa valeur totale correspondant au coût d'entrée chez le partenaire privé et en contrepartie le montant de l'investissement restant à payer est comptabilisée en dette financière (compte 1675).

Postérieurement à cette mise en service, la rémunération, par la collectivité, du titulaire du contrat prend la forme d'une redevance ou d'un loyer comportant trois composantes distinctes :

- une partie de la rémunération versée correspondant au **coût de fonctionnement** (coûts d'exploitation, de maintenance, d'entretien...) est imputée au compte de charges 611 ;
- une seconde partie de la rémunération représentant le **coût de financement** (intérêts de la dette) est imputée au compte de charges 6618 (intérêts des autres dettes) ;

- une dernière partie de la rémunération représentant le **coût d'investissement** est imputée au compte 235 (*part investissement du PPP*) avant la mise en service, puis imputée au compte 1675 (*dette afférente aux METP et aux PPP*) après la mise en service du bien pour la part investissement restant à payer. Cette seule part est, le cas échéant, éligible au FCTVA.

La dette liée au contrat de partenariat doit figurer dans l'annexe budgétaire dédiée à l'état de la dette de la collectivité (pour les communes de plus de 3500 habitants (L2313-1 CGCT) et leurs EPCI (L5211-36), les départements (L.3313-1), les régions (L4313-2), la métropole de Lyon (L3661-15) et les métropoles (L5217-10-14)). A ce titre, la part restant due au titulaire, sur la durée du contrat, relative au fonctionnement et aux intérêts d'emprunt, non encore intégrée dans la comptabilité doit l'être dans ces annexes budgétaires prévues à cet effet (« les engagements hors bilan - état des contrats de partenariat public-privé »).

Enfin, ainsi que le recommande le comité national de fiabilité des comptes locaux, l'engagement pluriannuel pris par la collectivité au titre d'un contrat de partenariat doit se traduire par le vote d'une autorisation de programme (AP) correspondant à la rémunération de la part investissement réalisé par le tiers, et d'autorisations d'engagement (AE) pour les parties correspondant à la rémunération imputée en section de fonctionnement. Ces autorisations d'engagement et de programme doivent figurer dans les annexes dédiées des documents budgétaires

En 2016, la transformation juridique du contrat de partenariat en marché de partenariat ne modifie en rien les règles budgétaires et comptables introduites depuis 2011, toujours applicables à ce jour. L'article 161 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ayant d'ailleurs maintenu la distinction, au sein de la rémunération du titulaire du marché, des différents postes de coûts (investissement, fonctionnement et financement).

Illustration

Hypothèse 1

Montant total de l'opération de PPP pour la construction d'un équipement : 10 000

Selon le contrat, la rémunération s'établit en 3 parts :

Part investissement : 5 000

Part fonctionnement : 3 000

Part financement : 2 000

La rémunération est totalement versée lors de la mise en service du bien

→ **Ordonnateur**

Budget :

	Dépenses		Recettes	
SI	23	5 000		
SF	011	3 000		
	66	2 000		

Exécution :

- Emissions de
 - Mandat compte 235 : 5 000
 - Mandat compte 611 : 3 000
 - Mandat compte 6618 : 2 000

→ **Comptable**

<i>Débit</i>	<i>Somme</i>	<i>Crédit</i>	<i>Somme</i>
235	5 000	4041	5 000
611	3 000	4011	3 000
6618	2 000	4011	2 000

- A la mise en service du bien notifiée au comptable par l'ordonnateur :

Opération d'ordre non budgétaire

<i>Débit</i>	<i>Somme</i>	<i>Crédit</i>	<i>Somme</i>
21XX	5 000	235	5 000

Hypothèse 2 :

Montant total de l'opération de PPP pour la construction d'un équipement : 10 000

Selon le contrat, la rémunération s'établit en 3 parts :

Part investissement : 5 000 – versée avant la mise en service : 4 000

Part fonctionnement : 3 000 -versée avant la mise en service : 2 000

Part financement : 2 000 – versée avant mise en service : 1 500

La rémunération entre la collectivité et le partenaire constitue après la mise en service du bien

→ **Ordonnateur**

Budget :

	Dépenses		Recettes	
SI	23	5 000		
SF	011	2 000		
	66	2 000		

Exécution :

- Emissions de
Mandat compte 235 : 4 000
Mandat compte 611 : 2 000
Mandat compte 6618 : 1 500

➔ **Comptable**

Débit	Somme	Crédit	Somme
235	4 000	4041	4 000
611	2 000	4011	2 000
6618	1 500	4011	1 500

- A la mise en service du bien notifiée au comptable par l'ordonnateur :

Débit	Somme	Crédit	Somme
21XX	4 000	235	4 000
21XX	1 000	1675	1 000

- Versements ultérieurs :

➔ **Ordonnateur**

- Emission de mandat sur le compte 1675 : 1 000
- Emission de mandats sur le compte 611 et 618 pour 1 000 et 500

	Dépenses		Recettes	
SI	16	1 000		
SF	011	1 500		

➔ **Comptable**

Débit	Somme	Crédit	Somme
1 675	1 000	4041	1 000
611	1 000	4011	1 000
618	500	4011	500

Cette illustration est directement reprise d'une production du **Comité national de fiabilité des comptes locaux**.

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